

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



CONTRA-MEDIDAS
Da Análise Geral à Atual Posição da C.D.I.

Patrícia Costa Anache

Coimbra

2014

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CONTRA-MEDIDAS
Da Análise Geral à Atual Posição da C.D.I.

Patrícia Costa Anache

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas

Menção: Direito Internacional Público e Europeu

Orientador: Prof. Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

Coimbra

2014

PATRÍCIA COSTA ANACHE

*CONTRA-MEDIDAS
DA ANÁLISE GERAL À ATUAL POSIÇÃO DA C.D.I.*

Aprovado em: __/__/2014.

BANCA EXAMINADORA

Aos meus amados pais Ricardo (*in
memorian*) e Dione, por serem minha eterna
força motriz;

Aos meus irmãos Bruno e Tatiana, pelo
exemplo e cumplicidade;

À Teteia, por ser a estrela do brilho eterno do
meu coração.

AGRADECIMENTOS

Tudo começa com um sonho. Sonhamos, e então o nosso grande Deus ajuda-nos a concretizar. Por intermédio Dele eu tive esta graciosa oportunidade, que muito contribuiu para meu crescimento e amadurecimento. É o meu amor maior, autor e consumidor de minha fé, grande inspirador e fortalecedor desta realização. Sua infinita misericórdia em despertar-me ousadia para ir além e Seu fôlego de vida em mim, serviu-me de sustento e fez-me ter força e coragem para superar os obstáculos, e sabedoria para poder vencer os desafios com afinco, aptidão e desenvoltura. À Ele toda honra e toda glória.

À minha mãe, um exemplo de fortaleza, que sem nunca se esmorecer, nos faz acreditar que é na fraqueza que temos forças para enfrentar o mundo. Agradeço por que além de ser minha melhor amiga e infindável fonte de amor, assim como foi meu pai, renuncia seus intentos para dar azo à vida de seus filhos. Seu cuidado e voto de confiança me deram a esperança necessária para que eu seguisse adiante, e fizesse valer a pena as minhas renúncias, os anos distantes, e as experiências vivenciadas.

À minha família, amigos e irmãos de fé, que perto ou longe, faziam-se presente, seja através de palavras de encorajamento, seja pelo carinho demonstrado, preocupação, zelo, cuidado e, por principlamente, acreditarem em mim e torcerem pelo sucesso dessa conquista.

Ao Dimitri, por sutilmente ter se apresentado como amor da minha vida, por ser a minha mais adorável companhia, o melhor exemplo de afeição e por me fazer sentir mais viva. Obrigada pelo carinho, paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada dia. Com você, as pausas entre um parágrafo e outro de produção tornou melhor tudo o que tenho produzido até aqui.

Aos amigos que constituí durante minha estada em Portugal, em especial aos queridos Allan e Eliane, pela cumplicidade e uma rara demonstração de amizade, pela alegria em compartilhar momentos memoráveis, solidariedade na troca de conhecimentos, informações e materiais, por terem cedido seus preciosos tempos em me auxiliar, em uma inequívoca permuta de companheirismo que para sempre será lembrado.

Ao Senhor Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, meu orientador, que me inspirou a produzir o que era o broto daquilo que veio a ser esse trabalho. Agradeço por seu apoio, incentivo e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão desta obra acadêmica. Agradeço por seus valiosos ensinamentos, paciência, liberdade, e confiança ao longo deste anos de estudo. Sem o seu sutil toque talvez não teria alcançado o êxito esperado. Desejei a sua participação na banca examinadora deste trabalho desde o princípio.

À todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo minha vida valer cada vez mais a pena.

“Bem-aventurados os pacificadores, porque serão chamados filhos de Deus. Bem-aventurados os mansos, porque herdarão a terra”.

(Mateus 5:7-8)

RESUMO

Este artigo jurídico visa analisar uma questão central sobre a lei de Responsabilidade Internacional do Estado, notadamente em que se pese uma de suas excludentes de ilicitude, a saber, as contra-medidas. Buscou-se proporcionar uma visão pragmática e doutrinal da maneira em que podem ser tomadas as contra-medidas, e as condições de recorrer-se à elas ante a um ato internacionalmente ilícito cometido pelo Estado cuasador da violação. Para tanto, relata-se a evolução histórica do conceito de responsabilidade internacional do Estado e sua interação atual com a referida excludente de ilicitude, acrescentando-se à isso o estudo de seus elementos característicos, natureza jurídica, objeto, formas de atuação, bem como as obrigações especiais e os mecanismos institucionais criados pelos Tratados Internacionais e demais normas que a regem, de modo a elucidar as permissões e os limites legais quanto à sua aplicabilidade perante Estados conflitantes entre si. Juntamente com tais embasamentos, buscou-se explorar essa questão através do exame da lei elaborada pela Comissão de Direito Internacional que, ao instituir regras especiais para sua aplicação, esboça a referida matéria em três questões centrais, tais quais: restrição e/ou proibição do uso de força armada ou ameaça, legitimidade, e condições de adoção.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional do Estado, ato ilícito, excludentes de ilicitude, contra-medidas, Projeto de Artigos.

ABSTRACT

This article aims at analysing a central question concerning the responsibility of States for internationally wrongful acts, especially the countermeasures. Sought is to provide a pragmatic and doctrinal vision in accordance with which countermeasures can be taken, and the conditions in which these may be resorted to against the responsible State. For this purpose described is the historical evolution of the concept of international responsibility of the State and its present relation to the countermeasures, and studied are its characteristic features, legal nature, objective, forms of action, as well as the special obligations and institutional mechanisms established by the Treaties and norms governing it, so to clarify the authority and the legal limits on its applicability between the injured State and the responsible State. Together with such basic issues it is sought to explore this question by examining the law drafted by the International Law Commission, which by introducing special rules for its adoption, outlines the matters referred to in three key issues, such as restriction and/or prohibition of use of armed forces or threat, legitimacy and conditions of adoption.

Keywords: Law on State Responsibility, wrongful acts, countermeasures, draft of articles on responsibility of States for international wrongful acts.

RESUMEN

El presente proyecto de investigación legal tiene como objetivo el enfoque de una cuestión central acerca de la ley de la responsabilidad internacional del Estado, en particular, una de su excluyente de legalidad, es decir, las contramedidas. Ha tratado de dar una visión pragmática y doctrinal de la forma en que se pueden tomar las contramedidas, y las condiciones de uso de las mismas en comparación con el hecho internacionalmente ilícito del Estado causador de la violación. Con este fin, se presenta la evolución histórica del concepto de la responsabilidad internacional del Estado y su interacción actual con la ilegalidad de exclusión, y agregándose al estudio sus características, naturaleza jurídica, objeto, formas de acción y como las obligaciones especiales y mecanismos institucionales establecidos por los Tratados y las normas que la rigen, con el fin de clarificar la autoridad y los límites legales de su aplicabilidad en Estados en conflicto entre sí. Con ello, hemos tratado de explorar esta cuestión mediante el examen de la ley elaborada por la Comisión de Derecho Internacional que, mediante la introducción de normas especiales para la adopción de contramedidas, se esbozan las cuestiones mencionadas en tres cuestiones claves: la restricción y/o prohibición de uso o la amenaza de la fuerza armada, la legitimidad, y las condiciones de adopción.

Palabras claves: Responsabilidad Internacional del Estado, excluyente de legalidad, contramedidas, proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional.

LISTA DE ABREVIÇÕES

DI	Direito Internacional
CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
ONU	Organização das Nações Unidas

Esta obra encontra-se redigida em conformidade com as regras técnicas, ortográficas e gramaticais vigentes no Brasil, segundo critérios da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 VISO GERAL SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS POR FATOS ILÍCITOS	19
1.1 Breves considerações históricas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados	19
1.2 Teoria Geral: fatos que originaram a Responsabilidade Internacional	26
1.2.1 Definição de Responsabilidade Internacional	28
1.2.2 Fundamentos.....	29
1.2.3 Características.....	30
1.2.4 Natureza Jurídica	32
1.2.5 Princípios norteadores	34
1.3 Elementos constitutivos da Responsabilidade Internacional	35
1.3.1 Do fato internacionalmente ilícito	35
1.3.2 Da imputabilidade	36
1.3.3 Do dano	38
1.4 Da exclusão da ilicitude por fatos internacionalmente ilícitos	39
1.4.1 Considerações Gerais	39
1.4.2 Do consentimento do Estado lesado.....	40
1.4.3 Da legítima defesa	41
1.4.4 Das contra-medidas	42
1.4.5 Do caso fortuito e força maior.....	43
1.4.6 Do perigo extremo	44
1.4.7 Do estado de necessidade	44
2 CONTRA-MEDIDAS DE ATUAÇÃO MILITARES.....	46
2.1 Gênesis e Evolução Histórica das Contra-Medidas	46
2.2 Direito à Autoproteção?.....	60
2.3 Natureza Jurídica	62
2.4 Da implementação das Contra-Medidas	66
2.4.1 Características e Fundamentos	66
2.4.1.1 Do caráter provisional do uso das Contra-Medidas.....	70

2.4.1.2	Da proibição do uso de força armada ou ameaça	72
2.4.2	Princípios norteadores	74
2.4.2.1	Princípio da Proporcionalidade.....	74
2.4.2.2	Princípio da Reversibilidade	78
2.4.2.3	Princípio da Resolução Pacífica dos Litígios	80
2.5	As Contra-Medidas como reação frente ao fato ilícito	81
2.5.1	Contra-Medidas adotadas por Estados lesados.....	81
2.5.1.1	Objeto das Contra-Medidas	82
2.5.1.2	Limites de atuação	85
2.5.1.3	Condições de aplicação.....	98
<i>i.</i>	Aplicabilidade substantiva:.....	98
<i>ii.</i>	Aplicabilidade processual:.....	100
2.5.1.4	Formas de atuação	104
<i>i.</i>	Contra-medidas baseadas na reciprocidade:.....	106
<i>ii.</i>	Contra-medidas que constituem represálias:	108
2.5.2	Contra-Medidas adotadas por Estados distintos do Estado lesado.....	111
CONCLUSÃO.....		116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		120

INTRODUÇÃO

A destruição e os massacres ocorridos em períodos de guerras entre Nações, que por sua vez teve maior influência e destaque advindos da Segunda Guerra Mundial, levaram à sociedade internacional duas importantes conclusões: a primeira, que a paz duradoura só seria conseguida através da cooperação dos Estados soberanos e do desenvolvimento de meios pacíficos para a solução das controvérsias; a segunda, que a proteção do direito internacional não poderia ser deixada exclusivamente a cargo do direito interno dos Estados.

A crescente interdependência dos Estados fez com que novos ramos surgissem no Direito das Gentes aumentando a complexidade deste. Também, o banimento do direito ao uso da força fez com que surgisse a necessidade de se desenvolver novas formas de implementação do Direito Internacional, de modo a manter a soberania dos Estados, atreladas à direitos e deveres, limites e condições que estes passariam a respeitar. Em qualquer sistema jurídico, a consolidação de regras regulando a atribuição de responsabilidades é essencial para que as violações às normas de direito produzam consequências jurídicas.

De igual forma ocorre no direito internacional. Alguns estudiosos inserem a responsabilidade internacional no campo da moral ou ainda salientam tratar-se de um princípio geral. Outros, por seu turno, afirmam que ela é uma decorrência lógica da personalidade jurídica internacional do Estado na medida em que, sendo este último um sujeito de direitos e de deveres, o desrespeito a um destes direitos deve produzir alguma consequência, nascendo daí justamente o conceito de responsabilidade.

Assim, no ordenamento jurídico internacional, a responsabilidade internacional tem um papel de destaque na atribuição de efetividade do sistema como um todo.

A regulação desta responsabilidade, no entanto, não pode ocorrer sem levar em conta os aspectos próprios do Direito a que ela se aplica. Além de apregoar origem

consuetudinária, uma das principais características do Direito Internacional é a sua descentralização, com a ausência de uma instituição única, encarregada da criação e da aplicação das normas jurídicas

Portanto, a codificação da responsabilidade internacional do Estado, ao mesmo tempo em que visa sistematizar o Direito Internacional, levando-o a uma maior institucionalização, não pode deixar de considerar a necessidade ainda existente de mecanismos de autotutela, típicos de ordenamentos descentralizados. E isso denota-se da inclusão das contra-medidas no anteprojeto de artigos da responsabilidade internacional do Estado elaborado pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, que por sua vez, mostra o reflexo de um sistema jurídico em constante desenvolvimento.

A evolução dos conceitos de normas *jus cogens* para com a comunidade internacional como um todo, tal como foi desenvolvida na teoria e na prática jurídica internacional, influenciou sobejamente o trabalho da Comissão de Direito Internacional para a codificação do direito da responsabilidade internacional do Estado.

A aceitação de que nem todas as normas internacionais principais são da mesma gravidade ou importância por causa da natureza dos direitos que visam proteger, não poderia deixar de influenciar as consequências jurídicas derivadas da violação de tais normas. Por essa razão, a categorização de atos internacionalmente ilícitos levanta questões importantes sobre a aplicação destas normas internacionais através de contra-medidas, bem como o direito reflexo de invocar a responsabilidade do Estado no caso de ilegalidade de sua violação.

Esta medida torna-se ainda mais atraente, ante a ausência de mecanismos centralizados, eficazes e obrigatórios para a proteção e a observância dos interesses mais fundamentais da comunidade internacional, o que de certa feita, leva o instituto da responsabilidade internacional ter sua importância majorada, sendo até mesmo considerada regra-base de toda ordem jurídica, já que passaria a ser cada vez mais utilizado na medida em que este funciona como válvula de escape do sistema internacional com o fim de se evitar o recurso à força.

A relevância deste instituto na atualidade é ainda evidenciada, pela gama de proliferação de Tribunais Internacionais que acabam por analisar, nas suas respectivas áreas, questões que se enquadram no âmbito da responsabilidade pela prática de um ilícito internacional, ou seja, que decorrem da violação de uma obrigação inserida na esfera do Direito Internacional Público.

Dada sua importância, o trabalho de codificação deste ramo do direito internacional foi iniciado com a Sociedade das Nações e posteriormente impulsionado com as iniciativas da Assembleia Geral das Nações Unidas, que por sua vez, deu origem à atual Comissão de Direito Internacional. Esta última, após realizar estudos no projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos, tratou de codificar as regras costumeiras já existentes e procedendo a um desenvolvimento progressivo.

A adoção, no ano de 2001, dos artigos finais sobre Responsabilidade Internacional do Estado por fatos ilícitos, permeia bem o desenfadado avanço do direito internacional, e este assunto parece estar longe de ser concluído. Nesta mesma linha, embora o debate sobre o direito de resposta permeado pelas contra-medidas à violação de norma internacional já esteja sobejamente codificada, a constante evolução da jurisprudência demonstra que o direito à medidas de prevenção, além de trazer consigo ajustes e inovações, tornou-se parte integrante da ordem jurídica internacional.

É diante deste quadro complexo que realizou-se o presente estudo. Nele analisou-se a possibilidade de utilização de antigos instrumentos de implementação do Direito Internacional na proteção pacífica dos novos valores e interesses reconhecidos por este direito.

Embora parte inerente, não vem ao caso aqui elucidar, em pormenor, a matéria atinente à responsabilidade internacional. Por essa razão, cuidou-se delimitar a abordagem desse tema, que ficou restrito ao primeiro capítulo do presente estudo, que por sua vez relata breves considerações históricas sobre a responsabilidade internacional do Estado, a teoria geral, com os fatos que a originaram, seus elementos constitutivos, e as excludentes da ilicitude por fatos internacionalmente ilícitos.

Num segundo momento, no âmbito da responsabilidade internacional do Estado, notadamente a respeito de uma de suas excludentes de ilicitude, buscou-se analisar a aplicabilidade de contra-medidas por Estados diretamente lesados e Estados terceiros diante de violações às normas e Tratados internacionais.

Desta feita, no segundo capítulo, invocou-se ao presente estudo uma análise de como a noção de contra-medidas surgiu no pensamento jurídico internacional e na lei sobre a responsabilidade internacional do Estado, e prossegue para um relato detalhado de sua evolução histórica, com apoio de diversas jurisprudências e casos que embasaram a atual posição da Comissão de Direito Internacional.

No que concerne o direito à contra-medidas por Estados violados, considerou-se ainda, princípios basilares do direito internacional, explorando, em maior profundidade, o significado da proporcionalidade como uma restrição legal necessária a tal direito.

Tratou-se também da implementação das contra-medidas, atreladas às suas características e fundamentos, seu objeto e limites de atuação, bem como as suas condições de aplicação e formas de atuação.

Ademais, conforme adiante se verá, uma das questões doutrinárias mais importantes no tocante as contra-medidas está relacionada justamente com a sua natureza jurídica. Isto porque a adoção, pela Comissão de Direito Internacional, do entendimento de serem as contra-medidas uma das causas de exclusão da ilicitude, está intrinsecamente ligada à sua visão dos requisitos necessários para que se possa falar em um ilícito internacional. Esse entendimento demonstra a relevância do assunto na medida em que, na perspectiva da Comissão, as contra-medidas afetam uma das bases de todo o sistema de responsabilidade internacional do Estado.

Viu-se, sobretudo, que as discussões acerca do tema abrangem o surgimento de uma doutrina restrita e ainda em fase de crescimento de medidas defensivas como a forma moderna e aceitável de autotutela, como uma co-existência de contra-medidas baseadas em práticas institucionais que se encontram entre o direito fundamental do Estado a tomar medidas preventivas para remediar, pacificamente, um ato internacionalmente ilícito.

1 VISAO GERAL SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS POR FATOS ILÍCITOS

1.1 Breves considerações históricas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados

A história dos direitos tem demonstrado grande diversidade na origem destes e nas consequências da responsabilidade, sendo estas proporcionais aos graus de coerção societária ou do desenvolvimento político alcançado na comunidade a ser aplicada.

A ideia de que os indivíduos são responsáveis pelos seus próprios atos não é uma elaboração recente da História, podendo-se inclusive afirmar que este instituto é encontrado em todas as civilizações, ainda que com características muito diferentes. Para reafirmar o conceito de responsabilidade perante a violação dos direitos de alguém, deve-se ter muito consolidado na história quais direitos esta pessoa possui e, agregado à ela, qual a reparação ideal. Esta mesma ideia abarca o Direito Internacional.

Não obstante, a responsabilidade internacional tem coexistido com modalidades *sui generis* de reparação¹, já que tem como principal objetivo garantir o respeito à igualdade soberana dos Estados, quando há violação a um direito subjetivo de outro Estado ou da comunidade internacional².

Trata-se de um instituto recente, que há pouco tempo fora codificado pela Comissão de Direito Internacional - CDI - com o Projeto de Artigos³ da Organização das

¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3ª Edição. Coimbra Editora: 2006, p. 565.

² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Ed. Renovar, 1996, p. 6.

³ Projeto de Artigos é o nome que se deu para a tentativa de codificação de temas do Direito Internacional, pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. Em uma primeira tentativa de codificação, realizada na Conferência de Haia de 1930, o tema em questão, Responsabilidade Internacional, foi escolhido pela Liga das Nações para ser codificado sob a perspectiva clássica, ou seja, por meio da criação de normas de carácter primário sobre a responsabilidade estadual decorrente da inobservância de normas relativas ao tratamento de estrangeiros e de suas propriedades. Não obstante, nesta tentativa de codificação não se obteve êxito, uma vez que apenas se conseguiu obter consenso sobre os assuntos de carácter secundário, mas não sobre as normas substantivas referentes ao tratamento de estrangeiros e de suas

Nações Unidas - ONU - sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Fatos Internacionalmente Ilícitos. Tal assunto veio à tona em 1955, sob o comando do Professor *Francisco García Amador*⁴ e concluído em 2001, com a atual codificação.

Até atingir a almejada codificação, a responsabilidade internacional passou por um lento e gradual processo de evolução, que teve início no final do século XIX, quando surgiu a expressão como é conhecida hoje. Contudo, antes disso já existiam discussões acerca da violação dos direitos dos Estados⁵.

Quando atenta para os antecedentes históricos da responsabilidade internacional, a doutrina costuma apontar a existência de uma prática milenar de exigência de compensações aos vencedores pelos vencidos⁶. Tal ensejo se extrai da cultura feudal, quando os Senhores de terras faziam justiça quando tinham seus domínios, ou seus súditos tinham seus direitos violados, como sendo uma espécie de se fazer justiça com as próprias mãos, em nítida expressão de vingança. Já nesses casos era utilizado o instituto da represália, direito que exigia uma forma de ressarcimento pela violação praticada pelo forasteiro, sem que com essa atitude fosse declarada qualquer guerra⁷.

A responsabilidade nesses períodos mais remotos não era estatal, mas sim, uma relação entre particulares. Pode-se dizer que tanto na Antigüidade - passando pela Grécia e

propriedades. Por esta razão, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu a Comissão de Direito Internacional para, desta maneira, realizar o mandamento inserido no art. 13 da Carta daquela instituição internacional, a contribuir com o progressivo desenvolvimento e codificação do direito internacional. Um fato interessante ressaltado por BODANSKY & CROOK (D. Bodansky, J.R. Crook, Symposium: *The ICL'Ss State Responsibility Articles*, AJIL, vol. 96, 2002, p.777) é que já nesta ocasião o tema da responsabilidade internacional do Estado foi inserido em tópico separado do tratamento de estrangeiros, como um prévio indicativo, por parte dos membros da CDI, da adoção da perspectiva que dissociava a visão de que a responsabilidade internacional do Estado não se limitava à questão da violação de direitos de estrangeiros por parte dos Estados.

⁴ Francisco García Amador (1917-1993), foi professor de direito nas faculdades do Panamá, Havana e Miami. Seus importantes questionamentos e estudos incitaram contribuições na formação do direito internacional público. Foi escolhido para ser o Relator Especial sobre Responsabilidade Internacional do Estado (1955-1961), na primeira tentativa de codificação do Direito Internacional da Responsabilidade dos Estados, pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. v *.Oxford Encyclopaedic Dictionary Of International Law*, 2009.

⁵ ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. 12ª Edição. Ed. Saraiva: 2002, p. 435.

⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 563.

⁷ BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. 4ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian1, Lisboa: 965, p. 2.

Roma - e Alta Idade Média, prevalecia a irresponsabilidade, que só começou a declinar a partir da Revolução Francesa⁸, em 1789⁹.

Desaparecida a tendência feudal, e promulgada a Carta Magna de 1215¹⁰, agora com os poderes concentrados no Estado, este fazendo *jus* da sua soberania absolutista, e com ela, relacionando-se com outros Estados soberanos, seja por poderio comercial-econômico ou conquistas territoriais, fez-se necessário expandir o ideal de constitucionalismo, buscando-se dar desenvolvimento à ideia de direito a ser respeitado entre Nações.

Este passo foi dado pelo *jus* naturalista *Hugo Grotius*¹¹ que, dando continuidade aos pensamentos de *Alberico Gentili*¹², fornece os princípios filosóficos que sustentam seu empreendimento de fundar um direito internacional válido para todos os povos, cujo alicerce está assentado sobre o conceito de natureza humana social e racional¹³.

⁸ A Revolução Francesa alterou a Teoria da Responsabilidade do Estado. O fato é que a turbacão da ordem e açoes da multidão enfurecida causou danos à propriedade de particulares, os quais procuraram acionar o Estado para obter um ressarcimento. Para proteger o erário francês das inúmeras açoes, “criou-se a distincão entre atos de império e atos de gestão, atribuindo somente a estes últimos a possibilidade de obter o ressarcimento dos danos sofridos”. Este fato marca o início da responsabilidade pública e repercutiu na Constituição Francesa pós-revolução. STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado: movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1992.

⁹ PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e suas Conseqüências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: ed. Ltr, 2000.

¹⁰ Trata-se a referida Magna Carta de um documento inglês do ano de 1215, cujo objetivo maior era de limitar o poder dos monarcas da Inglaterra, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou do desentendimento entre o Rei João-sem-terra, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do Rei estaria sujeita à lei. Considera-se este documento o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. (*Ibidem*)

¹¹ Hugo de Groot, ou simplesmente Hugo de Grotius (1583-1645), holandês que ainda jovem, alcançou invejável reputação europeia pelo seu saber. Foi embaixador da Suécia na corte da França. Sua grande importância para o direito internacional se dá por ter ele escrito duas obras de direito internacional: *De Jure Praedae*, em 1604, e o *De Jure Belli ac Pacis*, em 1625, esta última, levando-o à fama de ser o fundador do direito internacional, embora muitos autores discordem de tal possibilidade, como é o caso de James Leslie Brierly, que opina que a fama do livro não se deveu apenas aos méritos de Grotius, mas também, às circunstâncias da sua publicação. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 27.

¹² Geralmente conhecido por Gentilis, Alberico Gentili (1552-1608), protestante italiano, foi talvez o primeiro autor a fazer uma separação nítida entre o direito internacional, a teologia e a ética, tratando àquele como um ramo da ciência do direito. Sua obra mais importante foi *De Jure et Belli*, publicada em 1598, que influenciou largamente o mais célebre dos seus sucessores, Hugo Grotius. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 25.

¹³ BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. *Hugo Grotius e as Relações Internacionais: entre o direito e a guerra*. Cadernos de Ética e Filosofia Política, nº 15, 2/2009, p. 28.

Em sua obra intitulada *Do Direito de Guerra e Paz*¹⁴, Grotius ousa em apresentar os princípios racionais elementares que conduzem à sociedade: 1) abster-se do alheio; 2) a restituição de bens e vantagens que advém de posse injusta; 3) obrigação de cumprir as promessas; 4) a reparação dos danos causados com culpa; e 5) o merecimento das penas entre os homens.

Desta forma, contribuiu referido autor em formar o conceito de sociedade internacional como sendo uma comunidade ligada pela noção de que Estados e seus governantes tem leis que se aplicam a eles. Seu maior contributo talvez seja o pensamento de que a prática habitual de pactos na interação entre homens constrói, simultaneamente, a sociedade, os Estados e o direito entre ambos. Complementa este pensamento sugerindo que, exatamente pela obrigação de se cumprir pactos, quando homens ou Estados não cooperam entre si, os danos advindos desse descumprimento devem ser reparados¹⁵. Talvez venha daí o entendimento da compensação devida no caso de guerras injustas.

O Tratado de Westphalia¹⁶ representou bem isso: a consolidação das doutrinas de Grotius com a urgência de nascimento de uma sociedade internacional através da aceitação de regras mínimas para a vida social, porém, sem o estabelecimento de uma instituição central ou governo mundial.¹⁷

A contribuir com os ideais dos *jus* naturalistas, cuja influência recebeu de *Samuel Pufendorf*¹⁸, *Emerich Vattel*¹⁹ representou um marco decisivo na Responsabilidade

¹⁴ GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Edição bilíngüe. Tradução, introdução e notas de Primitivo Mariño Gomez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁵ ONUF, Nicholas. *Uma Reflexão sobre a Idade de Ouro do Direito Internacional*. Revista Contexto Internacional, v. 23, jul-dez 2001, pp. 223-244.

¹⁶ A Paz de Westphalia como é conhecida, foi, na verdade, uma gama de tratados celebrados entre vários países Europeus que, em 1648 pôs termo à grande guerra religiosa dos Trinta Anos, marcando, a partir de então, a aceitação de uma nova ordem política na Europa, acabando com a guerra entre católicos e protestantes e estabelecendo a liberdade religiosa. Este conjunto de diplomas inaugurou o moderno Sistema Internacional, ao acatar consensualmente noções e princípios como o de Soberania Estatal e o de Estado Nação. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 5.

¹⁷ BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. *Ob. Cit.* 2009, p. 30.

¹⁸ Samuel Pufendorf (1632-1694), foi um jurista alemão, teórico da guerra justa, fundador da chamada escola *jus* naturalista. Ensina que a vontade do Estado é a soma das vontades individuais que o constituem e que tal associação explica o Estado. Não obstante, contribuiu para o processo de divisão entre Estado e as pessoas que corporalizam esse Estado, afirmando que o Estado soberano é separado das pessoas físicas. Para ele, a soberania não se cria na sociedade, não é criada por ninguém; institui-se. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 34.

¹⁹ Emerich de Vattel (1714-1769), um suíço que trabalhou para o serviço diplomático da Saxônia, foi o autor que talvez tenha mais influenciado a doutrina internacional, graças à publicação, em 1758, de sua obra *Le*

Internacional do Estado ao defender uma visão mais humana das leis da guerra, já que defendia o não uso da força, e tinha uma forte inclinação à utilização das represálias, caso houvesse desrespeito ou descumprimento de relações entre Nações. Rejeitou a teoria patrimonial da natureza do poder, que Grotius defendera, e suscitou admitir que a própria lei natural estabelece a independência e a liberdade dos Estados, fazendo de cada um o juiz de suas próprias ações, responsável apenas perante a sua consciência pelo cumprimento do direito natural²⁰.

O grande contributo de *Vattel*, registrado no seu livro *O Direito das Gentes*²¹, talvez seja de ver na soberania do Estado, um dos elementos fundamentais na conceituação do direito internacional, já que esta passa a ser entendida como sendo o direito a reger as relações entre unidades políticas soberanas, juntamente com assistência mútua a fim de que elas próprias se aperfeiçoassem, em mesmo nível de igualdade²².

Passado algum tempo, a evolução doutrinária alargou os limites da responsabilidade à medida em que passou a entender que os Estados devem reparar, através de outros meios, os danos causados por sua violação ao direito de outro Estado; e como não havia responsabilidade criminal, a responsabilidade só podia ser invocada pelo próprio Estado cujo direito fora infringido²³.

Seguindo a evolução doutrinária, *Dionisio Anzilotti*²⁴, no final do século XX, teorizou que a violação de uma regra de direito internacional enseja a reparação como conteúdo primário da responsabilidade dos Estados, o que é bem diferente do direito a represálias. Além disso, apenas a violação de um direito verdadeiramente subjetivo de outro Estado ensejaria a responsabilidade, e não a mera violação de um interesse, seja este

Droit des Gens, largamente conceituada pelo pensamento original do autor, principalmente no que se refere ao assunto de controvérsias internacionais. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 35.

²⁰ BRIERLY, James Leslie. *Ob. Cit.* 1965, p. 35.

²¹ VATTEL, Emerich de. *O Direito das Gentes*. Coleção de Clássicos. Prefácio e Tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

²² BRIERLY, James Leslie. *Ob. Cit.* 1965, p. 36.

²³ VATTEL, *apud* NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Robert Ago: *The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations*. EJIL, vol. 13, n. 5, 2002, p. 1085.

²⁴ Dionísio Anzilotti (1867-1950), jurista e diplomata italiano, é considerado um dos maiores estudiosos do direito internacional no século XX. Foi um dos principais teóricos da corrente dualista, que defende serem o direito internacional e o direito interno de cada Estado sistemas rigorosamente independentes e distintos. BRIERLY, *Ob. Cit.* 1965, p. 41.

geral ou específico. Não obstante, apenas atos praticados por Estados poderiam responsabilizá-los no âmbito do direito internacional, e não atos praticados por particulares²⁵.

Com o término da Primeira Guerra, doutrinadores tentaram tirar conclusões daquela experiência, e definir particularmente as sérias violações ao direito internacional que pudessem ensejar sanções especiais e responsabilidade *erga omnes*. No entanto, todas essas iniciativas tiveram em comum o fato de terem sido baseadas em tratados ou orientadas por estes, ao exemplo disso, o Tratado de Versalhes²⁶, culminando o real sentido de responsabilidade internacional. Além disso, foram tomadas iniciativas para se desenvolver o conceito de “crime de Estado”, e para se estabelecer a responsabilidade internacional criminal dos indivíduos²⁷.

Devido à esses fatos, atrelados à necessidade de se fazer respeitar Tratados entre Nações, na década de 1920, os movimentos para codificação do direito internacional atingiram seu ápice. Daí a primeira tentativa de codificação da responsabilidade internacional na Conferência de Haia, em 1930²⁸.

Posteriormente a 2ª Guerra, com as violações aos direitos humanos realizadas pelos nazistas, de dimensões sem precedentes, ficou clara a necessidade de se proceder a um avanço na área da responsabilidade internacional, particularmente no que diz respeito a mecanismos mais efetivos à repressão de violações graves ao direito internacional. Assim, nesse período, o desenvolvimento das normas de responsabilidade internacional do modelo clássico unidimensional e bilateral para um modelo progressivo multilateral e multidimensional, no qual diferentes tipos de violação levariam a diferentes regimes de responsabilidade, teve maior impulso²⁹.

²⁵ VATTEL, *apud* NOLTE, Georg. *Ob. Cit.*, 2002, p. 1087.

²⁶ O Tratado de Versalhes, cujo advento se deu em 1919, foi um tratado de paz assinado pelas potências europeias, cujo objetivo principal era dar encerramento oficialmente a Primeira Guerra Mundial. Isso se deu após seis meses de negociações, em Paris. O principal ponto do Tratado determinava que a Alemanha aceitasse todas as responsabilidades por causar a guerra e que, sob os termos dos artigos 231-247, fizesse reparações a um certo número de Nações atingidas e vitimadas.

²⁷ VATTEL, *apud* NOLTE, Georg. *Ob. Cit.*, 2002, p. 1088-1091.

²⁸ SALCEDO, Juan Antonio Carillo. *Reflexions on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*. Vol. 8, nº 4. EJIL, 1997.

²⁹ _____. *Idem*.

Em 1950, houve outra tentativa da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas em codificar a responsabilidade internacional. A questão discutida nesta ocasião foi o fato de que a responsabilidade internacional não podia mais ser vista apenas como uma possibilidade de reparação civil; até porque as violações mais graves não poderiam ficar impunes, devendo ser tratadas como crimes, ensejando não apenas o dever de reparação, mas também a responsabilidade criminal pelo ato. No entanto, a Comissão não aceitou a proposta entre a responsabilidade internacional civil e criminal, tratando apenas da responsabilidade internacional dos Estados por danos causados em seu território a estrangeiros ou a seus bens³⁰.

Entre 1956 e 1999 passaram pelo Projeto de Codificação diversos relatores, entre eles o Professor *Roberto Ago*³¹, que contribuiu em inserir a responsabilidade objetiva dos Estados à codificação. Lideraram ainda a Comissão os Professores *Willem Riphagem* e o italiano *Arangio-Ruiz*, até que em 1999 foi nomeado como Relator Especial o professor *James Richard Crawford*³², responsável pela elaboração do Projeto de Artigos de 2001, o último projeto sobre o presente tema, desenvolvido pela CDI.

Em suas análises, *Crawford*, atento à mudança de posições ocorrida nos últimos 30 anos, propôs, então, a eliminação do preceito relativo ao crime internacional, assim como daqueles que regulavam as suas consequências e, como compensação normativa, contribuiu com o surgimento do conceito de responsabilidade internacional dos Estados como sendo “violações graves de obrigações essenciais para com a comunidade internacional no seu conjunto”, com obrigação *erga omnes*, tal qual se observou no caso *Barcelona Traction*³³, em 1970³⁴.

³⁰ UN. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II. New York: United Nations, 1957 p. 105.

³¹ Roberto Ago (1907-1995), foi professor italiano, cujo desenvolvimento de seus estudos sobre o direito internacional o levou à ser membro e relator da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. Certamente esteve em primeiro plano entre as poucas pessoas que dominaram a cena do direito internacional em sua época.

³² James Richard Crawford (1948) é um estudioso acadêmico e profissional no campo do direito internacional público. Em 1992, foi eleito para a cátedra de Direito Internacional na Universidade de Cambridge. Neste mesmo ano, também foi eleito membro da Organização das Nações Unidas, especialmente da Comissão de Direito Internacional. Ele atuou como Relator Especial sobre Responsabilidade do Estado entre o período 1997-2001. Também foi responsável pela produção do Projeto de Estatuto da ILC por um Tribunal Penal Internacional. Atualmente é professor de Direito Internacional na Universidade de Cambridge, Reino Unido. Fonte: CAMBRIDGE, *Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge*. Bibliografia autorizada.

³³ Neste sentido, o famoso Caso *Barcelona Traction* permitiu que a jurisprudência internacional, protagonizada pela Corte Internacional de Justiça, em 1970, se manifestasse, ainda que de modo incidental, sobre a questão do *jus cogens* mediante um importante *obiter dictum* (afirmação do tribunal que não foi

Finalmente, abalizadas as alterações, e trazendo à estreita o assunto que nos interessa, tem-se então o art. 41, n.º 1 do atual Projeto de Artigos, que menciona o fato internacionalmente ilícito como sendo aquele que “constitui uma violação grave por um Estado de uma obrigação para com a comunidade internacional no seu conjunto e essencial para a proteção dos seus interesses fundamentais”, afirmando-se, a seguir que, “a violação será grave se mostrar que o Estado responsável se absteve ‘de forma flagrante ou sistemática de executar a obrigação’, podendo, assim, lesar de forma substancial os interesses fundamentais por esta protegidos” (art. 41, n.º 2)³⁵.

É a partir desse novo posicionamento que os recentes doutrinadores interagem a Responsabilidade Internacional dos Estados com a atualidade.

1.2 Teoria Geral: fatos que originaram a Responsabilidade Internacional

O desenvolvimento da Responsabilidade Internacional do Estado não deixou de sentir o efeito inibidor do tradicional princípio da exaustão dos meios processuais do direito interno³⁶.

O estudo de seu nascimento pressupõe o exame da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos do direito interno. As diversas teorias a este propósito têm geralmente seguido duas correntes de pensamento: sustenta a primeira que a

relevante para a solução da questão em si), que se transcreve: “Uma distinção deve ser estabelecida entre as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto e aquelas que nascem em face de um outro Estado, no quadro da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico em que estes direitos sejam protegidos; as obrigações de que se trata são obrigações *erga omnes* (...), tais como a declaração de ilegalidade (*mise hors la loi*), de atos de agressão e de genocídio (...) e [a obrigação de respeito] aos princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, neles incluída a proteção contra a prática da escravidão e a discriminação racial”. Para uma análise mais detalhada da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça nesta matéria, v. FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: UNESP, 2002.

³⁴ LOPES, José Alberto Azeredo. *A Responsabilidade Internacional do Estado: Entre a Codificação e a Realidade*. Nação e Defesa, n. 97, 2001, p. 61.

³⁵ UN. *Yearbook of the International Law Commission*. New York: United Nations, 2001, p. 130.

³⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 564

responsabilidade internacional se configura uma vez esgotados os recursos internos³⁷, enquanto a segunda defende seu início imediato a partir do momento da violação do direito internacional³⁸. Tal violação constitui naturalmente pressuposto da responsabilidade, mas, enquanto para alguns ela acarreta a responsabilidade de imediato, para outros tal não ocorre até se tenham esgotado devidamente os recursos do direito interno³⁹.

O ponto de partida para o estudo do momento do surgimento da responsabilidade internacional reside nas tentativas iniciais de codificação da matéria, em particular, a posição dos Estados e as correntes⁴⁰ de opinião manifestadas no decorrer dos trabalhos na Conferência de Haia de 1930⁴¹, ponto marcante, crucial e decisivo no desenvolvimento do tema, já que foi daí que surgiu a primeira tentativa em reger, em primeiras linhas, a responsabilidade internacional dos Estados por danos causados a estrangeiros⁴².

Posteriormente, no entanto, quando o tema foi debatido pela Comissão de Direito Internacional da ONU, obteve-se um contexto distinto daquele supracitado, uma vez que

³⁷ A causa de ação (a violação do direito internacional) coincidindo com o direito de ação (uma vez esgotados os recursos). À respeito, traz-se à lume a discussão nº 27 da Conferência de Codificação de Haia de 1930, nos seus seguintes termos: “Dispondo o estrangeiro de recurso legal diante dos tribunais do Estado, pode o Estado requerer que qualquer questão de responsabilidade internacional permaneça em suspenso até que seus tribunais tenham proferido sua decisão final”. Tal preceito foi dito como sendo regra substantiva do esgotamento dos recursos internos e de tal maneira, foi acatada pelas delegações da Alemanha, Bélgica, Bulgária, Tcheco-Eslováquia, Japão, Polônia, Canadá, Finlândia, e Grã-Bretanha, com apoio dos delegados da Grécia, Espanha, Egito, México, Colômbia, Romênia, e França. Tais delegações acreditavam que não se pode considerar um Estado internacionalmente responsável antes que seus tribunais tenham proferido sua decisão final, pela simples e pura razão que o dano ainda não se consumou. (Texto extraído da Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, das *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee* nº 5 e 6, pp. 48 e 51, respectivamente)

³⁸ A causa não coincidindo com o direito de ação, isto é, sem os esgotamentos de recursos internos. Não obstante, muito embora a responsabilidade já exista, só se pode dar prosseguimento à reclamação internacional depois do esgotamento dos recursos (regra de processo). Esta regra, denominada substantiva, foi patrocinada e defendida pelos escritos dos internacionalistas, e amplamente defendida pelas Universidades de Havard e Colúmbia, nos Estados Unidos. CANÇADO TRINDADE, *Ob. Cit.* 2002, p. 372.

³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Ob. Cit.*, 2002, p. 372.

⁴⁰ As duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual. TRINDADE, *Ob. Cit.* 2002, p. 372.

⁴¹ Em seu relatório sobre a responsabilidade dos Estados apresentado ao *Institut de Droit International* na sessão de Lausanne 1927, o relator L. Strisower defendeu a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos em relação ao nascimento da responsabilidade internacional. CANÇADO TRINDADE, *Ob. Cit.* 2002, p. 373.

⁴² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Ob. Cit.* 2002, p. 373.

no novo posicionamento, a responsabilidade dos Estados recaía à estes pela prática de atos internacionalmente ilícitos⁴³.

1.2.1 Definição de Responsabilidade Internacional

A definição de responsabilidade internacional possui uma grande uniformidade no cenário doutrinário e consuetudinário internacional.

Desde a época do notável doutrinador e professor *Jules Basdevant*⁴⁴, a responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito⁴⁵, segundo o direito internacional, deve uma reparação ao Estado contra qual este ato foi cometido.⁴⁶ É esta, em linhas simples, a idéia da responsabilidade internacional.

Neste mesmo sentido, extrai-se do ‘*Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*’ uma série de definições e, entre elas, a seguinte:

Obrigação que incube, conforme ao direito internacional, ao Estado a que é imputável um ato ou uma omissão contrária a suas obrigações internacionais, de dar uma reparação ao Estado que foi vítima ele mesmo, ou na pessoa ou bens de seus súditos⁴⁷.

⁴³ Sobre a mudança de ênfase da Comissão para aspectos novos e mais relevantes do *corpus* da responsabilidade do Estado como um todo, cf. R Ago, *First Report on State Responsibility*, Yearbook of International Law Commission (1969) - II p. 137, §79: ‘no passado, o tratamento de estrangeiros tornou-se central à teoria da responsabilidade dos Estados, mas no direito moderno incorre-se em responsabilidade menos pelo tratamento de estrangeiros do que por atos que possam trazer perigo à paz internacional’.

⁴⁴ Doutor em Direito desde 1903, Jules Basdevant foi professor na Universidade de Paris, na Academia de Direito Internacional de Haia, e vice-presidente e posterior presidente do recém-criado Tribunal Penal Internacional em Haia, onde permaneceu como juiz até 1964. (v. BERLIA, Georges. *Le président Jules Basdevant*. Persee Revues Scientifiques, vol. 33, n. 1, 1968, p. 5-7).

⁴⁵ A Comissão de Direito Internacional da ONU distingue o ilícito de crime internacional. Este existe quando o fato internacionalmente ilícito é a violação por um Estado “de uma obrigação internacional essencial para salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional” ou esta violação é considerada crime. v. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. Cit.* 1996, p. 446.

⁴⁶ _____. *Idem.*, p. 447.

⁴⁷ Definição publicada sob o patrocínio da “*Union Académique Internationale*”, em 1960, p. 541, Sirey, Paris.

Em uma posição mais avançada desta definição nos remete a entender que a responsabilidade internacional dos Estados é uma garantia de legalidade internacional e começa por ser um correlato da soberania internacional e da capacidade jurídica internacional, já que é um princípio fundamental da teoria moral, da teoria política e da teoria jurídica, que a responsabilidade aumenta na proporção direta da autonomia e capacidade volitiva do sujeito que se considere⁴⁸.

Levando-se em consideração que o 1º Artigo do Projeto de Artigos da ONU define que ‘todo fato intencionalmente ilícito de um Estado gera a sua responsabilidade internacional’, faz-se então necessário que nas relações entre Estados haja um mínimo de justiça que mantenha estável o bom entendimento entre as potências estrangeiras, impondo àquele Estado que viola ou abala esta estabilidade um ônus jurídico com o qual deverá arcar.⁴⁹

Cuida-se portanto, de uma relação entre o direito das gentes, tendo como referência relações entre Estados soberanos. Não obstante, mais tarde, porém, com o aparecimento das Organizações Internacionais, passou-se aceitar que estas, enquanto sujeitos de direito internacional, também incorriam em responsabilidade internacional pela prática de fatos ilícitos resultantes das violações à obrigações internacionais por elas assumidas⁵⁰.

1.2.2 Fundamentos

Todo ordenamento jurídico impõe fundamentos para o cumprimento de suas normas e certas conseqüências para o descumprimento das mesmas. No Direito Internacional, como já elucidado, exige-se dos Estados o cumprimento de uma série de

⁴⁸ MACHADO, Jónatas E. M. Ob. Cit. 2006, p. 565.

⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 557.

⁵⁰ Esta é a jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça quando defendeu que ‘é um princípio do direito internacional, e um conceito geral de Direito que o incumprimento de um compromisso impõe a obrigação de efetuar uma reparação, seja por quem for’. v. *Caso Canal Corfú* (TIJ, 1948) e o *Caso Chorzow Factory* (TIJ, 1928).

obrigações internacionais cuja infração gera a responsabilidade internacional destes. Nestes casos, e sempre que se verifique um vínculo de causalidade entre o fato ilícito e o dano, haverá a obrigação de reparar por parte do Estado infrator.

No que diz respeito ao fundamento da responsabilidade internacional, há de se destacar que desde quando *Vattel* entendeu e justificou que o Estado é uma pessoa moral, este assunto vem sendo colocado no campo da moral por uma grande corrente da doutrina jurídica. Isso porque a noção de Responsabilidade, por ter sua substrução baseada na ética, atende uma necessidade de equilíbrio social de retribuição e de justiça⁵¹.

Baseado nestes preceitos, atrelados à definição de responsabilidade internacional, tem-se que o fundamento da responsabilidade internacional compõe-se de dois pilares: o dever de cumprir as obrigações internacionais livremente avençadas e a obrigação de não causar dano à *outrem*⁵².

1.2.3 Características

Em relação às características, a responsabilidade internacional é, em regra geral, institucional, isto é, os Estados assumem responsabilidade pelos atos de seus funcionários bem como de particulares para os quais tenham concorrido, e visa reparar um prejuízo, tendo, portanto, finalidade reparatória e natureza civil⁵³.

⁵¹ SCELLE, Georges. *Manuel de Droit International Public*. Paris: Editions Domat – Montcherestien, 1948.

⁵² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Podivm, 2011, p. 326.

⁵³ _____. *Idem*, p. 328. Há que resaltar que quanto à natureza civil da responsabilidade internacional, o DIP não reconhece a responsabilidade penal do Estado. Por tempos esta posição restou controvertida, até que de um modo mais sereno essa questão foi examinada por *Eustathides*, que observou não admitir a doutrina nem a jurisprudência internacional a responsabilidade penal do Estado. Sugestão de estudo mais aprofundado: casos do julgamento no Tribunal de Nuremberg. A responsabilidade penal, no DIP, só tem lugar excepcionalmente, como nos casos de genocídio, dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, o que já caracteriza a responsabilidade pessoal do indivíduo, notadamente perante o Tribunal Penal Internacional. Neste mesmo sentido: VISSCHER, Charles de. *Le Déni de Justice en Droit International* in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Paris: Librairie du Recueil, 1932, p. 421.

Em linhas mais completas, pode-se identificar que a responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno, quais sejam: a) a responsabilidade é de Estado à Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito⁵⁴; b) é um instituto de direito consuetudinário⁵⁵; c) possui aspecto político⁵⁶; d) apresenta dimensões de natureza inibitória de cessação e não repetição dos comportamentos ilícitos⁵⁷; e) tem natureza sancionatória (de repressão e punição das infrações ao direito) e normativa (reposição do equilíbrio de interesse e garantia da igualdade, simetria e reciprocidade nas relações internacionais)⁵⁸.

Ademais, a responsabilidade internacional dos Estados pode ser de diversas espécies, tais como direta e indireta, comissão e omissão, convencional e delituosa, e a caracterização de cada uma delas ainda é matéria bastante discutida.

A responsabilidade do Estado é direta quando se trata de ato ilícito cometido pelo seu governo, um órgão ou seus funcionários, bem como atos praticados por seus particulares, já que é a atitude do estado que acarretará a sua consequente responsabilidade⁵⁹.

Ela é indireta quando o ilícito foi cometido por uma coletividade que o Estado representa na ordem internacional. É o caso de um ilícito cometido por uma coletividade sob tutela (um Município, por exemplo), ou um Estado protegido, em que o responsável na

⁵⁴ Este é o caso da proteção diplomática que consiste na ação diplomática levada a cabo pelo Estado nacional do indivíduo prejudicado junto ao governo do Estado que internacionalmente é o presumível responsável. Para que tal característica seja requerida, faz-se necessário o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, desde que satisfeita as seguintes condições: ser a vítima nacional do estado reclamante ou pessoa sob sua proteção diplomática, haver o esgotamento dos recursos internos e ter a vítima agido corretamente e sem culpa, isto é, não ter contribuído com seu próprio comportamento à criação do dano. Tal preceito também se aplica às Organizações Internacionais, que inclusive podem exercer a proteção diplomática em relação a um funcionário. v. SOARES, Albino de Azevedo. *Lições de Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 1988, p. 314. Neste mesmo sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 561.

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 564.

⁵⁶ Segundo consta no *Yearbook of the International Law Commission of United Nations (Ob. Cit. 2001)*, a responsabilidade internacional surgiu para evitar guerras, limitar o emprego de força e proporcionar diplomacias.

⁵⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 564.

⁵⁸ _____. *Idem*.

⁵⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Ed. Renovar, 1996, p. 42.

órden internacional é a potência administradora ou Estado protetor⁶⁰. Esse tipo de responsabilidade é o que tem levantado maiores discussões na doutrina, já que a Comissão de DI⁶¹ afirma que não há provas conclusivas na jurisprudência e práticas internacionais que consagrem a responsabilidade indireta. Entretanto, ela a consagra porque considera que a relação de subordinação pode acarretar a responsabilidade internacional.

A responsabilidade é por comissão quando o ato ilícito resulta de uma ação e por omissão quando o Estado deixa de cumprir uma obrigação com a qual tenha se comprometido internacionalmente⁶².

A doutrina afirmava que a responsabilidade era convencional quando surgisse da violação de um Tratado Internacional e delituosa quando surgisse da violação de uma norma costumeira⁶³. Essa distinção não tem mais razão de ser, vez que todo fato ilícito é um delito internacional e este, como já elucidado, surge com a violação e qualquer norma jurídica internacional.

1.2.4 Natureza Jurídica

No Direito Internacional existem duas grandes correntes sobre a natureza da responsabilidade: a subjetiva, também conhecida como teoria da culpa e a objetiva, também chamada teoria do risco.

A mais antiga delas é a teoria da culpa, introduzida ao DIP por *Gentili* e posteriormente desenvolvida por *Grotius*, que entendeu que um Estado para ser responsável perante o DI, necessita não apenas de violar uma norma internacional, mas violá-la com culpa. No entanto, a controvérsia consiste em saber qual o alcance da palavra ‘culpa’ no DI. Para alguns doutrinadores, há de se considerar o *dolus malus*, a negligência

⁶⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Ed. Renovar, 1996, p. 42.

⁶¹ UN. *Ob. Cit.*, 1979, p. 111 e segs.

⁶² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ob. Cit.* 2011, p. 329.

⁶³ CAVARÈ, Louis. *Le Droit International Public Positif*, vol 2. Paris: Éditions A. Pedone, 1962, p. 350.

e o elemento intencional, já para outros, consideram-na como sendo a realização de um ato ilícito, que é pura e simplesmente a violação de uma norma internacional⁶⁴.

Essa concepção penetrou em grande número de internacionalistas e foi durante muito tempo a teoria dominante. Não obstante, recebeu críticas e tornou-se inadequada por não abranger sua aplicação à pessoas jurídicas, já que haveria impossibilidade de comprovar seu elemento psicológico. Mormente ainda encontra-se válida.

Mas a evolução desta matéria resultou a necessidade de consagrar outro regime jurídico para a natureza da responsabilidade, defendido por *Anzilotti*: a teoria do risco⁶⁵. Trata-se de uma teoria relativamente recente, que defende que a responsabilidade internacional emerge a partir da mera ocorrência de um dano que seja diretamente decorrente de uma violação de uma norma internacional, não levando em consideração o dolo, a culpa, ou qualquer outro motivo pelo qual o sujeito de DI violou o preceito. Para teoria objetivista, exige-se meramente o nexos causal entre o ilícito e a lesão daí decorrente⁶⁶.

Uma terceira corrente, embora não tenha maior consagração, também pode ser mencionada: trata-se da teoria mista. Esta teoria, advinda da tentativa de Rousseau em combinar a aplicação da teoria do risco e a teoria da culpa, foi posteriormente defendida por *Strupp*, que entendeu que quando houver omissão do Estado, deve ser verificada a existência de culpa, na modalidade negligência, para que se configure a responsabilidade internacional, bastando que haja, para tanto, um liame entre a conduta e o prejuízo.

⁶⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. Cit.* 1996, p. 450. Acrescenta-se que na opinião do professor Celso Mello, a teoria do risco é a que dá maior segurança às relações internacionais, uma vez que ela atende a tendência da sociedade internacional no sentido de desenvolver a solidariedade e, em conseqüência, a socialização.

⁶⁵ A jurisprudência internacional (*v. Corfu Channel*), utiliza-se da teoria subjetivista majoritariamente, numa tentativa conceder maior proteção ao Estado, ainda que pouco a pouco a teoria do risco esteja ganhando confiança no campo jurisdicional. Para além do caso supracitado, a jurisprudência internacional admitiu a teoria objetiva em dois casos: *Sucessão de Jean-Baptiste Caire* (México, 1929) e *Trail Smelter* (EUA/Canadá, 1937), deste último, especilmente, abrindo margem para um outro ramo: responsabilidade objetiva com base no risco anormal de vizinhança.

⁶⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ob. Cit.* 2011, p. 327.

1.2.5 Princípios norteadores

O princípio fundamental da responsabilidade internacional traduz-se em uma idéia de justiça, segundo a qual os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional, devendo observar seus compromissos de boa-fé e sem qualquer prejuízo aos outros sujeitos dos direitos das gentes⁶⁷.

A idéia de justiça conotada também se aplica à hierarquia de gravidade de ilicitude, de modo que à violação de uma norma internacional mais importante deve, correlativamente, corresponder a um ilícito mais grave, com especiais consequências jurídicas; do contrário, à infração de uma norma internacional cujo valor tutelado é de menor relevância para a comunidade internacional, corresponderia, então, um fato ilícito ordinário causador de consequências jurídicas menos gravosas⁶⁸.

Assenta-se ainda no princípio da reciprocidade de direitos e deveres entre os Estados, sendo que a reciprocidade é considerada por muitos como sendo um dos pilares fundamentais de toda normatividade⁶⁹.

Há ainda que se considerar que a responsabilidade é uma decorrência das relações simétricas de reconhecimento e de cooperação racional que se devem estabelecer entre os Estados, integrando a respectiva estrutura de incentivos do tipo punição-recompensa⁷⁰

Partindo desse pressuposto, e levando-se em consideração que o Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do DIP, e das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita, há de se dizer que, o instituto da responsabilidade internacional do Estado, diferentemente da responsabilidade

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 559.

⁶⁸ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 229.

⁶⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 566.

⁷⁰ VERDIER, Pierre-Hugues. *Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom*, 2002, p. 848.

atinente ao Direito interno, visa sempre a reparação a um prejuízo causado a determinado Estado em virtude de ato praticado por outro⁷¹.

1.3 Elementos constitutivos da Responsabilidade Internacional

A 53ª sessão da CDI da ONU, de 2001, ficou assinalada pela aprovação do Projeto de Artigos sobre a responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais, entendidos como violações de uma obrigação jurídico-internacional imputável a um Estado, como tal caracterizadas pelo direito internacional⁷².

Em causa, estava a escolha de vários pressupostos para configuração e ocorrência da responsabilidade internacional. Vejamo-las a seguir.

1.3.1 Do fato internacionalmente ilícito

Conforme consta do artigo 2º da versão definitiva dos artigos da CDI sobre a responsabilidade internacional do Estado, tem-se que a prática de um fato internacionalmente ilícito constitui o pressuposto essencial da responsabilidade internacional subjetiva. E tal verificar-se-á sempre que um Estado viole, por ação ou omissão, uma obrigação internacional a cuja observância esteja vinculado⁷³.

Do preceito supracitado, percebe-se forte influência da doutrina de Hugo Grotius, que desde o século XVII já estipulava que um fato internacionalmente ilícito resulta de um comportamento concretizado seja por ação ou omissão, imputável ao Estado, e consistente

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 559.

⁷² MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 573.

⁷³ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2003, p. 226.

na violação de uma obrigação internacional, aferindo-se respectivo caráter ilícito com base apenas no ordenamento jurídico internacional. Tais linhas são preceitos do art. 3º da CDI⁷⁴.

Por essa razão, sucede que a qualificação de um determinado fato como ilícito pelo direito interno, não atesta a sua ilicitude também no plano internacional. Inversamente, porém, não preclui o respectivo caráter internacionalmente ilícito⁷⁵, já que o dano é um efeito da responsabilidade.

A ilicitude pode consistir em infração, por ação ou omissão, seja de obrigações bilateralmente assumidas, quer de obrigações *erga omnes*, já que a obrigação internacional tanto pode nascer de normas reguladoras de relações bilaterais, como de regras de caráter imperativo, as *ius cogens*, que se impõem ou que impõem obrigações a toda comunidade internacional⁷⁶.

A ilicitude é, deste modo, apreciada objetivamente, contando, para tanto que, para que configure a violação de uma obrigação, é necessário que a obrigação seja internacional e que a obrigação esteja em vigor no momento da prática do fato ilícito⁷⁷.

1.3.2 Da imputabilidade

A imputação do fato lesante consiste na atribuição da conduta reprovável ou censurável a um sujeito de DIP. Ela é o elemento subjetivo da responsabilidade, demonstrador do nexo causal de imputação do referido fato ilícito ao Estado⁷⁸.

⁷⁴ UN. *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. United Nations Legislative Series, New York, 2012, p. 19 e segs.

⁷⁵ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 226. Assim, o fato não deixa de ser ilícito se foi praticado no cumprimento de uma lei interna do estado, mas, apesar disso, viola obrigação internacionalmente assumida por esse Estado. Disso decorre que o Estado não pode alegar o cumprimento de sua norma interna para afastar a ilicitude da sua conduta internacional. É esse sentido do artigo 3º do Projeto de Artigos supracitado.

⁷⁶ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2008, p. 459.

⁷⁷ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 460.

⁷⁸ _____. *Idem*.

Nos termos do projeto de artigos da CDI, a imputabilidade de um fato ilícito internacional ao Estado verifica-se quando este foi praticado por dos órgãos do Estado, dos poderes constituinte, legislativo, administrativo e jurisdicional, das forças armadas, a qualquer nível de autoridade, nos termos do que se dispõe no direito constitucional do Estado, ou por uma qualquer entidade a quem tenham sido legalmente atribuídas prerrogativas de direito público, desde que no exercício das mesmas⁷⁹.

Daí decorre a classificação: diz-se indireta a responsabilidade quando o Estado soberano responde pelo ilícito provocado por dependência sua; direta, por outro lado, é a responsabilidade do Estado pela ação de seus órgãos de qualquer natureza ou nível hierárquico⁸⁰.

Há de se acrescentar, que o Estado não é responsável apenas pelos fatos de seus órgãos. Inclui-se também certos fatos praticados pelos indivíduos que o podem responsabilizar, sobretudo no que diz respeito aos fatos praticados contra o Estado estrangeiro, seja dignidade, símbolos ou soberania, seja contra seus representantes⁸¹.

Não obstante, a ação hostil de particulares não compromete, por si mesma, a responsabilidade internacional do Estado: este incorrerá em ilícito somente quando faltar a seus deveres elementares de prevenção e repressão⁸². Antes porém, se apesar da sua prevenção rigorosa o Estado não conseguiu evitar o ilícito, pode punir os autores de tais fatos ou extraditá-los, para que o próprio Estado lesado lhes aplique a pena conveniente. Trata-se referido feito de um regime particular da responsabilidade por fatos não proibidos pelo Direito Internacional⁸³.

De qualquer forma, a imputação deve ser sempre entendida como atribuição do fato ilícito ao seu autor, de modo ser necessário determinar se o órgão ou agente agiu ou não em nome do Estado e sob sua direção e autoridade efetiva. Por outro lado, vale informar que o Estado é também responsável pelos fatos ilícitos praticados, em seu nome e

⁷⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 575.

⁸⁰ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. Editora Saraiva, 1998, p. 270.

⁸¹ SOARES, Albino de Azevedo. *Ob. Cit.*, 1988, p. 308.

⁸² REZEK, José Francisco. *Ob. Cit.*, 1998, p. 272.

⁸³ VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª edição. Madrid: Tecnos Editora, 2010, p. 868.

no seu interesse direto ou indireto, por órgãos de outros Estados que sejam colocados à sua disposição e sob sua autoridade efetiva⁸⁴. É o que consta do artigo 6º do Projeto de Artigos da CDI.

1.3.3 Do dano

Não há que se falar em responsabilidade internacional sem que do fato ilícito tenha resultado um dano para outro sujeito de direito das gentes.

Roberto Ago, no seu relatório à CDI⁸⁵, considerou o dano como um elemento autônomo do fato ilícito, embora, entenda que o dano é o elemento objetivo do fato.

Com efeito, a ilicitude tem sua base não no dano, mas sim o fato propriamente dito, sendo àquele um efeito objetivo da ilicitude. Melhor dizendo, o dano traduz-se no prejuízo sofrido pelo lesado, ou seja, é a lesão causada nos direitos ou interesses juridicamente tutelados, de modo que, para que se configure a responsabilidade internacional, necessário se faz que do fato ilícito resulte algum dano, pois só assim o lesado pode exigir ao Estado violador a responsabilidade pela reparação dos prejuízos por ele sofridos⁸⁶.

A não verificação de danos guindará a responsabilidade a um plano meramente teórico ou platônico, visto que, em tal caso, nenhum dever de reparação impenderá sobre o autor do fato ilícito e, por consequência, ao Estado vítima não assistirá qualquer direito subjetivo de exigir essa reparação⁸⁷.

Alguns doutrinadores classificam o dano nas seguintes modalidades: dano direto, aquele que decorre necessariamente da ocorrência do fato ilícito, sendo o efeito direto e

⁸⁴ BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2008, p. 462.

⁸⁵ UN. **Document A/CN.4/196: International Responsibility: Notet by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur**. *Yearbook of International Law Commission, vol. II*. New York: United Nations, 1967.

⁸⁶ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 470.

⁸⁷ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 227.

imediatamente deste fato; dano indireto, é o advindo do efeito mediato do fato, isto é, as consequências remotas desse fato⁸⁸.

Deveras, não há que se confundir tais modalidades com àquelas que se relacionam com a natureza do sujeito que sofreu lesão. Nestas modalidades, verifica-se que o dano é imediato, quando o sujeito que sofre a ação é o Estado que, sem qualquer mediação, poderá exigir internacionalmente a reparação; será mediato o dano cuja lesão foi causada a sujeitos do direito interno, de modo que, para exigir consequente reparação dos prejuízos sofridos, será necessária mediação estatal ao infrator.

1.4 Da exclusão da ilicitude por fatos internacionalmente ilícitos

1.4.1 Considerações Gerais

A CDI consagrou no capítulo V da primeira parte de seus artigos à definição das situações em que, apesar de, aparentemente, reunidos os pressupostos da consumação de um fato internacionalmente ilícito, tal não se verifica em virtude da presença de circunstâncias que excluem a ilicitude do fato⁸⁹.

Tais circunstâncias são causas de justificação que permitem a um Estado ou outro sujeito, vinculado por uma norma internacional, praticar lícitamente um fato que em condições normais seria tido por ilícito⁹⁰.

Nestas ocasiões, a conduta do lesado deve ser objeto de análise. Nota-se que o verdadeiro efeito da existência destas circunstâncias não consiste em excluir a responsabilidade que derivaria de um fato ilícito em si, mas em impedir que se qualifique

⁸⁸ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 471.

⁸⁹ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 235.

⁹⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 103.

de ilícito o comportamento do Estado. Foi essa a expressão utilizada por Roberto Ago em seu relatório à CDI⁹¹.

Tratam-se dos artigos enumerados de 20 a 25, as seguintes circunstâncias, respectivamente: a) consentimento; b) legítima defesa; c) contra-medidas; d) força maior; e) perigo extremo; e f) estado de necessidade.

De acordo com o artigo 26 do Projeto de Artigos, nenhuma das circunstâncias supracitadas se aplica à exclusão da ilicitude de qualquer fato de um Estado em desconformidade com uma obrigação decorrente de uma norma primária e imperativa de direito internacional geral. Isto porque havendo um conflito entre uma obrigação primária decorrente de uma norma *jus cogens*, é evidente que tal norma deve prevalecer. Portanto, as circunstâncias acima discutidas não justificam ou fundamentam a violação por um Estado de uma norma desse caráter⁹².

À seguir, passemos à análise de cada uma delas.

1.4.2 Do consentimento do Estado lesado

De acordo com esta primeira circunstância, exclui-se a ilicitude de um comportamento do estado contrário a uma obrigação internacional, quando o Estado vítima – aquele que é titular do direito correspondente a esta violação – dê o seu consentimento a que tal comportamento seja adotado⁹³.

Tal consentimento traduz-se em um acordo entre o Estado autor do fato e o Estado lesado, cujo objetivo tem por efeito tornar inoperante a obrigação violada, de modo a não mais haver vínculo entre ambos Estados consentidos. Este método pacífico de corelação se

⁹¹ UN. **Document A/CN.4/196: International Responsibility: Notet by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur.** *Yearbook of International Law Commission, vol. II.* New York: United Nations, 1967.

⁹² BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Curso General.* Madrid: Tirant lo Blanch, 2010, p. 417. No mesmo sentido: MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.*, 2006, p. 582.

⁹³ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 236.

dá ao caráter altamente político das situações em podem apresentar esta circunstância para ambos Estados, eis que interessados.

Não obstante, o consentimento só será válido se a obrigação violada não emanar do *ius cogens*; o acordo for prestado antes da prática do fato ilícito ou no momento em que este está a ser praticado; este acordo estiver expresso e em respeito às normas do DI⁹⁴.

No entendimento de outros autores, o consentimento também pode ser entendido como prescrição liberatória, por consistir, relativamente, no silêncio do Estado lesado ao dano sofrido após um largo período de tempo que o direito das gentes não obrigatoriamente especifica⁹⁵. Embora com terminologias diferentes, o que importa fazer constar é a renúncia ao exercício de reparação, o que não afasta a ilicitude do fato.

1.4.3 Da legítima defesa

A legítima defesa consiste na reação, através do uso de um meio necessário, contra uma agressão ou a um ataque armado, real ou iminente. Aqui verifica-se a presença da ação ilícita quando o Estado infringido reage usando os meios adequados para afastar o perigo criado pela ação inicial que não foi ele o causador, e quanto à utilização desses meios, poderia verificar-se a ocorrência da ameaça ou uso de força⁹⁶.

A Carta das Nações Unidas assinada em 1945, em seu artigo 2º, § 4º, condena a ameaça ou o uso da força. Não obstante, para que não ouvesse discussões controvertidas, esta mesma Carta estabeleceu uma exceção quanto ao direito à legítima defesa⁹⁷.

⁹⁴ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 477.

⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 579.

⁹⁶ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 480.

⁹⁷ É o que consta do artigo 51 da Carta das Nações Unidas que assim dispõe: “*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. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a acção que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais*”.

Assim, apesar de neste tipo de circunstância poder configurar a ameaça ou o uso da força nas relações internacionais, o fato não será ilícito, eis que visa garantir a integridade e a soberania do Estado, resguardando, portanto, um direito fundamental ao ente estatal, além de ser expressamente permitida pela própria Carta da ONU⁹⁸.

O exercício da legítima defesa tem função protetora, punitiva e reparadora, voltado a interromper o ataque contra o Estado lesado, a punir o agressor e reparar o dano causado⁹⁹. No entanto, para que tal circunstância exclua a ilicitude do fato, necessário se faz respeitar o princípio da proporcionalidade à agressão ou ao perigo e devem, caso não seja possível recorrer a outros meios, serem praticados apenas até que o Conselho de Segurança tome medidas necessárias para manutenção ou restauração da paz¹⁰⁰.

1.4.4 Das contra-medidas

Entende-se por contra-medidas a reação pacífica a uma medida anterior, ilícita e iniciada por outro ente estatal. Esta reação tanto pode consistir na adoção de medidas de autotutela como na aplicação de sanções internacionalmente impostas ao Estado infrator¹⁰¹.

Alguns internacionalistas nomeiam as contra-medidas com outras expressões, tais como autotutela¹⁰², represálias¹⁰³, retorção e medidas de reação¹⁰⁴. Outros até a classificam a legítima defesa e a represália como tendo o mesmo fundamento¹⁰⁵. Embora haja certas dissimilaridades doutrinárias quanto à nomenclatura, adotaremos o termo contra-medidas como o mais adequado para tipificar esse tipo de circunstância excludente de ilicitude, eis que é esta a terminologia adotada no art. 22 do Projeto de Artigos da CDI.

⁹⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ob. Cit.* 2011, p. 335.

⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 577.

¹⁰⁰ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 481.

¹⁰¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. Cit.* 1996, p. 461.

¹⁰² Neste sentido: Emerich Vattel, Dionisio Anzilotti, Júlio Gonzáles Campos, Luis I. Sánches Rodríguez, Paz Andrés Sáenz de Santa María.

¹⁰³ Neste sentido: Hans Kelsen, Valério de Oliveira Mazzuoli, Paulo Henrique Gonçalves Portela, José A. Pastor Ridruejo.

¹⁰⁴ Neste sentido: Hildebrando Accioly.

¹⁰⁵ Neste sentido: Jean Delivanis.

Citado artigo estabelece que as contra-medidas constituem-se em atos ilícitos em si mesmo, mas que se justificam como único meio de se combater e cessar a conduta ilícita praticada por outro Estado, cujo objetivo essencial é pressionar o Estado infrator a cumprir suas obrigações internacionais. Por esta particularidade, por ser uma reação a uma violação prévia de obrigação internacional, reação que em essência, seria ilícita nos termos do Direito Internacional, é que perde o *status quo* de conduta ilícita¹⁰⁶.

O recurso legítimo das contra-medidas passa pelo cumprimento de uma série de requisitos, elencados no Projeto de Artigos entre os artigos 49 e 54. Tais requisitos serão abordados em momento oportuno, eis que a respeito da citada excludente trataremos com maior profundidade no capítulo que se segue.

1.4.5 Do caso fortuito e força maior

A ilicitude de um ato estatal contrário a uma obrigação internacional não será causa de responsabilização do estado caso o fato ilícito praticado tenha sido consequência de um evento externo imprevisto, fora do controle do Estado, advindo de um acontecimento imprevisto, que tornou materialmente impossível ao Estado agir de conformidade com a obrigação assumida – caso fortuito – ou decorrente de uma força irresistível – força maior – cuja nenhuma medida poderia anteriormente ter sido tomada de modo a evitar o dano¹⁰⁷.

Nessas circunstâncias, verifica-se uma verdadeira impossibilidade natural ou física, de se atuar em conformidade com o direito ou em respeito para com a obrigação assumida.

¹⁰⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 584.

¹⁰⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 578.

1.4.6 Do perigo extremo

O artigo 24 do Projeto de Artigos estabelece que a ilicitude do fato praticado por um ente estatal resta excluída se o autor desse fato não tem, razoavelmente, outro modo, em uma situação de perigo extremo, de salvar sua vida ou a vida de outras pessoas que estejam confiadas aos seus cuidados.

Desta feita, entende-se por perigo extremo a situação de perigo na qual o órgão do Estado que adota o comportamento, não tem, nesse momento, outro meio de se salvar ou salvar as pessoas confiadas à sua custódia que não seja o de agir de forma desconforme com a obrigação que tem de cumprir naquelas circunstâncias¹⁰⁸. A ponderação para ocorrência desta circunstância é feita de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso¹⁰⁹

1.4.7 Do estado de necessidade

Trata-se aqui de uma situação de constangimento em que se encontra o autor do fato ilícito, a cujas situações vê seu interesse essencial ameaçado por um perigo grave e iminente, não lhe restando outra alternativa, em ordem a salvaguardar tal interesse, que não seja adotar, em face de outro Estado, um comportamento que infringe uma obrigação internacional¹¹⁰.

Para afastar esse perigo e para resguardar tais direitos ou interesses, o agente adota um comportamento ilícito, sacrificando direitos ou interesses de terceiros, cuja lesão tem como objetivo evitar um dano maior. Ao contrário do que se passa nas circunstâncias de caso fortuito ou força maior, aqui a conduta do agente é intencional e voluntária¹¹¹.

¹⁰⁸ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 482.

¹⁰⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 586.

¹¹⁰ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 240.

¹¹¹ BRITO, Wladimir. *Ob. Cit.*, 2008, p. 478.

De sorte a prevenir um recurso abusivo ao estado de necessidade por parte dos Estados, algumas condições devem estar reunidas do momento de sua invocação: a) que este fato constitua o único meio de salvaguardar um interesse essencial do Estado contra um perigo grave e iminente; e b) o mesmo não prejudicou gravemente um interesse essencial do Estado em razão da qual existia a obrigação¹¹².

Subjacente à estas poderações está o princípio da proibição do excesso, possibilitando a desoneração do cumprimento de obrigações internacionais em situações excepcionalmente onerosas, que não meramente triviais ou oportunistas¹¹³.

¹¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Ob. Cit.*, 2011, p. 579.

¹¹³ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.* 2006, p. 586.

2 CONTRA-MEDIDAS DE ATUAÇÃO MILITARES

2.1 Gênesis e Evolução Histórica das Contra-Medidas

Durante muitos anos, as relações internacionais entre Estados soberanos se desenvolveram em um contexto histórico de ausência de instituições centrais capazes de impor coercivamente, quando necessário, o cumprimento do ordenamento jurídico internacional. Por conta disso, os Estados utilizavam-se de seus próprios meios de resolução de conflitos e controvérsias, autoprotegendo seus direitos à medida de seus próprios interesses, empregando para tanto, os mais convenientes instrumentos com vistas a atingir seus propósitos¹¹⁴.

Dentre os mais diversos meios utilizados pelos Estados a fim de salvaguardar seus direitos, em alguns casos, o *modus operandi* levava-os à incumprir certos regulamentos do DI, já que para preservar sua autonomia e soberania vulneradas pela implicância de outro Estado, autodefendiam-se fazendo uso do recurso da força armada¹¹⁵.

Nesta época, caracterizada como sendo Direito Internacional Clássico, em que o uso da força armada nas relações internacionais chegou a ser concebida como meio de autotutela e prerrogativa de manter a soberania dos Estados, o conceito de auto-defesa gerou (e continua a gerar) muita controvérsia¹¹⁶.

Por muitos séculos, essa questão vigorou preocupante, já que não havia regras claras de corte sobre o uso da força e a conduta da guerra entre Nações soberanas, e tendo em vista que essas últimas recorriam à guerra em cada provocação percebida, não importando quão pequena fosse a provocação¹¹⁷.

¹¹⁴ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Curso General de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editora Trotta, 2012, p. 582.

¹¹⁵ BRÓTONS, Antonio Remiro. *Ob. Cit.*, 2010, p. 444.

¹¹⁶ AZUBUIKE, Eustace Chikere. **Article: Probing the Scope of Self Defense in International Law**. *Annual Survey of International & Comparative Law Golden Gate University School of Law*, 17 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 129, 2011, p. 1.

¹¹⁷ _____. *Idem*, p 3.

Nos primeiros tempos do Direito Internacional Clássico, por volta do século XVI e XVII, Francisco de Vitória e seus sucessores, dentre outros estudiosos fundadores da ciência do DI, refletiram sobre a noção de 'guerra justa'¹¹⁸, tratando de identificar quais eram as causas, condutas e finalidades que poderiam ser utilizadas como justificativas para o emprego da força armada, nos casos de defesa, vingança ou promoção da paz¹¹⁹.

Como consequência desse desenvolvimento, tem-se a mudança de ênfase do uso da força para reprimir os malfeitores à uma preocupação com a co-existência de meios pacíficos à resolução de conflitos entre Estados soberanos. Não obstante, houve também uma tentativa de se estabelecer as circunstâncias que constituíam verdadeiras causas justas para a guerra. Hugo Grotius entrou em cena com o seu tratamento racionalista, e ofereceu uma definição na base da moralidade, ao invés de lei. Partindo desse pressuposto, identificou-se duas principais categorias de permissões para uso da força por Estados soberanos: reparação do ato errado e contraditório ao direito das gentes e a defesa contra o mal¹²⁰.

A evolução posterior do Direito Internacional Clássico foi marcada pelo adiamento das teses *ius naturalistas* que buscavam limitar a ocorrência de guerras lícitas e por uma acentuação das abordagens mais positivistas, voluntaristas e estatocentricas que conceberam o DI como, essencialmente, o fruto do mútuo consentimento entre os Estados¹²¹.

¹¹⁸ Desde os tempos da Grécia e Roma antiga, a doutrina da guerra classificou-a em duas: a "guerra injusta", como no caso de ampliação de territórios e, "guerra justa", como sendo aquela permitida à uma Nação pela prática de violações de obrigações cometidas por outra Nação. A recusa do Estado ofensor a reparar o dano causado, era pressuposto para que o Estado vítima certificasse ao Senado que a justa causa da guerra havia surgido. Com a evolução do direito, a doutrina da guerra justa passou a ser modelo de pensamento e um conjunto de regras de conduta que define em quais condições a guerra é uma ação moralmente aceitável. A doutrina se refere mais particularmente à guerra preventiva, de modo que a noção de prova do *casus belli* tem pouca relevância. Seu conceito foi cunhado por Agostinho de Hipona (354 - 430), inspirado por Cícero, e foi frequentemente usado como justificativa para as Cruzadas. Mas, além de Agostinho, muitos outros pensadores contribuíram para essa teoria: Tomás de Aquino (1225-1274), Hugo Grócio (1583-1645), Francisco Suárez (1548-1617), Vattel (1714-1767), Francisco de Vitória (1548-1617), Samuel Pufendorf (1632-1704) e Christian Wolff (1679-1754). Porém, Grócio é provavelmente aquele que mais se dedicou à elaboração do conceito e da doutrina do assunto em questão.

¹¹⁹ SANCHEZ, Victor M. *Derecho Internacional Público*. Huygens Editorial, 2011, p. 354.

¹²⁰ FISCHER, Douglas H. **Comment: Human Shields and House Fires: How a Domestic Law Analogy can Guide International Law Regarding Human Shield Tactics in Armed Conflict**. *American University Law Review American University Law Review*, 57 Am. U.L. Rev. 479. 2007,

¹²¹ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 354

Com os tratados que levaram à Paz de Westphalia em 1648, houve notável paz e desaparecimento de guerras em países europeus. Tal feito traduziu em equilíbrio de poder, no qual subentendeu-se que todos os Estados eram soberanos e iguais, de forma que nenhum ente estatal tinha autoridade para julgar a justeza ou não das ações de outro Estado¹²².

Esta evolução permitiu que durante os séculos XVIII e XIX se chegasse a falar abertamente em *ius ad bellum* de que podiam servir-se quando as circunstâncias ou a conveniência assim permitissem¹²³.

Neste contexto, a força armada, quando utilizada, aparecia mais como um instrumento de política exterior dos Estados e como um mecanismo de coerção a que estes últimos podiam recorrer de modo a reagir contra àquele Estado que houvesse violado alguma obrigação internacional, e assim, tratava de lograr a restauração do direito violado¹²⁴.

Mas nem sempre aquilo que era pactuado era também respeitado e, com o desuso da distinção entre guerras justas e injustas, a guerra foi livremente empregada por Estados, e o direito de guerra tornou-se um dos atributos de um Estado soberano. Não é de admirar que nos séculos XIX e XX testemunhou-se guerras de grande escala e conquistas na Europa. Isso, talvez, em decorrência de o direito positivo que cuidava das relações internacionais não possuir, ainda, capacidade para investigar a justiça de guerras, já que para apregoar a imparcialidade, nenhum ente estatal poderia assumir as funções de um juiz internacional¹²⁵.

A fim de evitar a possibilidade, em larga escala, do uso da força armada como justificativa dos motivos supracitados, no princípio do século XX, discutiu-se juridicamente acerca da limitação do uso da força, tendo em conta que eram os Estados

¹²² AZUBUIKE, Eustace Chikere. *Ob. Cit.*, 2011, p. 4.

¹²³ FISCHER, Douglas H. *Ob. Cit.*, 2007, p. 4.

¹²⁴ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 354.

¹²⁵ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez & HORTAL, Maria José Cervell. *Introducción Doctrinal pero sobre todo Documental al Derecho Internacional Público*. Murcia: OCW Universidad de Murcia, 2012, p. 21.

mais poderosos que, em maior medida, podiam usar (e abusar) da força armada como instrumento de coerção frente a outros Estados com menor potencial ofensivo¹²⁶.

O feito histórico que considera essa limitação ao uso da força armada nas relações internacionais teve lugar em 1907, quando na II Conferência da Paz, em Haia, adotou-se a Convenção Drago-Porter¹²⁷.

A Convenção não chegou a proibir ou limitar por completo o uso da força armada quando Estados conflituavam-se entre si, mas impôs o cumprimento de uma série de condições àqueles que dela queriam valer-se¹²⁸.

Veja-se daí que a maneira encontrada no início do século XX para que se resolvessem as controvérsias internacionais foi ampliar os esforços dos Estados para que se alcançasse sua solução por meios pacíficos. Nesse contexto, as Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1907 foram marcadas pela sistematização de meios de solução pacíficas de controvérsias internacionais¹²⁹.

A legalidade da guerra ou o uso da força armada começou a ser medida com base na legalidade dos meios, em vez de justa causa.

Não obstante, guerras sobrevieram. Com a Primeira Guerra Mundial ressuscitou-se o antigo conceito de guerra injusta e, com ela, foi levantada a preocupação da comunidade internacional para uma convivência pacífica entre os Estados soberanos, de modo a

¹²⁶ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 355.

¹²⁷ A adoção desta Convenção foi impulsionada pela raiz de uma controvertida situação vivida entre 1902 e 1903, quando Alemanha, Itália e Reino Unido enviaram navios militares à costas da Venezuela a fim de forçar este país latino-americano ao pagamento de dívidas contratuais assumidas com aquelas três potências europeias. O recurso da força armada para tais fins ensejou críticas, e por essa razão, o Ministro argentino Drago declarou sua repúdia, em dezembro de 1902, de modo a demonstrar incabimento ao emprego do uso da força armada para constrangir um Estado estrangeiro a cumprir seus compromissos internacionais e especialmente, liquidar os atrasos das dívidas públicas pendentes, estimando que não se devia permitir uma medida tão drástica como a que fora empregada a fim de forçar um Estado a normalizar o pagamento de sua dívida.

¹²⁸ Consta do art. 1 da Convenção Drago-Porter: “As potências contratantes convencionam em não utilizar-se da força armada para cobrança de dívidas contratuais reclamadas ao governo de um país pelo governo do outro, como sendo dívidas nacionais próprias. Sem embargo, esta estipulação não se aplica quando o Estado devedor recusa-se ao pagamento ou deixa sem resposta a proposição da arbitragem, ou no caso de aceitação, não se conforme com a sentença arbitrada”.

¹²⁹ BERMEJO GARCIA, Romualdo. *El marco jurídico internacional en matéria de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*. Navarra: Civitas, 1993. p. 25-26.

restringir o recurso ao uso da força armada pelos Estados soberanos. O resultado foi o surgimento de inúmeros acordos de paz, incluindo o surgimento da Liga das Nações, em 1919, cujo objetivo principal referiu-se à criação de uma organização internacional, cujo papel seria o de assegurar a paz entre as Nações¹³⁰. De igual forma, contribuiu com a matéria o Pacto Briand-Kellogg, firmado em 1928, em Paris¹³¹.

Sem embargo, embora houvesse inúmeros feitos de cunho internacional cujas finalidades eram restringir o uso de força armada e manter a paz entre Nações, tais tentativas restaram frustradas com o advento da II Guerra Mundial¹³², e a Liga das Nações, tendo fracassado em manter a paz no mundo, foi dissolvida em 1942¹³³.

¹³⁰ AZUBUIKE, Eustace Chikere. *Ob. Cit.*, 2011, p. 8.

¹³¹ O Pacto Briand-Kellogg foi impulsionado pelo Ministro de Assuntos Exteriores francês, Aristide Briand juntamente com o Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, Frank B. Kellogg, e subscrito por um grande número de Nações. Assim propunha o Pacto, em seus artigos 1 e 2, respectivamente: Art. 1: “*As altas partes contratantes declaram solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam recorrer-se da guerra para solução de diferenças internacionais e renunciam a ela como instrumento de política nacional em suas relações mútuas*”. Art. 2: “*As altas partes contratantes reconhecem que o acordo à solução de conflitos, qualquer que seja a origem ou natureza delas que possam surgir entre as mesmas, somente deverá buscar-se os meios pacíficos*”.

¹³² Neste ensejo, a respeito da Segunda Guerra Mundial, importante mencionar que as contra-medidas dos Estados Unidos face ao Japão foram um dos motivos que impulsionaram o ataque à *Pearl Harbor*. A Liga das Nações, os Estados Unidos, o Reino Unido, a Austrália e os Países Baixos, todos com interesses territoriais no Sudoeste da Ásia, desaprovaram os ataques militares japoneses contra a China (por motivos expansionistas) e responderam com condenação e pressão diplomática. Ante à essas pressões, o Japão retirou-se da Liga das Nações em protesto. O Japão continuou com a sua campanha militar na China e assinou Tratado *Anti-Comintern* com a Alemanha Nazi, declarando interesses comuns entre os dois países. Em 1940, o Japão assinou o Pacto Tripartite com a Alemanha Nazi e a Itália fascista para formar os poderes do Eixo. Essa atitude japonesa fez com que os EUA criassem embargos contra as importações japonesas de metal e petróleo americano. Os EUA fecharam o Canal do Panamá de modo a impedir as embarcações japonesas. A situação continuou a agravar-se, e em 1941 o Japão avançou para o norte da Indochina (atual Vietnã, Laos e Camboja). Em resposta, o governo estaduniense congelou todos os bens japoneses nos EUA e iniciou um embargo completo às importações japonesas de petróleo. O petróleo era provavelmente o recurso mais crucial do Japão, devido aos seus próprios recursos petrolíferos serem bastante limitados e 80% das importações japonesas de petróleo eram provenientes dos EUA. Após várias tentativas diplomáticas, todas restando infrutíferas, o Japão se mobiliza e inusitadamente ataca a base naval americana sitiada em *Pearl Harbor*, ensejando a entrada dos EUA na guerra. (v. ARIMA, Yuichi. *The Way to Pearl Harbor: U.S. vs Japan*. The American University: ICE Case Studies Número 118, Dezembro, 2003).

¹³³ A ONU não decidiu qualquer estratégia militar ou táticas durante a segunda da guerra. Não poderia ter feito isso, primeiro, porque ainda não existia de fato, segundo, porque não tinha fórum ou quorum, tampouco algum processo acordado entre Estados soberanos através do qual pudesse operar. É bem verdade que várias organizações aliadas receberam convite para aderir à criação e objetivo da ONU, de modo a contribuírem com algum tipo de indicação pacifista no pós-guerra. Em outubro de 1943, foi criada a Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas (U-NWCC), como um exemplo de protótipo do viria a ser a ONU. À respeito, três observações precisam ser feitas: 1) o U-NWCC foi chamado originalmente, de Comissão de Investigação de Crimes de Guerra, mas "assumindo" o seu nome mais tarde para U-NWCC, em evidente demonstração de desunião entre os aliados da segunda guerra e o rótulo que a ONU pretendia esconder: a União Soviética se tornar um membro. Por receio, várias Nações aliadas negaram adesão, e alguns Estados Membros que já estavam fazendo parte, pediram sua retirada da Comissão por repugnância à faceta do U-NWCC, o que contribuiu à dissimulação, ao invés do contrário. 2) O principal objetivo da Comissão era juntar aliados para tornar mais fácil lidar com a pressão dos governos aliados em aplicar represálias contra a Alemanha. 3) Esta

Os desastres ocasionados por esta última, motivou os integrantes da liga vencedora a adotar um novo modelo para manter a paz e a seguridade internacional. A Carta que criou a Organização das Nações Unidas, em 1945, estabeleceu um autêntico sistema de seguridade coletiva, cujos alicerces eram, por um lado, a proibição do uso unilateral da força armada entre as Nações, salvo a genuína e estrita legítima defesa, sob a intervenção das Nações Unidas, e por outro lado, o estabelecimento de um dispositivo de reação institucional contra o Estado que violasse, injustificadamente, uma proibição internacional¹³⁴.

Este novo sistema favoreceu o desaparecimento do regime baseado na auto-tutela armada do Direito Internacional Clássico, e contribuiu ao surgimento do Direito Internacional Contemporâneo, que apregoa, salvo a exceção da legítima defesa, o emprego da auto-tutela pacífica, de modo a amparar a legalidade das represálias, hoje chamadas contra-medidas¹³⁵.

O termo represália já era amplamente difundido desde os tempos de *Vattel*, que se encarregou, de maneira bastante construtiva ao DI, em codificar preceitos básicos das relações internacionais. Em seu livro *O Direito das Gentes*, assim dispôs sobre as represálias, na sessão que trata ‘Das diversas maneiras de punir, sem recorrer às armas’:

§340: Nem sempre é necessário recorrer às armas com o intuito de punir uma Nação. O ofendido pode, por meio de punição, retirar alguns direitos que ela usufruía no seu território ou, se ele tiver os meios de fazê-lo, apossar-se de algumas cousas que a ela pertencem e retê-las até que se lhe dê justa satisfação.

§353: Tendo demonstrado serem permitidas represálias quando a justiça não pode ser obtida de outro modo, deduz-se que um soberano não tem o direito de resistir pela força ou fazer guerra àquele que, ao autorizar e executar represálias em tais circunstâncias, está somente fazendo uso de seu próprio direito¹³⁶.

Comissão foi concebida como uma conversa para manter a questão de represália, vingança e crimes de guerra fora da agenda pública. Apesar da oposição extenuante do *British Foreign Office* e do Departamento de Estado dos EUA em aderir à Comissão, já que detinham mentalidade independente, a Comissão fez um trabalho muito valioso, ainda que seja difícil quantificar a sua influência sobre a Carta para o julgamento de Nuremberg (v. MILLETT, Anthony. *The United Nations invoked by Franklin Roosevelt and Winston Churchill during the Second World War*. King's College London, 2005).

¹³⁴ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Ob. Cit.*, 2012, p. 583.

¹³⁵ _____. *Idem*.

¹³⁶ VATTEL, Emerich de. *Ob. Cit.*, 2004, p. 395.

As represálias, para *Vattel*, constituíam em medidas pacíficas de resolução de conflito, e só poderiam ser aplicadas quando houvesse um ilícito prévio da parte do Estado violador. Do contrário, eram consideradas medidas proibidas pelo direito internacional que são, no entanto, permitidas, quando justificadas como respostas às violações anteriores. De certa forma, eram consideradas um ato de auto-tutela por parte do Estado atingido, um ato correspondente, após uma demanda insatisfeita de um ato contrário à lei das Nações¹³⁷.

No entanto, apesar de o termo ser bastante antigo, apenas em 1928, pela primeira vez, apareceu juridicamente explícito, quando houve a decisão do caso de *Nauliaa*¹³⁸, conflito cintilado entre Alemanha e Portugal, ao estalar da Primeira Guerra Mundial. A resolução do citado conflito foi considerada, por muitos internacionalistas, como sendo o embrião das contra-medidas no âmbito jurisdicional do DI¹³⁹. Neste caso, quando do julgamento, o Tribunal impulsionou três importantes precedentes como sendo condições de se fazer uso das ‘represálias legítimas’ como eram chamadas à época: a) pré-existência de um ato internacionalmente ilícito, por parte do Estado infrator, em prejuízo do Estado vitimado; b) tentativa de o Estado vitimado reagir pacificamente antes de intentar qualquer medida de retaliação; c) a resposta ao ato ilícito deve ser proporcional ao agravo sofrido.

¹³⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. Cit.* 1996, p. 169.

¹³⁸ Consta do referido caso que durante a Primeira Guerra, enquanto a Alemanha enfrentou-se com muitas Nações, Portugal se manteve neutro. Inesperadamente, a força armada alemã, proveniente de suas colônias do sudoeste africano (Naníbia), chegaram à Angola (colônia portuguesa), no posto Nauliaa, para negociar com as autoridades lusas importações de alimentos e o estabelecimento de relações postais entre as duas colônias, de modo a facilitarem a comunicação entre ambas com o Oeste Africano. Ocorre que, devido à incompetência de um intérprete alemão, durante a negociação, resultou um mal-entendido que eclodiu morte de varios integrantes do desprendimento alemão. Como represalia, tropas alemãs destruíram varios postos portugueses em Angola, culminando na morte de um considerável número de soldados portugueses. A resolução do caso se deu por intermédio do Tribunal Arbitral, em 1928. Sem lograr êxito, contudo, a fim de se resolver o conflito, instou-se a Corte Jurídica para julgar as represalias alemãs à luz do Direito vigente à época, cujas condições jurídicas apresentadas eram as seguintes: primeiro, tratava-se de condutas ilegais, sem que constituísse uma reação do ilícito cometido pelo Estado violador; segundo, estavam limitadas, por considerações dos princípios dos direitos humanos e princípio da boa-fé; terceiro, não deveriam ser excessivas, mas sim, proporcionais ao prejuízo sofrido previamente; quarto, deveriam ser precedidas de uma solicitação ou tentativa de solução pacífica do litígio; e quinto, o objetivo final não poderia ser outro a não ser obrigar o Estado violador a reparar o ato ilícito previamente cometido, de modo a induzi-lo a reintegrar-se em sua legalidade e de igual modo, impedir a reincidência. O Tribunal entendeu que las represalias alemãs foram cometidas ilegalmente por três razões: Portugal não havia cometido ilícito algum em prejuízo da Alemanha, já que o que culminou a morte de seus próprios soldados se deveu a um mal-entendido alemão, considerado fortuito incidente; Alemanha não havia intentado agir pacificamente antes de atacar os postos portugueses em Angola; no incidente de Nauliaa, os atos das tropas alemãs foram desproporcionais ao agravo. (Sentença de 31 de julho de 1928, caso *Nauliaa*, RIAA/RSA, II, pp. 1026-1029). v. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Droit International Public*. 7ª edition. Paris: LGDJ, 2002, p. 960.

¹³⁹ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Ob. Cit.*, 2012, p. 583.

Embora a sugestão que *Vattel* tenha dado às represálias não intentasse o uso de força, no caso supracitado, a medida adotada pela Alemanha contra Portugal não atendeu essa observação, motivo pelo qual foi rechaçada pela justiça. A jurisprudência desse caso contribuiu em reforçar os intentos à utilização de meios pacíficos nas soluções de controvérsias internacionais.

Paralelamente ao caso *Nauliaa*, eclodiu entre Grécia, Albânia e Itália, no Porto de Corfu¹⁴⁰, em 1923, desavenças políticas que, além de envolverem represálias entre Grécia e Itália, o debate sobre este caso foi um marco para a então Sociedade das Nações, que a partir daí, passou a levar o assunto represálias com mais seriedade. Isso porque, embora já existisse um organismo internacional capaz de impor o cumprimento de certas regras do ordenamento jurídico internacional, tal entidade carecia de força e maturidade suficiente em confinar a observância do regulamento internacional¹⁴¹.

A partir de situações como as acima exemplificadas, e levando-se em consideração a robustez e seriedade com que a recém criada Organização das Nações Unidas estava implicando nas relações internacionais, de modo fazer prevalecer a paz entre Nações, a jurisprudência internacional foi se consolidando e assumindo, cada vez com mais veemência e sensatez, a sua função no DI, que é, com bem se sabe, promover a justiça na sua forma mais índole, e contribuir para que esta seja respeitada.

Muitos outros casos contribuíram com a evolução e amadurecimento do tema posto em pauta, mas dentre eles, pode-se dizer que no que desrespeito à responsabilidade

¹⁴⁰ Em 1923 houve uma disputa de fronteira entre a Grécia e a Albânia, cuja resolução coube à Conferência dos Embaixadores, que por sua vez, criou uma Comissão com autoridades inglesas, francesas e italianas para determinar o limite da fronteira disputada. A Sociedade das Nações autorizou a resolução do diferendo pela Comissão criada. O general italiano Enrico Tellini tornou-se o presidente da Comissão. Ocorre que, desde o início das negociações, as relações entre a Grécia e a Comissão foram negativas. O delegado da Comissão grega acusava Tellini de trabalhar em favor das reivindicações da Albânia. Em visita local, aos 27 de agosto, em 1923, o general italiano Enrico Tellini, três de seus assistentes e seu intérprete, caíram em uma emboscada e foram assassinados por assaltantes gregos. Por conta disso, manifestações anti-grega eclodiram-se na Itália. Contudo, embora a Grécia houvesse expressado sentimentos amigáveis para a Itália, não satisfeitos, Mussolini e o Gabinete italiano comandaram um esquadrão da marinha italiana bombardearem a ilha grega de Corfu, e como consequência, fechou o canal de Corfu e do Estreito de Otranto para os navios gregos. Aos 8 de setembro daquele ano, a Conferência de Embaixadores anunciaram à Grécia e Itália os termos em que a disputa deveria ser resolvida. Ambos países confitantes aceitaram a proposta de idenização mútua. A crise mostrou que a Liga das Nações foi fraca em seu parecer e sem poderio veemente para resolver disputas quando um grande poder enfrentava um pequeno (v. *Guia para Relações Internacionais e Diplomacia*, 2004, p. 214).

¹⁴¹ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Ob. Cit.*, 2012, p. 583.

internacional, notadamente em que se pese à excludente de ilicitude até então denominada represália, destaca-se o *Air Service Agreement*¹⁴².

Este caso, havido entre Estados Unidos e França, em 1946, solucionado em 1978, ilustrou a maneira pela qual a lei internacional pode ser executada, *viz-a-viz*, através auto-proteção sem intermédio de força armada. Além desse grande avanço, foi na sentença deste caso que se viu, pela primeira vez na jurisprudência internacional a utilização da expressão "contra-medida" que os atuais Tribunais têm utilizado nos últimos anos, de modo a substituir o termo "represália", provavelmente porque a partir desse caso, passou-se a fazer associação desse último como sendo medidas de reação que por ora, envolviam o uso de força armada, que a partir de agora, passaram a ser ilegais¹⁴³.

Ademais, além pre-existência do ato ilícito e da verificação da proporcionalidade do ato reagido, que no caso em comento foi denominada 'equivalência de prestações', acrescenta-se ainda mais três requisitos que passaram a ser condições das contra-medidas: a) a retaliação ao ato ilícito não precisa ser do mesmo tipo que o ato ilegal previamente praticado; b) a retaliação, antes de praticada, deverá ser comunicada e previamente aceite pelo Estado violador; e c) as contra-medidas adotadas pelo Estado vítima deverão ser dirigidas somente contra o Estado delinqüente, embora os efeitos prejudiciais do ato ilícito por esse último praticado possam alcançar Estados terceiros¹⁴⁴.

¹⁴² Trata-se de um acordo bilateral aéreo entre França e os Estados Unidos, assinado em 1946, que visava a autorização de determinada companhia americana voar para Paris a partir dos EUA via Londres. Em 1978, a Pan American Airlines, empresa aérea americana autorizada a efetuar tais vôos, depois de determinado tempo sem operar a linha proposta, anunciou sua retomada, mas com a condição de, quando chegasse à Londres, alternasse a bitola com a transferência de passageiros de uma aeronave maior para outra menor, e então, seguir em direção à França. Ocorre que a França objetou que essa mudança de bitola era contrário ao acordo de 1946, embora não houvesse nenhuma disposição sobre mudanças de bitola ou aeronaves no território de um terceiro Estado. Mesmo diante de tal objeção, a Pan American tentou operar o serviço, mas se viu limitada, já que os seus passageiros não foram autorizados a desembarcar em Paris. Os países envolvidos propuseram resolver a questão em um Tribunal de arbitragem, que decidiu que as operadoras americanas tinham direito ao abrigo do Acordo de 1946, de operar vôos com mudança de bitola em Londres. O avanço ao tema, contudo, desrespeito à legalidade do ato desprendido pela França em não autorizar o embarque de passageiros de Londres à Paris. Assim dispõe a sentença do Tribunal: "*Se surgir uma situação que, na visão de um Estado, resulta na violação de um obrigação internacional por um outro Estado, o primeiro Estado tem o direito, dentro dos limites estabelecidos pela as regras gerais de direito internacional relativos ao uso da força armada, para afirmar a seus direitos através de "contra-medidas"*" (v. SVERRISSON, Hjortur Brage. *Countermeasures, the International Legal System and Environmental Violations*. New York, 2008, p. 70).

¹⁴³ CRAWFORD, James Richard. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press, 2003, p. 282.

¹⁴⁴ ELAGAB, Omer Yousif. *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*. Clarendon Pr. Editor, 1988, p. 46. Neste mesmo sentido, CRAWFORD, James Richard. *Ob. Cit.*, 2003, p. 283.

Outro objecto se levantou com a resolução do caso supramencionado, que é questão da relação entre o direito internacional consuetudinário geral sobre contra-medidas e habitual direito internacional dos tratados, que permite a rescisão ou suspensão de um Tratado em um caso de violação material. O Tribunal entendeu ambos os regimes devem coexistir¹⁴⁵.

Contra-medidas, portanto, passou a ser vista como uma aposta na sabedoria na resolução de controvérsias internacionais, e não sobre a fraqueza da outra parte. Além de apregoar princípios básicos do DI, como da boa-fé e proporcionalidade, as medidas de resposta devem ser usadas com um espírito de grande moderação e verdadeiro esforço para resolver o litígio de modo pacífico e justo para ambos envolvidos. Nestas proporções, o Estado que utiliza-se de contra-medidas deixa de praticar ato que, em primeira ótica é essencialmente ilegal, mas que é processado lícito à medida que em proporção e boa-fé reage-se a um ato ilícito anterior¹⁴⁶.

No recurso à estas medidas, percebe-se que a tendência da represália com o uso de força armada, embora subsumida em um primeiro momento, sofreu forte restrição no seu conceito mais amplo de defesa de um direito legal, por um remédio que tornou mais pacífica as relações internacionais, mesmo contra a violação de uma obrigação internacional. Tal evolução se deu à medida que houve maior consolidação da Organização das Nações Unidas nas resoluções de conflitos internacionais, de modo à apregoar a paz entre Estados soberanos, impondo limites ao emprego de força armada quando Estados confrontavam entre si ante violações de ordenamentos internacionais¹⁴⁷.

As contra-medidas constituíram uma figura inquietante no DI, principalmente porque defendiam a bandeira da paz, em seu modo pacífico de resolução de litígio internacional, por consequência direta da estrutura da sociedade internacional contemporânea, assaz madura. A doutrina, a prática, e a jurisprudência internacional

¹⁴⁵ ZOLLER, Élisabeth. *Peacetime Remedies: An Analysis of Countermeasures*. Ed. Pub Transnational, 1984, p. 196.

¹⁴⁶ ELAGAB, Omer Yousif. *Ob. Cit.*, 1988, p. 47.

¹⁴⁷ ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *Counter-measures and Amicable Dispute Settlement Means in the Implementation of State Responsibility: A Crucial Issue before the International Law Commission*. European Journal of International Law, vol. 5, 1994, p. 21.

confirmam essa vigência. E por essa razão, ideal seria regulamentar as relações internacionais em um organograma que propiciasse limitações e condições em seu uso¹⁴⁸.

Por esses motivos, instou na ONU, desde 1955, a tentativa de codificação da matéria, notadamente no que desrespeito a responsabilidade internacional dos Estados, quando então criou-se a Comissão de Direito Internacional. Nesta Comissão, implementou-se o Projeto de Artigos sobre a responsabilidade internacional dos Estados, que por sua vez, considerou as contra-medidas uma das causas de excludente de ilicitude¹⁴⁹.

Ao elaborar o Projeto de Artigos, a Comissão achou por bem adotar a terminologia 'contra-medidas' como sendo a ideal para classificar o assunto, já que, segundo parte da doutrina, e jurisprudência costumeiramente estavam assim denominando-a.

A *questio materiae* se encontra no Capítulo II do Projeto de Artigos. Trata-se de assunto sobre o qual muitos questionamentos foram efetuados durante os trabalhos para a elaboração dos Artigos, principalmente em razão de se discutir a conveniência ou não da regulamentação deste tema pela Comissão¹⁵⁰.

A discussão residia, essencialmente, em dois aspectos: se por um lado a regulamentação de tal assunto poderia evitar abusos por limitar a vários os requisitos para a adoção legal de contra-medidas, por outro, o fato de haver tal regulamentação poderia constituir um estímulo na sua adoção na medida em que, em razão da previsibilidade, os Estados sentir-se-iam mais confortáveis a fixarem contra-medidas possibilitando o fomento do vigilantismo internacional uma vez que a sua adoção depende exclusivamente de cada Estado¹⁵¹. Apesar destes temores, mas tendo-os em mente, a CDI entendeu por bem manter nos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos neste capítulo.

¹⁴⁸ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Ob. Cit.*, 2012, p. 584.

¹⁴⁹ DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, 2002, p. 956.

¹⁵⁰ BEDERMAN, David J. *Counterintuiting Countermeasures*. American Journal of International Law, vol. 96, n. 4, 2002, p. 818

¹⁵¹ Contra-medidas são classificadas como reações descentralizadas, conforme classificação de Francisco Ferreira de Almeida. *Ob. Cit.*, 2003, p. 238.

Prosseguindo com os avanços do tema, em 1996, ao aprovar em primeira leitura o Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, a CDI se deparou com recentíssimo caso que o Tribunal Internacional havia julgado, desta vez, sem excluir o efeito ilícito da contra-medida adotada pelo Estado vitimado. Trata-se do caso *Gabcíkovo-Nagymaros*¹⁵², havido entre Hungria e Eslováquia, em 1977, cuja sentença se deu 1997.

A partir desse caso do projeto *Gabcíkovo – Nagymaros*, consolida-se a doutrina contemporânea sobre contra-medidas em dois sentidos: primeiro, por ser uma medida pacífica de resolução de conflitos internacionais e, segundo, por afirmar que o Estado vítima somente poderia reagir em resposta a conduta que é realmente ilícita perante o ordenamento internacional. Para tanto, o Estado vítima deverá fundamentar e justificar a medida adotada, além de respeitar as condições que dão validade ao ato em retaliação¹⁵³.

Do julgamento do caso supracitado extrae-se que para a justificar a adoção das contra-medidas, o Estado lesado deve reunir certas condições: a) as contra-medidas somente serão válidas quando ocorrem entres Estados; isso significa que os indivíduos, com suas próprias capacidades não poderão ser sujeitos do regime das contra-medidas; b) o Estado lesado tem que ser capaz de apontar a violação de seus direitos, isto é, o ato internacionalmente ilícito violado pelo Estado infrator; este é o elemento primário das contra-medidas; sem ele, o ato retaliado não poderá ser justificado; c) o Estado lesado tem de fazer uma tentativa de resolver o conflito de forma amigável e ser incapaz de obter tal

¹⁵² Examina-se o presente caso de um Tratado Internacional firmado aos 16 de setembro de 1977, havido entre Hungria e Checoslováquia, que apenas entrou em vigor em 1978, cujo objeto era a construção e funcionamento de um sistema de represa no Rio Danúbio – Nagymaros na Hungria e Gabcíkovo na Checoslováquia – para produção hidroelétrica, melhoria na navegação e prevenção contra inundações. Decorrido 10 anos do início das obras, o governo húngaro decidiu, em 1989, suspender os trabalhos, em decorrência de inúmeras críticas econômicas e ambientais suscitadas pela população da Hungria. Os Estados tentaram solucionar a questão, mas não lograram êxito. Em 1991, o governo eslovaco, unilateral e provisoriamente, deu continuidade à sua parte da construção. Não podendo dar prosseguimento, o governo húngaro decidiu rescindir o Tratado em maio de 1992. Enquanto isso, a Checoslováquia estava terminando sua parte do acordo, até que, quando pronta, pôs-se à funcionar (Variante C). No entanto, em 1993, houve a dissolução da Checoslováquia e a Eslováquia passou a ser um Estado independente. Em abril de 1993, Hungria e eslováquia levaram o caso ao Tribunal Internacional de Justiça. Ao julgar o caso, a Corte observou que a Hungria não deu prosseguimento às obras sob o risco de ser decretado estado de necessidade ambiental, o que exclui a ilicitude de seu ato, embora não estivesse suficientemente identificadas as condições para tal, ao passo que observou que a Eslováquia, ao dar início à Variante C, também desrespeitou o Tratado, visto que unilateralmente, sem que houvesse enviado qualquer aviso-prévio à Hungria, autorizou o funcionamento da barragem. Por esse motivo, a Corte entendeu que a Eslováquia havia cometido um fato internacionalmente ilícito, além de não ter respeitado a proporcionalidade exigida pelo DI, motivo pelo qual excluiu a possibilidade de se valer a contra-medida arguida pela Eslováquia face à Hungria (v. CASANOVAS, Oriol & RODRIGO, Ángel J. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. 5ª edição. Editorial Tecnos, 2005, p. 739-744).

¹⁵³ SVERRISSON, Hjortur Brage. *Ob. Cit.*, 2008, p. 68.

satisfação por seus próprios meios; d) o Estado lesado deverá incitar o Estado infrator a findar o comportamento ilícito ou, advindo a negativa dessa tentativa, buscar a reparação; e) os efeitos das contra-medidas deverão ser proporcionais aos danos sofridos¹⁵⁴.

Desse modo, a Comissão passou a adotar tais circunstâncias para se valer das contra-medidas, descando a idéia anterior presente em seus trabalhos, de que as represálias poderiam exercer função punitiva. Para o prof. *Roberto Ago*, relator do tema, as contra-medidas podem ser consideradas reações à um ato ilícito prévio, um modo de fazer efetiva a responsabilidade¹⁵⁵. É esta a atual posição defendida pelos internacionalistas.

O resultado se deu com os Artigos de 2001, que considerou as contra-medidas causas excludentes de ilicitude, reconhecendo-a como meio pacífico de reação frente a um ato internacionalmente ilícito que a precede. É o que consta do artigo 22, *in verbis*:

Artigo 22: A ilicitude de um ato de um Estado que não está em acordo com uma obrigação internacional para outro Estado é excluída se e na medida em que o ato constitui uma medida preventiva tomada contra este Estado, em conformidade com o capítulo II da Parte Três¹⁵⁶

O efeito cumulativo das posições mantidas pela CDI, em suas leituras ao Projeto de Artigos nos anos de 1996, 2001, 2009, e mais recentemente 2011, ao incluir às Organizações Internacionais ao preceito supramencionado, tem sido determinante a fim de entender a posição do ordenamento jurídico internacional quanto à adoção das contra-medidas, de modo a refletir a opinião do DI.

Tanto é assim que os Artigos, além de fixarem uma série de limitações de conteúdo, de tempo e de procedimento, exigem que haja, ainda, uma relação de proporcionalidade entre a gravidade da violação e as contramedidas adoptadas pelo Estado vítima. Daí, extrai-se então outra consequência muito importante acerca da regulamentação efetuada pela CDI a respeito deste tema: os Artigos sobre responsabilidade internacional

¹⁵⁴ SVERRISSON, Hjortur Brage. *Ob. Cit.*, 2008, p. 71.

¹⁵⁵ UN. **Document A/CN.4/307 and Add. 1-2: Seventh Report on State Responsibility, by Mr. Robert Ago, Special Rapporteur. The Internationally Wrongfull Act of the State, Source of International Responsibility (continued).** In *Yearbook of International Law Commission*, Vol. II, Parte I. New York: United Nations, 1978.

¹⁵⁶ UN. *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. New York: United Nations Legislative Series, 2012, p. 150.

do Estado por fatos ilícitos visam apenas a fixar os limites e as condições para a aplicação válida das contra-medidas¹⁵⁷.

Justamente por ser o sistema internacional caracterizado pela existência de poucas instituições¹⁵⁸ com autoridade suprema e com poderes para determinar e fixar o cumprimento das normas legais é que as contra-medidas se tornam um instrumento importante para proporcionar certa efetividade ao DI na medida em que dão instrumentos aos Estados para serem compelidos a cumprir com suas obrigações, quando estas não foram adimplidas¹⁵⁹.

Como consequência de o sistema internacional possuir as características acima referidas e pelo fato de apenas existir uma igualdade de direito (e não de fato) entre os principais sujeitos de DI é que se optou por fixar condições dos diversos tipos mencionados para se evitar a sua utilização quer excessiva quer abusiva, mantendo-na dentro de limites aceitáveis.

Por isso é que a finalidade dos Artigos é justamente a fixação de um sistema de operação tomando em conta, sempre, o carácter excepcional das contra-medidas como resposta pacífica a uma violação de uma obrigação internacional, mantendo a posição de que, para sua utilização, necessário se faz que estas estejam dentro dos limites aceitáveis determinados pela jurisprudência internacional.

¹⁵⁷ BEDERMAN, David J. *Ob. Cit.*, 2002, p. 820.

¹⁵⁸ Francisco Ferreira de Almeida afirma: “Apesar de muito mais organizada e institucionalizada que alguns decênios a esta parte, subsistem na comunidade internacional hodierna as reacções descentralizadas ao ilícito (características do modelo de Westfália), coexistindo com as centralizadas ou institucionais e denunciando, por isso, tendências contraditórias nas relações internacionais dos nossos dias” (*Ob. Cit.*, 2003, p. 231).

¹⁵⁹ BEDERMAN, David. *Ob. Cit.*, 2002, p. 818. Neste mesmo sentido, CALAMITA, Jansen. *Sanctions, Countermeasures, and the Iranian Nuclear Issue*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, n. 5, 2009, p. 1420.

2.2 Direito à Autoproteção?

Diferentemente com o que ocorre no direito interno do Estado soberano, na qual os cidadãos transferem a certos órgãos estatais o monopólio da coerção para sancionar a quem infringe o direito, na sociedade internacional não existe um órgão superior capaz de assegurar coativamente a aplicação do DI. De sorte, a possibilidade de se adotar medidas coercetivas frente a um ou mais Estados soberanos, necessariamente, é de caráter individual. Assim, cabe ao próprio ente estatal que sofre uma lesão ou violação em seus direitos ou interesses aplicar a medida coercetiva contra àquele Estado violador¹⁶⁰.

Em atenção ao seu exercício, essas medidas são consideradas manifestação de autotutela, isto é, autoproteção do Estado em vistas assegurar o próprio direito internacional quando este foi violado por outro Estado. A característica fundamental para adoção de tal medida é a existência de uma ação anterior, advinda do Estado infrator, constitutiva de um ato ilícito, que faz repercutir em reação do Estado lesado. Esta foi a compreensão dada pelo professor *Anzilotti*, ao entender autotutela como sendo a liberdade que possuem os Estados de poder, por eles mesmos, proteger a conservação dos seus direitos, de modo a preservar a sua soberania¹⁶¹.

A autoproteção é a própria essência da soberania dos Estados. O Estado busca, evidentemente, a proteger seus interesses vitais por esse instituto, que podem ser tanto seu território, seus bens, como seus nacionais. Defendendo seus interesses vitais, é, antes de tudo, a sua soberania que os Estados defendem que, através de um ato unilateral, colima em preservar a boa condução do DI¹⁶².

Ante a ausência de autoridade superior na sociedade internacional do século XV, não havia nenhuma limitação ao direito à autoproteção. Esse método de autotutela veio a evoluir conseqüente à evolução do DI que, historicamente, como já salientado em tópicos já supracitados, pode-se identificar três períodos: a) dos tratados de Westphalia à criação

¹⁶⁰ CAMPOS, Julio D. Gonzáles & OUTROS. *Curso de Derecho Internacional Público*. 4ª Edición. Civitas Editora, 2008, p. 443.

¹⁶¹ ANZILOTTI, Dionísio. *Cours de Droit International*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 512.

¹⁶² CAMPOS, Julio D. Gonzáles & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 444.

da Sociedade das Nações; b) da Sociedade das Nações à assinatura da Carta das Nações Unidas; e c) da assinatura da Carta das Nações Unidas aos dias de hoje.

Com a ressalva que após 1945, o regime jurídico da autoproteção sofreu certas alterações tanto sobre o fundamento quanto sobre suas limitações, bem como críticas sobre uma interpretação extensiva desse direito pelas grandes potências da época, pode-se constatar que as características fundamentais e basilares da sociedade internacional pouco mudaram desde 1648. A ausência de autoridade superior e a igualdade entre os membros da sociedade internacional, que preservou à estas o direito de serem soberanas sobre seus povos e seus territórios, são duas características ainda atuais¹⁶³.

Contudo, depois de 1945, com a assinatura da Carta das Nações Unidas pelas nações aliadas, a proteção através da autotutela passou a ter que respeitar medidas bem definidas e restritas, classificáveis em duas categorias: primeiramente, as medidas de autoproteção *ex post*, isto é, em reação a um atentado ilícito por um ou vários Estados e, em segundo lugar, as medidas de autoproteção *ex ante*, isto é, em prevenção a um atentado ilícito ou aos interesses vitais de um Estado. As medidas *ex post* são conferidas à legítima defesa e as contra-medidas¹⁶⁴.

As medidas *ex ante* reagrupam um conjunto de medidas disparates, indo da adoção de uma legislação interna à assinatura de convenções ou tratados internacionais, permitindo ao Estado agir em prevenção. Eles representam respectivamente hoje, para uns, uma prática inerente à soberania do Estado, mas na medida em que elas não se oponham as obrigações internacionais e, para outros, um corpo de regras bem definidas, mas que tratam de um domínio muito limitado¹⁶⁵.

Vejamo-lhe em detalhe em que consiste o direito e a estrutura juridicamente definida das contra-medidas.

¹⁶³ GODINHO, Thiago José Zanini. *Um direito dos Estados à Autoproteção? Entre certezas e incertezas*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 279.

¹⁶⁴ _____. *Idem*.

¹⁶⁵ AZUBUIKE, Eustace Chikere. *Ob. Cit.*, 2011, p. 17.

2.3 Natureza Jurídica

A primeira referência às contra-medidas contida nos Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Fatos Ilícitos é realizada no Capítulo V, da Parte I, que tem como epígrafe “Circunstâncias que Precludem o Ilícito”.

A inserção destas circunstâncias na primeira parte dos Artigos é um claro indicativo do entendimento da CDI sobre a natureza jurídica de todos àqueles institutos descritos como sendo circunstâncias. Para a Comissão, trata-se de causas que excluem a ilicitude do ato¹⁶⁶.

Antes porém de se abordar o porquê de a CDI ter considerado as contra-medidas como sendo uma das causas excludentes da ilicitude, importante trazer a informação de uma posição pré-crítica, para alguns internacionalistas, de que as causas que autorizam o não cumprimento de uma ou mais obrigações internacionais enumeradas nos Artigos parecem constituir uma miscelânea de situações sem estrutura lógica por, supostamente, haver uma mistura entre causas que eliminam a ilicitude com aquelas que servem como defesa ou fundamento de mera mitigação da culpa¹⁶⁷.

Inclusive, a própria CDI reconhece e noticia a existência de discussão sobre a natureza jurídica daquelas hipóteses, como referenciado no Relatório sobre os seus trabalhos na 31ª Sessão¹⁶⁸.

Não obstante, neste próprio Relatório traz justificativa para refutar a doutrina que defende ideias contrárias às da Comissão, fazendo referência ao motivo pelo qual se optou por classificar as hipóteses enumeradas no Capítulo V, da Parte I como causas de exclusão

¹⁶⁶ No primeiro relatório realizado por Roberto Ago (*Ob. Cit.*, 1969, p. 139), já há referência no sentido de que as contra-medidas são causas de exclusão da ilicitude.

¹⁶⁷ Robert ROSENSTOCK, Robert. *The ILC and State Responsibility. American Journal of International Law*, vol. 96, n. 4, 2002, p. 194. No mesmo sentido: MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.*, 2006, p. 582. Para ambos autores, a doutrina aponta uma “inconsistência dogmática” neste capítulo justamente por tratar em simultâneo de causas de exclusão da ilicitude junto com hipóteses de exclusão ou atenuação da culpa.

¹⁶⁸ UN. *Ob. Cit.*, 1980, p. 106-107.

da ilicitude e não como simples hipóteses nas quais seria afastada ou mitigada a responsabilidade¹⁶⁹.

O objetivo da Comissão foi sempre o de manter uma abordagem pragmática sobre as questões relacionadas com a temática da responsabilidade internacional do Estado de forma a assegurar, antes de tudo, previsibilidade e segurança na ordem internacional. Assim, apesar de, em tese, haver a possibilidade de uma construção juridicamente mais perfeita, a sugestão apresentada pela Comissão pareceu ser a mais adequada à atual situação jurídica da comunidade internacional, motivo pelo qual se passa a expor.

Por primeiro, importante resaltar que a distinção entre ilicitude e responsabilidade reflete a visão da Comissão sobre a aceção destes termos. A ilicitude indicaria que a ação ou omissão de um ente estatal entra em conflito com uma obrigação imposta por uma norma primária do DI, enquanto a ideia de responsabilidade relaciona-se apenas com as consequências decorrentes de uma violação de uma norma secundária de DI. Assim, apesar de ambas terem como última consequência o afastamento da responsabilidade, elas não são situações iguais na medida em que a primeira é mais abrangente que a segunda, sendo certo, ainda, que para a CDI, em razão do princípio enunciado no art. 1º dos Artigos, seria de difícil concepção caracterizar um ato ilícito sem atribuir consequências para o seu autor¹⁷⁰.

Vale dizer que as regras de responsabilidade internacional do Estado, como as que regem o uso de contra-medidas, são regras secundárias do DI e, conseqüentemente, encarregam-se em dar forma em face das obrigações primárias que sofreram ação contrárias. É o que dispõe o artigo 55º dos Artigos, que destaca o caráter residual do ordenamento sobre a responsabilidade internacional do Estado, prevendo que aos artigos alí prescritos não se aplica "quando e na medida em que as condições para a existência de

¹⁶⁹ Nestes casos, o ato continua a ser classificado como ilícito, mas, apesar disso, são afastadas ou atenuadas as consequências que normalmente dele decorreriam.

¹⁷⁰ UN. *Ob. Cit.*, 1980, p. 106-107. No mesmo sentido, CRAWFORD, James Richard & OUTROS. *European Journal of International Law*. vol. 12, nº 5. Oxford University Press, 2001, p. 968.

um ato internacionalmente ilícito, seja pelo conteúdo ou implementação da responsabilidade internacional de um Estado, são guiadas por regras especiais do DI¹⁷¹.

Especificamente sobre as contra-medidas, a Comissão manifesta-se nos seguintes termos:

(...) o mesmo se aplica a "contramedidas em relação a um ato internacionalmente ilícito"; a razão pela qual não há responsabilidade é que a obrigação internacional de abster-se de determinada conduta a um outro Estado não se aplica quando a conduta é uma reação legítima de um ato internacionalmente ilícito cometida pelo Estado contra o qual a conduta é adotada. Aqui, novamente, a conduta não viola qualquer obrigação internacional imposta sobre o Estado; nesse caso, portanto, não constitui, do ponto de vista objetivo, um ato ilícito internacional¹⁷².

Diante destas considerações, nota-se a importância do estudo dos artigos 1º e 2º dos Artigos para a compreensão dos motivos que levaram a CDI a considerar as hipóteses enumeradas no Capítulo V, da Parte I como causas de exclusão da ilicitude, razão pela qual se tece breves considerações sobre estes dispositivos.

O art. 1º dos Artigos afirma que todo ato ilícito praticado por um Estado implica sua responsabilidade. Trata-se do princípio basilar sobre o qual todo sistema de responsabilidade internacional do Estado se assenta e que há muito é reconhecido pela jurisprudência internacional. É certo, ainda, que havendo a violação de uma obrigação internacional (nos termos fixados no art. 2º), há o nascimento de uma nova e adicional relação jurídica de Direito Internacional que possibilita ao Estado cujo direito foi violado exigir a reparação dos danos causados e corresponde ao dever do Estado violador na reparação¹⁷³.

O art. 2º especifica os dois requisitos necessários para que se possa falar em um fato ilícito internacional e que, por isso, devem obrigatória e cumulativamente estar presentes para que seja possível falar-se em um ilícito de Direito Internacional Público.

¹⁷¹CALAMITA, N. Jansen. **Article: Sanctions, Countermeasures, and the Iranian Nuclear Issue.** *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42 Vand. J. Transnat'l L. 1393, 2009, p. 2.

¹⁷² CALAMITA, N. Jansen. *Ob. Cit.*, 2009, p. 5.

¹⁷³ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Ob. Cit.*, 2003, p. 228.

Conforme já observado no tópico **1.2.4** (*supra*), levando-se em consideração o consta nas alíneas do referido dispositivo, há fato internacional ilícito quando uma conduta omissiva ou comissiva seja: a) atribuída ao Estado segundo as leis internacionais; e b) quando constituírem uma violação de uma obrigação internacional à qual o Estado esteja vinculado por normas primárias. O primeiro requisito é tradicionalmente denominado como elemento subjetivo e o segundo, como objetivo¹⁷⁴.

O elemento subjetivo exige que a conduta omissiva ou comissiva possa ser atribuída ao Estado. Na medida em que este, por ser uma pessoa coletiva, não atua por si só, mas por meio de pessoas singulares ou de órgãos que o representem, é necessário realizar uma análise para se saber se determinada conduta praticada por uma pessoa singular ou órgão de representação do Estado pode ou não lhe ser imputada¹⁷⁵.

Partindo desse pressuposto, para que se possa compreender se há ou não a possibilidade de se atribuir ao Estado um fato que poderá ser considerado como ilícito, deve-se analisar os Capítulos II e IV, da Parte I dos Artigos, já que estão nestes dispositivos as regras para realização da operação lógica necessária para se proceder a ligação entre a conduta das pessoas singulares ou dos órgãos de representação ao ente estatal, sujeito de DI. É justamente por isso que no Direito Internacional Público normalmente fala-se em atribuição¹⁷⁶.

Por seu turno, o elemento objetivo determina que para que se possa falar em fato ilícito, é necessário que a ação ou omissão constitua uma violação de uma obrigação internacional do Estado em vigor ao tempo no qual houve o desrespeito, ou seja, que haja necessidade de um dever (independentemente da sua origem desde que situada no âmbito do Direito Internacional Público) por parte do Estado de adimplemento de uma obrigação¹⁷⁷.

É justamente sobre este último requisito que as hipóteses de excludentes de ilicitude enumeradas nos artigos 20º a 25º dos Artigos incidem. Isso porque, como a

¹⁷⁴ UN. *Ob. Cit.*, 1970, p. 139.

¹⁷⁵ UN. *Ob. Cit.*, 2007, p. 35.

¹⁷⁶ CRAWFORD, James Richard. *Ob. Cit.*, 2002, p.84.

¹⁷⁷ UN. *Ob. Cit.*, 1980, p. 107-108.

própria CDI explica, não há como se falar que o elemento objetivo do ilícito internacional esteja presente, já que haverá simples aparência de preenchimento do requisito enunciado na alínea b) do art. 2º, de modo que naquelas condições, o Estado deixa de ser obrigado a cumprir com as suas obrigações¹⁷⁸.

Assim, por faltar um dos elementos necessários para a existência de um ato internacional ilícito não há como se falar, na perspectiva da Comissão, que as causas que constam do Capítulo V da Parte I dos Artigos sejam simples hipóteses em que fica afastada a responsabilidade. Todas são verdadeiros óbices à constituição de um ilícito internacional na medida em que, definitiva ou temporariamente, tornam inoperantes a obrigação internacional decorrente da norma primária¹⁷⁹.

2.4 Da implementação das Contra-Medidas

2.4.1 Características e Fundamentos

Existe um fator que influencia ampla e decisivamente a interpretação das contra-medidas no direito das gentes, e outro que tende a conter e limitar essa interpretação. Quanto ao primeiro, trata-se do caráter descentralizado da comunidade internacional e sua ordem jurídica, a qual as contra-medidas são imprescindíveis para assegurar o cumprimento das obrigações, notadamente, via seu caráter preventivo. Em contrapartida, ao lado das contra-medidas que podem estabelecer regimes convencionais, existem aquelas que permitem o direito consuetudinário, desde que, porém, sejam respeitados os limites de atuação já discutidos jurisprudencialmente¹⁸⁰.

¹⁷⁸ UN. *Ob. Cit.*, 1975, 178.

¹⁷⁹ UN. *Ob. Cit.*, 1980, p. 109.

¹⁸⁰ BARBOZA, Julio. *Contra-medidas na recente codificação da responsabilidade do Estado: fronteiras com a Legítima Defesa e Estado de Necessidade*. Anuário Argentino de Direito Internacional. Nº 12. Cordoba, 2003, p. 15.

O preceito das contra-medidas em serem excludentes de ilicitude se encontra elencado no art 22 dos Artigos, que assim dispõe:

Art. 22: A ilicitude de um ato de um Estado que não esta em acordo com uma obrigação internacional para outro Estado é excluída se e na medida em que o ato constitui uma medida preventiva tomada contra este Estado, em conformidade com o Capítulo II da Parte Três.

Tendo por base o supracitado, pode-se dizer então que contra-medidas são atos, em princípio, contrários à lei das Nações, sendo apenas defensável quando for uma medida preventiva (reação) ao fato inicialmente infringido. Em melhores palavras, a tomada de contra-medidas pode ser traduzida no não cumprimento de uma ou mais obrigações que ligam o Estado lesado ao Estado violador, tendo como objetivo essencial pressionar o Estado infrator a cumprir suas obrigações de maneira pacífica¹⁸¹.

Em que se pese a menção geral, percebe-se desde o início, que o sentido do preceito sugerido pelo artigo 22, é de medida adotada entre Estados: o Estado lesado somente face ao violador, nenhum outro. Tratam-se das contra-medidas bilaterais e discricionárias, entendidas aquelas, como sendo contra-medidas impostas por um Estado lesado diretamente contra o Estado que violou licitude do ato, enquanto aquelas, é a faculdade de adequação do Estado lesado em poder escolher retaliar o Estado violador com quaisquer meios que estiverem ao seu alcance, desde que não haja emprego da força armada¹⁸².

Apenas ocasionalmente, como se nota pelo art. 48, é que o sistema de responsabilidade internacional do Estado admite que Estados terceiros implementem contra-medidas. Sobre este assunto, melhor será abordado no item 2.4.3 do presente trabalho.

Outro ponto importante a ser observado é o caráter repressivo e instrumental das contra-medidas, levando-se em conta as circunstâncias em que se encontram e o objetivo

¹⁸¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Ob. Cit.*, 2006, p. 584.

¹⁸² MELLO, Celso D. Albuquerque. *Ob. Cit.*, 1996, p. 172. Diz-se contra-mendidas discricionária por entender que o Estado lesado pode escolher retaliar o Estado violador com quaisquer meios que estiverem ao seu alcance, desde que não haja emprego da força armada. Entende que a adequação qualitativa entre o ilícito e a reação é uma faculdade e não uma obrigação.

que persegue o Estado lesado que é utilizar-se dos meios adequados para concretá-la, elencados pelo Capítulo II, Parte III¹⁸³.

Sobejamente defendido pelos internacionalistas, o caráter repressivo reflete-se em medidas coercitivas, cuja natureza estaria associada estritamente com uma finalidade de prevenção, dando à responsabilidade um caráter mixto: reparador e/ou sancionatório. Isso se dá pela ausência de distinção entre responsabilidade penal e responsabilidade civil no direito das gentes¹⁸⁴.

De fato, pela mesma razão, as contra-medidas possuem a característica de serem coercitivas, ou seja, possuem o escopo de induzir o Estado violador de uma obrigação internacional cessar a violação, propondo o seu regresso do ato à licitude inicial. É por este motivo que, conforme a consta no art. 53 da regulamentação da CDI sobre o assunto, além de reseráveis, as contra-medidas devem ser sempre temporárias, ou seja, não deverão sobreviver após o cumprimento das obrigações por parte do Estado infrator¹⁸⁵.

Vale dizer que o Estado lesado, ao imprimir contra-medidas face o violador do ilícito, deverá fazê-lo de modo a evitar o seu excesso, respeitando a proporcionalidade na ação impregnada. Do contrário, como adiante se verá, a resposta ao ilícito passa a ser igualmente ilícito.

Advindo o cumprimento das obrigações, as contra-medidas adotadas pelo Estado lesado devem ser rescindidas tão logo se cessar a violação do ato ilícito praticado pelo Estado infrator, desde que não haja mais nenhum perigo de uma repetição da violação e compensação por danos sofridos pelo Estado vítima¹⁸⁶.

¹⁸³ UN. Document A/CN.4/217 and Add. 2: First Report on State Responsibility, by Mr. Robert Ago, Special Rapporteur – Review of previous work on codification on the topic of International Responsibility of States: Addendum – Annex XXIV. *The Internationally Wrongfull Act of the State, Source of International Responsibility (continued)*. In *Yearbook of International Law Commission*, Vol. II. New York: United Nations, 1971.

¹⁸⁴ BARBOZA, Julio. *Contramedidas na recente codificação da responsabilidade do Estado: fronteiras com a Legítima Defesa e Estado de Necessidade*. Anuário Argentino de Direito Internacional. Nº 12. Cordoba, 2003, p. 18.

¹⁸⁵ SVERRISSON, Hjortur Brage. *Ob. Cit.*, 2008, p. 4.

¹⁸⁶ VAN DER VYVER, Johan D. *Ob. Cit.*, 2009, p. 14. Referência ao estudo do caso Nicaragua v. United States of America. *Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 1986, p. 249.

A origem da obrigação violada não é determinante quanto ao objeto das contra-medidas. Não cabe ao Estado lesado saber a causa que levou o Estado violador a infringir a norma internacional, mas sim, tomar as providências cabíveis para que o ato ilícito cesse. Apesar de serem destinadas a um fim específico, as contra-medidas impostas não têm de ter qualquer conexão direta com a obrigação de direito primário violada e que tornou possível a sua adoção¹⁸⁷.

Todavia, deve ser salientado, que sempre que possível deve-se tentar estabelecer uma ligação, de modo que os requisitos de necessidade e proporcionalidade exigidos pelos Artigos (e que tradicionalmente também são exigidos pelo Tribunal Internacional de Justiça) sejam verificados mais facilmente.

Ademais, há uma clarificação de extrema importância que deve ser feita quanto a diferenciação entre as contra-medidas e as demais consequências relacionadas ao Direito da responsabilidade internacional do Estado avindas da violação de normas de Direito dos Tratados, principalmente as elencadas pelo art. 60º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁸⁸.

Apesar de existirem claras conexões entre os dois assuntos, tendo em vista que as consequências previstas no art. 60º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados podem decorrer de uma violação substancial de um Tratado pela outra parte do mesmo Tratado, o campo de atuação do Direito dos Tratados e do regime da responsabilidade internacional é distinto, havendo, na verdade, uma complementariedade entre estes dois ramos do DIP¹⁸⁹.

Isso porque, enquanto o Direito dos Tratados se preocupa principalmente com a regulamentação do liame convencional decorrente da celebração de um Tratado, isto é, a

¹⁸⁷ CRAWFORD, James Richard. *Ob. Cit.*, 2002, p.282.

¹⁸⁸ O art 60 da Convenção de Viena de 1969 sobre Direitos dos Tratados refere-se à possibilidade de extinção ou suspensão total ou parcial de um Tratado multilateral pelas outras partes, sujeitas apenas a compromissos de caráter humanitário, como resposta a uma violação do Tratado por uma das partes (v. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, 2002, p. 958).

¹⁸⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit Des Tretés, Codification et Responsabilité Internationale*. Annuaire Française de Droit International, XLIII, 1997, p. 24. No mesmo sentido: GUTTRY, Andrea de. *Le Reppresaglie non Comportandi la Coercizione nel Diritto Internazionale*. Milão: Giuffré Editore, 1985, p. 263.

vida do Tratado, o Direito da Responsabilidade fixa apenas as consequências que são decorrentes de qualquer violação. Ademais, nos casos expressos no art. 60º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, há referência à violação substancial, o que demonstra que o campo de atuação desta norma é menor do que aquele fixado pelo Direito da Responsabilidade Internacional, inexistindo óbice, por presunção, de que uma violação dê ensejo à aplicação de ambos os institutos mencionados¹⁹⁰.

Em comum com outros capítulos dos Artigos, as disposições sobre as medidas preventivas são residuais e podem ser excluídas ou modificadas por uma norma especial em contrário¹⁹¹. Ou seja, as regras sobre contra-medidas admitem derrogação. Assim, uma disposição do Tratado que opõe à suspensão do cumprimento de uma obrigação sob quaisquer circunstâncias, irá excluir a aplicação das contra-medidas com respeito ao desempenho a obrigação. A doutrina denomina este instituto de *self-contained*, isto é, trata-se de um regime de DI que impede que Estados lesados recorram, para a dar efetividade à medida, de disposições que estão fora dos limites estabelecidos¹⁹².

Isto indica o carácter residual que os Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos, o que implica que este seja, também, o carácter das contra-medidas: que a sua aplicação se dê apenas quando for possível se recorrer aos Artigos.

2.4.1.1 Do carácter provisional do uso das Contra-Medidas

Consta no art. 53 dos Artigos que, a fim de servir o seu propósito, as contra-medidas devem ser realizadas de forma provisória, devendo-se ser encerradas assim que o ato ilícito do Estado violador tenha chegado ao fim.

¹⁹⁰ DUPUY, Pierre-Marie. *Ob. Cit.*, 1997, p. 24.

¹⁹¹ É o que consta do art. 55 que assim dispõe: Art. 55. *Lex Specialis. Estes artigos não se aplicam se e na medida em que as condições de existência de um ato internacionalmente ilícito, o conteúdo, ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado, são regidas por normas especiais de Direito Internacional.*

¹⁹² UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 306.

O que se objetiva pela adoção desta medida de *self-help* é que o Estado violador volte a cumprir com as suas obrigações nos exatos termos e na exata medida em que estas lhe são impostas pelas normas primárias de Direito Internacional. As contra-medidas servem apenas para induzir esse retorno ao *quo ante*, já que, sendo meros instrumentos coercitivos, não possuem qualquer tipo de carácter punitivo¹⁹³.

Naturalmente, a conexão das contra-medidas com o cumprimento pelo autor do ilícito das normas secundárias que geram para ele novas obrigações (cessar conduta/reparação de danos), resulta óbvio que, quando cumpridas, estas deverão cessar, e consequentemente, incita-se o dever de se retornar à normalidade, sob o argumento de perda de objeto que garantia ao Estado lesado o seu direito de reagir. Deveras, a característica da temporalidade também é inerente às contra-medidas, haja vista que, para o cumprimento de qualquer obrigação, há de se estabelecer um prazo para tal, já que este é um dos elementos essenciais da obrigação¹⁹⁴.

No presente escopo, tem-se a presença de duas obrigações: por primeiro, como sendo aquela em que o Estado violador tem o dever de findar o ato ilícito criado pela sua violação, cujo objetivo é retornar à legalidade com o cumprimento da obrigação primária imposta pelo DI (conduta anterior); já a segunda obrigação, é aquela que cuida de ser a responsável em induzir o Estado violador do ato ilícito a restaurar o direito subjetivo original, com a cessação da violação continuada (conduta posterior). O carácter provisório, há de ser frisado, é aquele impregnado pelas contra-medidas, embora ambas obrigações tenham previsão de término estimado¹⁹⁵.

Do contrário, a desobediência conferida no não cumprimento da obrigação secundária nos limites do tempo estabelecido para tal – o ato continuado, acarretará tanto ao Estado violador quanto ao lesado outras consequências jurídicas ou outras formas de reparação¹⁹⁶.

¹⁹³ UN. *Ob. Cit.*, 2001, p. 130.

¹⁹⁴ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 21.

¹⁹⁵ _____. *Idem*.

¹⁹⁶ SVERRISSON, Hjortur Brage. *Ob. Cit.*, 2008, p. 13.

2.4.1.2 Da proibição do uso de força armada ou ameaça

Desde a II Guerra Mundial, como já mencionado, a tendência geral da posição internacional sobre ameaças e uso de força foi no sentido de proibir a sua utilização em conflitos internacionais. A Carta das Nações Unidas de 1945 preceituou, em caráter geral, o princípio da proibição de ameaça e uso da força armada, conforme consta no artigo 2º, ‘4’, *in verbis*:

Art 2: (...)

4: Todos os Membros [Nações] deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas¹⁹⁷.

Citado princípio estabelece a proibição como geral, mas não absoluta, já que pela própria Carta há restrições¹⁹⁸. Esse princípio foi enriquecido com diversas Resoluções aprovadas pela Assembléia Geral da ONU. Destaca, particularmente, a Resolução 2625, de 1970, que além desse, rege sobre outros princípios básicos do DI contemporâneo. Esta Resolução trata da Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos à Tratados e relações de amizade e cooperação entre os Estados, tendo proclamado que "os Estados têm o dever de abster-se de atos de represália que envolvam o uso da força"¹⁹⁹.

Cuida-se, o princípio examinado, de proibição de ameaça ou uso de força armada entre as relações internacionais, que se dá, fundamentalmente, quando um Estado utiliza-se desses recursos contra outro Estado (ou contra um povo que está exercendo legitimamente seu direito de livre determinação). Desse modo, o uso desses recursos em caráter puramente interno não se encontra subsumido neste princípio, e sua ilicitude deverá ser examinada em conjunto com outras normas internacionais, como as normas de DI

¹⁹⁷ ONU. *Carta Geral das Nações Unidas*, 1945.

¹⁹⁸ São restrições ao artigo 2.4 da Carta das Nações, as previsões dos Capítulos VII e VIII, que tratam da autorização do uso de força armada pelo Conselho de Segurança da ONU e o artigo 51, que se refere à legítima defesa individual ou coletiva.

¹⁹⁹ Resolução da Assembléia Geral 2625 (XXV), primeiro princípio. A Ata final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa também contém uma condenação explícita das medidas forçadas, a qual foi baseada na Declaração sobre os Princípios do DI relativos à Tratados e relações de amizade e cooperação entre Estados participantes, que assim consagrou: "(...) *da mesma forma, os Estados participantes também deverão abster-se nas suas relações mútuas de qualquer ato de represália pela força*".

humanitário relativas aos conflitos armados sem caráter internacional ou normas sobre direitos humanos²⁰⁰.

Em se tratando dos conflitos internacionais entre Estados, referida proibição viu-se consolidada na doutrina e jurisprudência predominante, graças à resolução do caso *Militare and para Military Activies in and against Nicaragua*²⁰¹, dentre outros²⁰².

No que toca a possibilidade de uso da força armada justificada pela legítima defesa, convém mencionar que parte da doutrina internacionalista, até pouco tempo atrás, havia salientado que a legítima defesa é uma forma de contra-medida armada (represália armada), pautando-se, para tanto, no fundamento que àquela possui em comum com as represálias o fato de ambas por si só, serem ilícitas, mas quando praticadas como resposta ao ilícito, não acarreta responsabilidade à quem delas se beneficiam, já que seus atos tornam-se lícitos²⁰³.

Para internacionalistas que assim entendiam, classificam ambas excludentes de ilicitude como sendo apenas contra-medidas, diferenciando-as única e exclusivamente justamente pelo emprego da força armada²⁰⁴. Esta, inclusive, era a posição de *Sicilianos*,

²⁰⁰ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 358.

²⁰¹ Trata-se de caso havido entre a República da Nicarágua e os Estados Unidos da América, em 1984, em decorrência de uma série de intervenções políticas, econômicas e comerciais norte americanas na república da Nicarágua. O caso foi julgado pelo Tribunal Internacional de Justiça em 1986, que decidiu favoravelmente à Nicarágua, condenando os EUA à indenizações, por considerar que os EUA haviam violado ordenamento internacional, por manifestar apoio ao grupo “Contras” em sua rebelião face o governo da Nicarágua (visando futura vantagem na mineração e tráfego portuário na Nicarágua). Não obstante, os EUA recusaram-se a cumprir a condenação, já que se recusaram a participar do processo, sob o argumento que a Corte Internacional de Justiça não tinha competência para julgar o caso. Mesmo sob forte influência do Conselho de Segurança da ONU que opinou pela execução da decisão, os EUA se negaram ao cumprimento, impedindo, assim, Nicarágua de obter qualquer compensação indenizatória. Outro julgamento foi submetido e desta vez, o Tribunal considerou em seu veredito que os EUA violentamente desrespeitaram o ordenamento jurídico internacional, por violar as obrigações contraídas pelo direito internacional consuetudinário em não usar a força contra outro Estado, por intervir em assuntos alheios, por violar a soberania de outro Estado, por interromper o comércio marítimo pacífico e por violar suas obrigações ao abrigo do artigo XIX do Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre as partes, assinado em Manágua em 21 de janeiro de 1956 (v. *Military and Para-Military Activies in and agains Nicaragua. Merits and Julgament of CIJ. Reports* 1986, p 14-142).

²⁰² Outros casos importantes: *Plataformas Petrolíferas* (Irã/EUA, 2003), *Atividades armadas no território do Congo* (República Democrática do Congo/Ruanda, 2005), e também é relevante, especialmente para a determinação das condições de exercício do direito de legítima defesa, é a opinião do CIJ sobre *Legalidade do uso de armas nucleares pelos Estados em conflito armado* (Opinião Consultiva, 8de julho de 1996, p. 226).

²⁰³ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Ob. Cit.*, 1996, p. 172.

²⁰⁴ _____. *Idem*.

que defendia que, por ser a legítima defesa considera uma contra-medida, deveria portanto, estar sujeita às condições e requisitos estabelecidos por esta medida preventiva²⁰⁵.

Tal posição, embora admitida no DI clássico, parece estar ultrapassada e já superada, tendo em vista que o DI contemporâneo não a tolera na atualidade, levando-se em conta que a proibição de contra-medidas com a utilização da ameaça e do uso da força está prescrito no art. 50, 1 (a) dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, publicada em 2001. Partindo desses pressupostos, nem aos Estados nem às Organizações Internacionais cabe a adoção de contra-medidas que impliquem desconhecer tal proibição na resolução de conflitos nas relações internacionais.

2.4.2 Princípios norteadores

2.4.2.1 Princípio da Proporcionalidade

Trata-se de um princípio geral do direito internacional, que foi consolidado através da rica jurisprudência internacional, após uma convergência de muitos julgamentos, nos quais se via uma disputa na sedimentação deste princípio por vários Tribunais²⁰⁶.

Cuida-se do artigo 51 dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, que desde a primeira leitura do Projeto de Artigos, em 1996, já estabelecia um limite essencial na tomada de medidas preventivas por um Estado lesado em qualquer caso, com base em considerações de proporcionalidade ao determinar o grau de intensidade com que as contra-medidas podem ser aplicadas, que a partir de 2001 vem sendo baseado em três

²⁰⁵ GUTTRY, Andrea de. *Ob. Cit.*, 1985, p. 230.

²⁰⁶ CANNIZZARO, Enzo. *Contextualizing Proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War*. Int'l Rev. Red Cross, nº. 864, 2006, p. 779.

critérios: gravidade do ato ilícito, prejuízo sofrido, e o impacto da contra-medida na reação ao ilícito²⁰⁷.

Sua finalidade consiste em assegurar uma limitação ao exercício do poder de auto-tutela que os Estados possuem, de modo a evitar uma ascensão nos litígios. Isso porque, por meio da proporcionalidade, fica assegurada igualmente a previsibilidade, já que os interesses do Estado violador também ficam protegidos contra eventual reação exagerada por parte do Estado vítima, visto que, na falta de proporcionalidade, é possível responsabilizar o Estado que impõe a contra-medida, já que o excesso da medida retira-lhe o propósito, e a excludente de ilicitude perde o objeto²⁰⁸.

A noção de proporcionalidade deve implicar uma relação harmoniosa entre coisas diferentes, justamente para evitar que a adoção da medida preventiva como resposta ao ato ilícito vá além da suspensão ou extinção de um direito ou obrigação equivalente ao direito ou obrigação que foi inicialmente infringido²⁰⁹.

O padrão exato para medir a utilização desse princípio até hoje não foi totalmente revelado. Alguns autores entendem a proporcionalidade à luz do prejuízo sofrido, enquanto outros baseiam-se no significado e natureza da regra violada. Há também aqueles que defendem que a proporcionalidade deve ser abordada no contexto da gravidade da infração²¹⁰.

A questão tem as mais amplas implicações jurisprudenciais. Por muitas vezes os juristas deparam-se com o seguinte questionamento: “Sob que circunstâncias, ainda que referenciadas, os princípios legais vagos como proporcionalidade retêm a sua capacidade de afetar o comportamento daqueles a quem se dirigem, e cuja conduta eles buscam modificar?” A resposta pragmática sugerida pela evidência apresentada neste ensaio é a de

²⁰⁷ FRANCK, Thomas M. **Article: On Proportionality of Countermeasures In International Law.** *The American Society of International Law*, 102 A.J.I.L. 715, 2008, p. 4.

²⁰⁸ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 325. A adoção do princípio da proporcionalidade em relação às contra-medidas foi objeto de exame do Tribunal Arbitral estabelecido com o acordo de os EUA e a França, no processo relativo ao *Air Services Agreement*, julgado em março de 1978.

²⁰⁹ ZOLLER, Élisabeth. *Ob. Cit.*, 1984, p. 131.

²¹⁰ _____. *Idem*.

que isso vai depender, pelo menos em parte, do crédito dado às instituições julgadoras e processos pelos quais o princípio é sendo aplicada em situações de conflito, caso a caso²¹¹.

Julgar a proporcionalidade das contra-medidas não é uma tarefa fácil e pode, na melhor das hipóteses, ser feita por aproximação da opinião do Tribunal, levando-se em conta não apenas as consequências advindas do ato violado sofridas pelos Estados lesados, mas também a importância das questões de princípio decorrente da alegada violação. Em particular, a maioria dos internacionalistas entenderam que para ser aceitar as contra-medidas deve-se, em primeira instância, avaliar o grau de equivalência com a alegada violação. Esta tem sido a regra geral²¹².

Antes, porém, para determinar se uma contra-medida é proporcionada, a primeira tarefa é verificar se a provocação inicial é ilícita. Ao se avaliar a ilicitude da provocação inicial, por consequência, avalia-se a legalidade da resposta. Em havendo proporção de meios na contra-medida, sua ilicitude será excluída. Do contrário, a contra-medida adotada, *ipso facto*, seria desproporcionada e ilegal. Se a resposta à reação do ato ilícito é desproporcional, a contra-medida adotada seria tão ilegal quanto (ou até mais do que ilegal) a própria provocação²¹³.

A proporcionalidade é o princípio utilizado para avaliar a legalidade das contra-medidas que se destina a agir como um freio sobre os ciclos crescentes de violência transacional nos conflitos internacionais²¹⁴.

Este conceito atual não é igual àquele existente no início do século XX. Naquela época, a proporcionalidade estava ligada à ideia de retribuição, o que implicava que ela fosse entendida como uma ligação objetiva entre violação e resposta, ideia que coincide com a de vingança, que apenas pode ser admitida em comunidades primitivas²¹⁵.

²¹¹ FRANCK, Thomas M. *Ob. Cit.*, 2008, p. 8.

²¹² UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 324.

²¹³ FRANCK, Thomas M. *Ob. Cit.* 2008, p. 22.

²¹⁴ _____. *Idem*.

²¹⁵ CANNIZZARO, Enzo. *Ob. Cit.*, 2001, p. 891.

Impende trazer ao esboço, porém, que referido conceito sofreu certa influência da Lei de Talião²¹⁶, já que a reação ao fato ilícito deve ser proporcional à ação. Vê-se entendimento parecido desde Antigo Testamento, quando valia-se então da reciprocidade "*vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida*". O Alcorão Sagrado contém uma injunção muito similar. Atualmente, entretanto, a função das contra-medidas não é exatamente esta, acarretando a necessidade de que o conceito de proporcionalidade também se seja modificado de forma a se adequar às suas finalidades²¹⁷.

Conforme consta do regime geral das contra-medidas, o Estado lesado pode reacionar a violação de uma obrigação internacional através do incumprimento da mesma ou de qualquer outra obrigação internacional havida com o Estado violador. Deste ponto de vista material, as obrigações advindas à títulos de contra-medidas podem referir-se a temas completamente distintos daquele que gerou a infração realizada pelo Estado violador. Basta que, para tanto, haja proporcionalidade na medida de prevenção adotada²¹⁸.

Considerando a necessidade de garantir que a adoção de contra-medidas não vai alcançar resultados injustos, a proporcionalidade deve ser avaliada tendo em conta não só os aspectos puramente "quantitativo" advindo do prejuízo sofrido, mas também, fatores "qualitativos", como a importância do interesse protegido pela norma violada, a gravidade da violação da mesma, e o efeito alcançado não só pelo Estado lesado, mas também, tomando-se em consideração a posição dos outros Estados que também podem ter sido

²¹⁶ A lei de talião aparece três vezes no Antigo Testamento: em Êxodo 21:24-25, como "*olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão*", em Levítico, como "*fratura por fratura, olho por olho, dente por dente*"; em Deuteronômio 19:21, como "*vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé*"; Levítico 24:20 como "*quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente*" e também Mateus 5:38, "*olho por olho e dente por dente*". Para uma excelente discussão da proporcionalidade como uma limitação no alcance de contra-medidas bíblicas, ver DERSHOWITZ, Alan M., *A Gênese da Justiça*. 2000, p. 253-257. Neste mesmo contexto, segundo o professor Morris J. Fish, "*os lex talionis do Antigo Testamento marcou um ponto de viragem na evolução da punição legal. Ele introduziu uma política de contenção e santificou a proporcionalidade como um princípio moral de punição*" (v. FISH, Morris J. *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*. Oxford, 2008, p. 57). Uma das principais inovações do Antigo Testamento, a este respeito, é introduzir a simetria de sua formulação para aquele do Código de Hamurabi, um milênio antes, que autorizou a punição de uma pessoa inocente para a ação do malfeitor.

²¹⁷ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 362.

²¹⁸ A exemplo disso, tem-se o caso havido entre Japão e Coreia do Norte, em abril de 2009, quando Japão decidiu, unilateralmente, endurecer contra-medidas impostas à Coreia do Norte, pelos ensaios de armamento nuclear deste último. Japão utilizou-se de contra-medidas essencialmente econômicas, proibindo a entrada de barcos ou navios norte coreanos em suas águas, até que o impasse fosse resolvido (v. SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 363).

afetados²¹⁹. Em outras palavras, deve-se levar em conta uma pluralidade de instrumentos e ferramentas de autoreparação.²²⁰

Estes fatores foram amplamente reconhecidos tanto pela prática dos Estados, como pela doutrina e pela jurisprudência²²¹, cujo consenso habita em dizer que o princípio da proporcionalidade governa a medida em que a provocação pode ser licitamente combatida por aqueles que gozam do direito de fazer uso de uma resposta que por si só seria ilícita. Nesse sentido, a proporcionalidade serve uma função de defesa, de modo que seja uma resposta razoável²²².

2.4.2.2 Princípio da Reversibilidade

As contra-medidas deverão, na medida do possível, serem utilizadas de tal modo a permitir a retomada da realização das obrigações pactuadas entre os Estados. Este princípio encontra-se preceituado no parágrafo 3º do artigo 49 dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado de 2001, que foi inspirado no artigo 72, parágrafo 2º, da Convenção de Viena de 1969, o qual prevê que quando um Estado suspende um Tratado, não deverá, durante a suspensão, fazer qualquer coisa para impedir o Tratado suspenso de ser trazido de volta em vigor²²³.

Em outras palavras, o que o preceito supracitado sugere é que os Estados devam escolher contra-medidas que são reversíveis ao *status quo ante*, isto é, retornar ao seu estado inicial, levando-se em consideração o caráter provisional e proporcional das contra-medidas²²⁴.

²¹⁹ BEDERMAN, David J. *Ob.cit.*, 2002, p. 820. No mesmo sentido: CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 2001, p. 296.

²²⁰ CANNIZZARO, Enzo. *Ob. Cit.*, 2001, p. 889.

²²¹ V. casos *Nauliaa*, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* e *Air Service Agreement (cits. supra)*.

²²² FRANCK, Thomas M. *Ob. Cit.* 2008, p. 21.

²²³ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 311.

²²⁴ Este princípio foi verificado em sua primeira vez quando analisado o caso do projeto *Gabčíkovo – Nagymaros (cit. supra)*, quando a existência desta condição foi reconhecida pelo Tribunal.

No entanto, o dever de escolher as medidas que são reversíveis não é absoluto. Em alguns casos a reversibilidade pode não ser possível, como por exemplo, a exigência de notificação de realização de alguma atividade, torna-se sem valor após a realização da atividade, que inclusive, pode cooperar em causar dano irreparável para o Estado lesado, cuja responsabilidade irá cair ao Estado violador sobre a forma de sanção ou reparação, ao invés de uma medida preventiva. É dessa lógica que decorre a expressão "tanto quanto possível" do citado artigo, que foi inserido no pretexto com o intuito de propulsar o Estado lesado a ter uma escolha eficaz e razoável ao adotar as contra-medidas, de modo que a medida de prevenção adotada permita a retomada do cumprimento das obrigações suspensas, como resultado satisfatório das mesmas²²⁵.

Partindo-se desse pressuposto, tem-se então que a adoção das contra-medidas deve estimular, hipotética e especulativamente, o emprego das medidas defensivas para que se possam ser revertidas em seus efeitos e, conseqüentemente, desencorajar medidas que não são adaptáveis ao caso, ou que contribuem em causar danos irreversíveis à regra da proporcionalidade²²⁶.

Danos de caráter financeiro (por exemplo, perda de lucros ou juros), geralmente são reversíveis, não obstante, os efeitos decorrentes de tais danos (por exemplo, a insolvência da empresa em questão) podem ser irreversíveis. Nesta situação, deve-se verificar a distinção entre os efeitos diretos e indiretos ou conseqüentes da conduta ilegal, para que daí decorra a reparação ideal²²⁷.

Posto que o que se objetiva pela adoção deste princípio de *self-help* nas contra-medidas é que o Estado violador volte a cumprir com as suas obrigações nos exatos termos e na exata medida em que estas lhe são impostas pelas normas primárias do DI, constituem as contra-medidas meros instrumentos coercitivos que não podem possuir qualquer tipo de caráter punitivo, mas sim, coercitivo²²⁸.

²²⁵ CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 2001, p. 985.

²²⁶ PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law: countermeasures, the non-injured State and the idea of international community*. New York: Routledge Editor, 2010, p. 263.

²²⁷ CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 2001, p. 986.

²²⁸ MACHADO, Jónatas E. M., *Ob. Cit.*, 2006, p. 584.

2.4.2.3 Princípio da Resolução Pacífica dos Litígios

Após a Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional concebeu a Carta da ONU de 1945, que trás dispositivo expresso em seu corpo proibindo não apenas a guerra, mas qualquer tipo de conflito armado. Diz o texto:

Art. 2º Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas.

Com exceção da legítima defesa, a regra da proibição do uso da força é tão importante que tornou-se princípio fundamental do DI. Para ressaltar sua importância, a Carta da ONU a repetiu em vários diversos artigos ao longo de seu corpo:

Art. 1º, §1º: Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional a um ajuntamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz.

Art. 2º, §3º: Os membros da Organização deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que a paz e a segurança internacionais, bem como a segurança, não sejam ameaçadas.

Art. 33, §1º, I: As partes, em uma controvérsia que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha ²²⁹.

Os preceitos acima dizem respeito á quaisquer tipo de relação internacional entre Estados conflituantes. Tendo em vista que as contra-medidas visam reagir à um ilícito, por analogia à regra geral, à essa excludente de ilicitude igualmente aplica-se o preceito elencado, de modo a evitar que a resposta ao ilícito seja com o uso propositado de forças ou ameaças à paz.

Além disso, a proibição de contra-medidas forçadas está escrito na Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional relativos às relações de amizade e cooperação

²²⁹ Trechos de artigos da Carta da ONU de 1945.

entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas, pela qual a Assembleia Geral proclamou que "os Estados têm o dever de abster-se de atos de represália que envolvam o uso da força", conforme já elencado e discorrido no tópico **2.4.1.2** (*supra*) do presente trabalho.

Há de se acrescentar, contudo, que baseado nesse princípio, as contra-medidas devem ser consideradas como equivalentes a medidas provisórias de proteção dos interesses e direitos do Estado lesado, já que são medidas de auto-tutela que, *a priori*, não necessitam da intervenção judicial estatal, e cuja legitimidade de reação pacífica ao ilícito é conferida ao Estado lesado²³⁰.

2.5 As Contra-Medidas como reação frente ao fato ilícito

A doutrina internacionalista, à estrita interpretação do que consta o Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, posiciona-se em classificar três agentes internacionais que poderão propulsar-se das das contra-medidas como modo de reação frente a um ilícito: os Estados lesados, os Estados terceiros e a Comunidade Internacional.

2.5.1 Contra-Medidas adotadas por Estados lesados

A filosofia geral do regime da responsabilidade internacional do Estado, notadamente no que se refere às circunstâncias excludentes da ilicitude, consistiu em admitir as contra-medidas, desde que estas últimas estejam sujeitas a uma série de limites e condições de adoção, de modo a prevenir abusos na intervenção da autotutela²³¹.

Tais condições, sugere *Crawford*, deverão ser respeitadas e verificadas por os Estados soberanos de forma igualitária, de modo evitar a desigualdade de adoção,

²³⁰ CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 1994, p. 4-5.

²³¹ SANCHEZ, Victor. M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 360.

previnindo que países mais poderosos possuam mais capacidade de adoção que países de menos possibilidades. Por esses motivos é que se deparou com a necessidade de se fixar limitações jurídicas ao recurso das contra-medidas²³².

2.5.1.1 Objeto das Contra-Medidas

Conforme já salientado, as medidas de prevenção são instrumentos utilizados pelos Estados lesados para induzir o Estado responsável pelo ilícito a restaurar a normalidade da obrigação violada. Tratam-se esses instrumentos em ser o objeto lícito das contra-medidas, sem os quais, torna-se inviável a aplicação das mesmas. Encontram-se descritos no artigo 49 dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, que cuidou de classificá-los em três propósitos instrumentais, quais sejam:

- 1) Um Estado lesado somente poderá adotar contra-medidas contra um Estado que seja responsável por um ato internacionalmente ilícito, com o objetivo de induzi-lo a cumprir com suas respectivas obrigações (que estão dispostas na segunda parte dos Artigos, relativamente às obrigações de cessação do ato ilícito e reparação do prejuízo causado);
- 2) As contra-medidas são limitadas ao não cumprimento temporal de obrigações internacionais do Estado que adota as medidas em relação ao Estado responsável;
- 3) As contra-medidas deverão, na medida do possível, ser tomadas de tal modo a permitir a retomada da realização das obrigações em questão²³³.

Tais condições das contra-medidas tomadas por um Estado lesado, em outras palavras, são medidas que poderiam ser contrárias às obrigações internacionais, caso o Estado requisitante não fosse previamente lesado. São medidas que, em resposta a um ato internacionalmente ilícito prévio, tem por fim, obter a cessação e reparação do Estado violador, motivo pelo qual não são consideradas ilícitas²³⁴.

²³² SANCHEZ, Victor. M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 360.

²³³ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 309.

²³⁴ CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 2003, p. 294.

A justificativa das contra-medidas em determinadas circunstâncias é reconhecida tanto pelos governos quanto pelas decisões dos Tribunais internacionais, cuja flexão preceituou de forma simples e pura o artigo 22 do mesmo instituto. Convém, no entanto, que às contra-medidas sejam garantidas condições e limitações adequadas para que sejam mantidas dentro de limites geralmente aceites²³⁵.

Além disso, importante salientar que o Estado lesado, ao valer-se das contra-medidas sem que verifique as observações supracitadas, ou caso a sua visão da questão da ilicitude não seja bem fundamentada, atua em perigo. Um Estado que recorre a medidas preventivas com base na sua avaliação unilateral da situação fá-lo por sua conta e risco, e se assim for, poderá incorrer em responsabilidade por seu próprio comportamento culposos caso sua avaliação ou juízo de valor seja incorreto. A este respeito, não há diferença entre as contra-medidas e outras circunstâncias que impedem ilicitude²³⁶.

O primeiro objeto está previsto no parágrafo 1º do artigo 49, que sugere um padrão objetivo para a tomada de medidas preventivas e, em particular, exige que a contra-medida deve ser tomada apenas contra o Estado que é responsável pelo ato internacionalmente ilícito. Importante salientar que a inserção da palavra "apenas" ao preceito supracitado indica o alvo das contra-medidas quanto à sua finalidade, e se destina a transmitir que estas só poderão ser tomadas contra o Estado que é o autor do ato internacionalmente ilícito, retirando a possibilidade de serem direcionadas contra outro Estado que não seja o responsável pelo ilícito²³⁷.

Não obstante, na situação de um terceiro Estado também ter sido atingido em seus direitos por via de consequência do ato ilícito do Estado violador ao Estado lesado, ao Estado terceiro é devida a possibilidade de fazer valer-se de contra-medidas contra o Estado violador. Nesse sentido, o efeito das contra-medidas será precludente e relativo. Trata-se das relações jurídicas entre o terceiro Estado com o Estado responsável pelo ilícito, que melhor será deslindado no tópico **2.5.2** do presente trabalho.

²³⁵ ZOLLER, Élisabeth. *Ob. Cit.*, 1984, p. 179-189

²³⁶ Neste sentido foi a decisão do Tribunal internacional no Caso *Air Service Agreement*, quando interpretou que "cada Estado estabelece para si mesmo seus legais efeitos à situação *vis-à-vis* de outros Estados".

²³⁷ CRAWFORD, James Richard. *Ob. cit.*, 2003, p. 294.

Embora contra-medidas normalmente visem induzir o restabelecimento do não desempenho de uma única obrigação, seja garantindo a cessação de um ato ilícito contínuo, como também sendo tomadas medidas para assegurar a reparação, é possível que uma determinada medida possa afetar o desempenho de diversas obrigações simultaneamente. É o que preceitua o parágrafo 2º do artigo 49. Por esta razão é que consta neste parágrafo a referência a "obrigações" no plural, justamente para garantir o desempenho de uma ou mais obrigações a que as contra-medidas são direcionadas²³⁸.

Além disso, o parágrafo 2 do artigo 49 também indica o caráter temporário ou provisório das contra-medidas. O objetivo deste preceito é a restauração de uma condição de legalidade entre o Estado lesado e o Estado responsável, e não a criação de novas situações que não podem ser corrigidas qualquer que seja a resposta do Estado²³⁹.

Vale lembrar que, conforme preconizou *Crawford*, as contra-medidas são tomadas como uma forma de incentivo, e não punição, já que à elas estão inseridos propósitos instrumentais de coerção para lograr êxito na cessação do ilícito, não devendo serem utilizadas qualquer forma difusa ou relativamente indiscriminada de sanção ou pena. Assim sendo, havendo eficácia na indução do Estado violador para o cumprimento das suas obrigações de cessação e reparação, as contra-medidas deverão ser interrompidas e, como consequência do ato, ser retomado o cumprimento da obrigação²⁴⁰

Portanto, de acordo com o que prevê o parágrafo 2º do artigo 49, uma vez cessado o ilícito e reparado o prejuízo causado, o Estado lesado deverá por fim na aplicação das contra-medidas ao Estado violador e restaurar o cumprimento das obrigações, já que com o término da circunstância que implicou o uso da medida de segurança, prejudicado ficará a postergação das contra-medidas²⁴¹.

Em que se pese o objeto descrito no parágrafo 3º do artigo 49, que retrata o caráter reversível das contra-medidas, já discorreremos sobre o assunto no tópico **2.4.2.2** (*supra*).

²³⁸ BODANSKY, Daniel & CROOK, John R. *Ob. Cit.*, 2002, p.787.

²³⁹ UN. *Ob. Cit.* 2012, p. 310.

²⁴⁰ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 361.

²⁴¹ _____. *Idem*.

2.5.1.2 Limites de atuação

Conforme já salientado em linhas acima, em geral, o Estado lesado pode deixar de cumprir, a título de contra-medidas, diversas obrigações internacionais que tenha convencionado com o Estado violador. Assim, por exemplo, poderá suspender obrigação que houvera subscrito em matéria de Comércio, Comunicações, Investimentos estrangeiros, dentre outros. Não obstante, há certas obrigações internacionais que não podem ser afetadas pelas contra-medidas. Tais situações, decorrentes de normas *ius cogens*, dada sua influência e suma importância para comunidade internacional como todo, não podem deixar de ser cumpridas com o argumento de que estão sendo alvo de contra-medidas²⁴².

Partindo desse pressuposto, cuidou o artigo 50 dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, de elencar as obrigações internacionais que não podem ser afetadas pelas contra-medidas. Tratam-se dos limites de atuação das medidas preventivas.

As obrigações de que trata o artigo 50 se dividem em duas categorias básicas: em um primeiro momento (parágrafo 1º), lida com certas obrigações que, em razão de seu caráter, não deve ser objeto de contra-medidas; posteriormente (parágrafo 2º), trata de determinadas obrigações relativas, nomeadamente, a manutenção de canais de comunicação entre os dois Estados em causa, incluindo mecanismos para a resolução de suas disputas²⁴³.

O parágrafo 1º do artigo 50 identifica quatro categorias de obrigações substantivas fundamentais que não podem ser afetados por medidas preventivas. São elas:

- a) obrigação de abster-se da ameaça ou uso de força conforme disposto na Carta da ONU;
- b) obrigações estabelecidas para a proteção de direitos humanos fundamentais;
- c) obrigações de caráter humanitário que proibem represálias;

²⁴² SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 361.

²⁴³ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 316.

- d) outras obrigações previstas nas normas imperativas de Direito Internacional geral²⁴⁴.

Ao lidar com a proibição da ameaça ou do uso da força, o parágrafo 1º, inciso 'a' reforça preceito que já está consagrado na Carta das Nações Unidas, incluindo a proibição expressa do uso da força no artigo 2º, parágrafo 4º, excluindo-se medidas forçosas de âmbito das contra-medidas autorizadas ao abrigo do Capítulo II da citada Carta²⁴⁵.

Sem a ameaça ou o uso da força armada, os meios empregados como medidas preventivas também estão sujeitas a limitações radicais. Geralmente é necessário que as contra-medidas devam ser limitadas a meios pacíficos econômicos, financeiros, ou outro que não possa influir a uma ação militar ou ao uso da força²⁴⁶.

O teor do parágrafo 1º, inciso 'b' prevê que as contra-medidas não podem afetar obrigações para a proteção dos direitos humanos fundamentais. Tal observação se coadunou da jurisprudência do caso *Naulilaa*, quando o Tribunal proferiu entendimento afirmando que, para que uma contra-medida seja legítima, deverá ser "limitada pelas exigências da humanidade e as regras da boa-fé aplicável nas relações entre os Estados"²⁴⁷.

Coaduna igualmente a este *quaesito* o fato de a Resolução 1934, do Instituto de Direito Internacional afirmar que, ao tomar contra-medidas, um Estado deve "abster-se de qualquer medida dura, que seria contrária às leis da humanidade e as exigências da consciência pública"²⁴⁸. Note-se que na citada época, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ainda não havia sobrevivido, já que esta última foi datada aos 10 de dezembro de 1948. No entanto, tal entendimento perseverou ainda mais adiante como resultado do desenvolvimento desde 1945, com a surgência das Nações Unidas e, posteriormente, com a criação de Comissões de direitos humanos internacionais em particular, e Tratados e

²⁴⁴ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 316.

²⁴⁵ Em particular, a inserção deste inciso no presente artigo se mostrou incólume haja vista restar consagrado pelas decisões da Corte Internacional de Justiça perante os casos *Militare and para Military Activies in and against Nicaragua* e *Corfu Channel Case*. As referidas medidas forçosas autorizadas trata-se da legítima defesa, preconizada no artigo 51 da Carta das Nações Unidas.

²⁴⁶ ROBINSON, Paul H. & HAQUE, Adil Ahmad. **Article: Advantaging Aggressors: Justice & Deterrence in International Law.** *Harvard National Security Journal*, 2011. 3 Harv. Nat'l Sec. J. 143, p. 28.

²⁴⁷ Vide caso *Nauliaa*, nota de rodapé n° 138.

²⁴⁸ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 317 *apud Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 38. Paris, 1934, p. 710.

Acordos internacionais relevantes a identificar certos direitos humanos que não poderiam ser derogados, mesmo em tempo de guerra ou outra emergência pública²⁴⁹.

Evidente que, por se tratar de norma internacional com caráter *erga omnes*, seria natural que, se tais obrigações não podem ser derogadas por Tratados, de igual forma não poderiam ser por decisões unilaterais²⁵⁰.

Quanto ao preceito trazido pelo parágrafo 1º, alínea 'c', tem-se a referência às obrigações do direito humanitário que proíbem a represálias. Tal disposto foi inspirado no artigo 60, parágrafo 5º, da Convenção de Viena de 1969, cujo teor está no impedimento de suspensão ou cessação de direito de um Estado por violação material de qualquer disposição do Tratado "para a proteção da pessoa humana contida em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados"²⁵¹.

Vê-se que esse dispositivo reflete a proibição básica de represálias contra as pessoas que atuam no direito internacional humanitário. Tratam-se das represálias beligerantes, isto é, aquelas que se desdobram em situações de guerra ou conflito armado internacional.

Em particular, ao abrigo da Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1929, as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949²⁵² e do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, e relativas à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I) de 1977, estão

²⁴⁹ Para maior detalhe à esta análise, enseja-se o artigo 4º, primeira parte, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assim prevê: "*Em tempo de uma emergência pública que ameaça a existência da nação e cuja existência é oficialmente proclamado, os Estados Partes do presente Pacto podem tomar medidas derogatórias das obrigações decorrentes do presente Pacto na medida do estritamente necessário pelas exigências da situação, desde que essas medidas não sejam incompatíveis com as suas outras obrigações sob o direito internacional e não envolvem a discriminação pelo simples motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social*". Neste mesmo sentido, v. artigo 15 da A Convenção Europeia de Direitos Humanos, e artigo 27 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

²⁵⁰ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 32.

²⁵¹ O parágrafo 5º do artigo 60 da Convenção de Viena de 1969 Este parágrafo foi acrescentado na Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, em uma votação de 88 votos a favor, nenhum contra e 7 abstenções.

²⁵² As Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 são 4 Tratados Internacionais (ratificados por quase todos os países do mundo) que formam a base do Direito Humanitário moderno e determinam o tratamento de soldados e civis durante os conflitos (v. Comitê Internacional da Cruz Vermelha).

proibidas as represálias contra as classes definidas de pessoas protegidas, e essas proibições são amplamente aceitas pela doutrina internacional²⁵³.

São proibidas pelas Convenções e pelo Protocolo I as represálias contra os feridos, os enfermos e os náufragos, o pessoal e os serviços sanitários, o pessoal e os serviços de proteção civil, os prisioneiros de guerra, a população civil, os bens civis e culturais, o ambiente natural e as construções e instalações que contenham forças perigosas²⁵⁴.

A mesma proteção também se aplica ao pessoal de edifícios, navios e equipamentos protegidos sob as Convenções de Genebra para a proteção dos feridos e doentes das forças armadas em campo, e para os membros feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar, e a propriedade de civis²⁵⁵, bem como os bens culturais protegidos em virtude da Convenção de Haia de 1954 para a Proteção dos bens culturais em caso de conflito armado²⁵⁶.

O Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 deu grandes passos em frente na proscreever represálias beligerantes que envolvem interesses de propriedade em conflitos armados internacionais²⁵⁷. Isso, de fato reiterou a proibição de ataques por meio de represálias contra a população civil ou civis, e que posteriormente estendeu-se à proibição a objetos civis, objetos culturais e lugares de culto, objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil, o ambiente natural, e obras e instalações contendo forças perigosas, tais como barragens e diques e estações geradoras

²⁵³ PARTSCH, Karl Joseph. *Reprisals*. Encyclopedia of Public International Law, R Bernhardt, vol. 4. Amsterdam: Ed Elsevier, 2000, p 200-204.

²⁵⁴V. *Resumo das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 e dos seus Protocolos Adicionais*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra, 2ª edição, 2012.

²⁵⁵ Ambos protegidos pela 4ª Convenção de Genebra.

²⁵⁶V. *Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. Hague, 1956.

²⁵⁷ HENCKAERTS, Jean-Marie & DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*, 2005, p. 515-18. A Cruz Vermelha afirma que ao longo dos muitos conflitos armados que marcaram as duas últimas décadas, não se recorreu à represálias beligerantes, exceto durante a Guerra Irã-Iraque, na qual tais medidas foram severamente criticadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas e seu Secretário-Geral. Segundo a opinião da Cruz Vermelha, a razão dos órgãos supracitados serem contra os Estados recorrerem a represálias beligerantes pode ser explicada pelo fato de que essas últimas são ineficazes como meio de execução, em especial, porque correm o risco dessas represálias serem escaladaa um tipo de violação ao direito internacional, cujo risco cabem aos Estados, assumirem, não obstante, porém, devem ter o direito de ponderá-lo em outras alternativas disponíveis.

elétricas nucleares, não sendo utilizados para regular, significativo e apoio direto das operações militares²⁵⁸.

Embora as represálias beligerantes sejam proibidas pelo abrigo da norma internacional, atualmente não há respostas claras sobre a legalidade em todas as circunstâncias de represálias em tempos de conflito armado e em resposta a atos ilícitos cometidos pelo adversário beligerante do agressor. Na opinião consultiva sobre legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, a Corte Internacional de Justiça não se pronunciou sobre a legalidade de represálias armadas em tempo de paz, e tampouco se pronunciou sobre a questão de represálias beligerantes, deixando a entender que, em qualquer desses casos, o direito de recurso a tais represálias seriam como auto-defesa, que deverá ser regido, nomeadamente, pelo princípio da proporcionalidade²⁵⁹.

Este *obiter dictum* poderia indicar uma possível distinção feita no direito internacional entre represálias em tempo de paz, sendo comumente referida como contra-medidas "defensivas" e represálias beligerantes, advindas em tempo de conflito armado internacional²⁶⁰.

À respeito, o internacionalista *Christopher Greenwood* destacou três características definidoras de represálias beligerantes:

a) as represálias consistem uma conduta que, no curso normal dos acontecimentos constituem uma violação das leis de conflito armado, mas são consideradas legais pelas circunstâncias especiais que as provocaram;

b) as represálias são embarcou em resposta a uma violação prévia das leis do conflito armado cometida pelo Estado , ou um aliado do Estado , contra a qual os atos de represália são dirigidas;

c) as represálias devem limitar-se à ação que é razoavelmente proporcional ao ato ilícito a que dizem respeito, devendo-se ser levada a cabo como um meio de pôr fim à

²⁵⁸ VAN DER VYVER, Johan D. **Article: Legal Ramifications of the War in Gaza.** *Florida Journal of International Law*, 2009, 21 Fla. J. Int'l L. 403.

²⁵⁹ VAN DER VYVER, Johan D. *Ob. Cit.*, 2009 *apud* KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 1966, p. 20-21

²⁶⁰ VAN DER VYVER, Johan D. *Ob. Cit.*, 2009, p. 15. No mesmo sentido: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, p. 226-246.

violação antes das leis de conflito armado cometida pelo Estado em questão ou seu aliado, e só devem ser invocadas como um último meio a se recorrer²⁶¹.

Às represálias beligerantes, também enfatiza-se o elemento da "subsidiariedade", observando que "o recurso às represálias beligerantes é uma medida excepcional que deve ser considerada como uma solução final, depois de outros meios disponíveis de caráter menos excepcional, sem terem logrado êxito"²⁶².

Dando prosseguimento ao preceito constante do parágrafo 1º do artigo 50, tem-se na alínea 'd' a proibição de contra-medidas que afetam obrigações de normas imperativas do direito internacional geral. Evidentemente, norma imperativa de DI não está sujeita a derrogação entre dois Estados seja através de Tratado ou Acordo internacional, de modo que a derrogação não possa ser afastada por ação unilateral na forma de contra-medidas.

Essa questão reitera para os fins da presente alínea, o reconhecimento do artigo 26 do Projeto de Artigos, elaborado no capítulo V da Parte I deste instituto legal, que diz respeito aos atos entre Estados signatários, devendo-se estar em conformidade com as normas peremptórias do DI. Assim prediz: "Nada neste capítulo exclui a ilicitude de qualquer ato de um Estado que não está em conformidade com uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de geral direito internacional"²⁶³.

Deste preceito extrai o entendimento que não será afetada a ilicitude de qualquer ato de um Estado que não está em conformidade com uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral, isto é, à nenhuma das circunstâncias excludentes de ilicitude poderá ser alegada a justificativa do incumprimento de uma obrigação diante de uma norma de *ius cogens*²⁶⁴.

²⁶¹ GREENWOOD, Christopher J. *Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments*. Horst Fischer et al. eds., 2001, p. 539, 541-42; Neste mesmo sentido: HAMPSON, Françoise J. *Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949*. Int'l & Comp., 1988, p. 818- 822.

²⁶² KALSHOVEN, Frits. *Belligerent Reprisals*. Case nº. IT-95-16-T, P 535, Jan. 2000, p. 340.

²⁶³ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 186.

²⁶⁴ SANCHEZ, Victor M. *Ob. Cit.*, 2011, p. 361.

A referência a “outras obrigações” de normas imperativas traz um caráter indutivo em seu envólucro, cuja peculiaridade permite o reconhecimento da mais peremptória das normas em criar obrigações que não podem ser objeto de medidas preventivas por um Estado lesado.

Assim, os Estados soberanos podem acordar entre si quaisquer outras normas de direito internacional desde que não sejam objeto de contra-medidas, ou não são consideradas como normas imperativas de direito internacional geral. Essa possibilidade é acobertada pela provisão da *lex specialis* no artigo 55 deste mesmo diploma legal, que trata das normas de caráter especial em detrimento das regras gerais, o que significa dizer que, em particular, um Tratado bilateral ou multilateral pode renunciar a possibilidade de contra-medidas a serem tomadas visando o restauro da situação ilícita. Esse é o caso, por exemplo, com Tratados da União Europeia, que têm o seu próprio sistema de execução²⁶⁵.

Além das limitações substantivas sobre a tomada de medidas preventivas, o parágrafo 2º do artigo 50 prevê que as contra-medidas não podem ser tomadas com relação a duas categorias de obrigações, a saber, certas obrigações decorrentes de procedimentos de resolução de litígios, aplicável entre o Estado lesado e o Estado responsável pelo ilícito e obrigações cuja relação tem caráter diplomático e consular, e cuja inviolabilidade deverá ser respeitada. Assim prescreve citado artigo:

2. Um Estado que realize as contra-medidas não está isento de cumprir com suas obrigações:

- a) de acordo com qualquer procedimento de solução de controvérsias aplicável a ele e ao Estado responsável;
- b) de respeitar a inviolabilidade de agentes diplomáticos e consulares, locais, arquivos e documentos²⁶⁶.

²⁶⁵ Sobre a exclusão de contra-medidas unilaterais no direito assistido pela União Europeia, tem-se, por exemplo, o caso 90 e 91-63, em que figura a Comissão da Comunidade Económica Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino da Bélgica; caso 52/75 entre a Comissão das Comunidades Europeias contra República italiana; caso 232/78 entre a Comissão das Comunidades Económica Europeia contra República francesa; e caso C-5/94 - *Hedley Lomas*, em que figura A Rainha da Inglaterra v. Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação da Irlanda.

²⁶⁶ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 316.

A justificativa em cada um desses casos, não diz respeito quanto ao caráter substancial da obrigação, mas sim quanto a sua função em relação à resolução do litígio entre as partes, que deu origem ao uso de contra-medidas²⁶⁷.

A primeira parte deste parágrafo, contida na alínea ‘a’, menciona as obrigações impostas por um procedimento de resolução de litígios aplicável entre os Estados conflitantes e que está relacionada tanto com o litígio em questão, quanto o litígio sobre a violação inicial e com o qual toca a legitimidade da contra-medida²⁶⁸.

Extraíndo entendimento do preceito supracitado, aplica-se "qualquer procedimento de resolução de controvérsias" entre o Estado lesado e do Estado responsável. Embora citada sentença induza a percepção de utilização de qualquer proceder, pelo Estado lesado, para deslindar o litígio, a palavra ‘qualquer’ inserida no corpo da frase limita referir-se apenas aos procedimentos de resolução de litígios que estão relacionados com o ilícito em questão e não a outras questões não relacionadas entre os Estados interessados. Neste efeito, ao litígio deve ser considerado englobar tanto a disputa inicial sobre o ato internacionalmente ilícito quanto a questão da legitimidade das contra-medidas tomadas em resposta²⁶⁹.

Trata-se de um princípio bem estabelecido em que as disposições de solução de controvérsias devem ser acolhidas, apesar de que, em algumas vezes, tais disposições não se encontram contidas em Tratado que está no centro da disputa e a continuação da validade ou efeito do mesmo é desafiada. À esta questão, posicionou-se a Corte Internacional de Justiça, em Recurso relativo à jurisdição do *ICAO Consil*: “(...) em qualquer caso, pode simplesmente uma suspensão unilateral poder se tornar inoperativas cláusulas de competência, uma vez que um dos seus fins, precisamente, possam permitir a validade da suspensão a ser testada”²⁷⁰.

²⁶⁷ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 38.

²⁶⁸ _____. *Idem*.

²⁶⁹ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 319.

²⁷⁰ Trata-se de caso havido entre Paquistão e Índia, interposto por Paquistão, que apresentou uma queixa contra a Índia perante o Conselho da Organização da Aviação Civil Internacional - *ICAO Consil*, sobre o fundamento de que a Índia havia violado disposições da Convenção de Chicago de 1944 sobre a Aviação Civil Internacional e do Contrato de Serviços de Transporte Aéreo Internacional. A denúncia foi baseada em ato de suspensão unilateral, por parte da Índia, vôos efetuados por aeronaves paquistanesas sobre o território indiano. O *ICAO Consil* assumiu jurisdição sobre o caso, com base nas cláusulas jurisdicionais nos Tratados

Com raciocínio semelhante, subjacente ao princípio sobreposto, entende-se que a disposição de solução entre o Estado lesado e o Estado responsável e aplicável à sua disputa, não poderia ser suspensa por meio de contra-medidas. Caso contrário, a ação unilateral iria substituir um acordo capaz de resolver a disputa dando origem às contra-medidas. Tal critério foi confirmado pela Corte Internacional de Justiça no caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Teerã que se posicionou dizendo “Em qualquer caso, qualquer alegada violação do Tratado [de amizade] por qualquer das partes não pode ter o efeito de impedir que a parte lesada invoque as disposições do Tratado relativas à solução pacífica das controvérsias”²⁷¹.

A repercussão do caso havido entre Estados Unidos e seus reféns no Teerã contribuiu a um novo debate no DI, notadamente ao que se refere à diplomacia e relações consulares como sendo institutos autônomos do próprio direito internacional tendo suas

entre ambos signatários. A Índia recorreu ao Tribunal Internacional de Justiça argumentando que a ICAO não possuía jurisdição, eis que os Tratados já não estavam mais em vigor. Em suas alegações, a Índia disse que suspendeu os vôos paquistaneses com base em uma violação prévia do referido Tratado por parte do Paquistão, que ocorreu quando o Paquistão corroborou com o seqüestro de um avião indiano. Índia argumentou à CIJ que *ICAO Consil* não tinha jurisdição sobre o caso. Paquistão argumentou que a Índia não poderia alegar, simultaneamente, que o Tratado não estava em vigor devido à violação do Paquistão, e também que as disposições jurisdicionais do Tratado ainda estavam sendo aplicadas. Em julgamento, a CIJ rejeitou o argumento do Paquistão contra a sua jurisdição e considerou o caso favorável à Índia. (v. *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (Índia v Pakistan), Judgment, ICJ 1972 46. ICJ Reports 1972, p 46- 53)

²⁷¹ Em 29 de novembro de 1979, os EUA travou disputa com o Irã na Corte Internacional de Justiça. O que precede é que o Irã acusou os EUA de haver contribuído com atividades ilícitas de espionagem em seu território. Por conta dessa ‘atitude ilícita’, o Irã, através da liderança do Ayatolá Jomeini, manteve sequestrado o pessoal diplomático e consular dos EUA por 444 dias. Alegou que estava valendo-se de contra-medida. Após várias tentativas de Acordos, sem êxito, os EUA acusaram o Irã de violações de vários princípios legais consagrados não apenas no direito internacional consuetudinário, mas também em quatro tratados, entre os quais os de 1961 e 1963 - Convenções de Viena sobre, respectivamente, relações Diplomáticas e Relações Consulares. Por despacho de 15 de dezembro de 1979, a CIJ indicou medidas provisórias no caso: ao Irã foi sugerido libertar os reféns, permitir a sua saída segura e restaurar a embaixada. O Irã não cumpriu a decisão. Nesse interim, depois de tentativas fracassadas de negociação, o exército dos EUA incurtiram uma operação de resgate. Em 24 de abril de 1980, essa operação de resgate - Garra de Águia, resultou em uma missão falha, com as mortes de oito soldados americanos e um civil iraniano. Sobre essa questão, em sua sentença sobre o mérito em 24 de maio de 1980, a CIJ disse que a questão da legalidade da operação militar dos EUA não exerceu nenhuma influência sobre a avaliação da conduta do Irã em 4 de Novembro 1979 e tornou a dirigir ao Irã que cumprisse em seus exatos termos as medidas indicadas na decisão de 15 de dezembro e 1979. O Irã não cumpriu com o acórdão da CIJ de imediato, haja vista a profunda resistência aos ataques armados dos EUA, que ocasionou mal estar político e econômico entre ambos países. Então foi firmado Acordos de Argo, cujo conteúdo discorreu sobre a não intervenção norte-americana nos assuntos internos do Irã além de estipular que os EUA iriam restaurar a posição financeira do Irã, na medida do possível, à que existia antes de 14 de novembro de 1979, e garantir a mobilidade e livre transferência de todos os ativos iranianos nos EUA. Estabelece ainda que o Irã e os EUA iriam encerrar todos os litígios entre o governo de cada partido e os nacionais do outro, e iria resolver tais alegações “*através de arbitragem vinculativa*”. Em troca, os iranianos devolveriam os 52 norte-americanos que mantiveram como reféns. Os reféns foram formalmente entregues à custódia dos EUA um dia depois da assinatura do Acordo de Argo, aos 19 de janeiro de 1981. (v. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, 2002, p. 961).

consequências jurídicas quando são estes sofrem violação. Foi a partir desses estudos que a CDI pretendeu incluir a segunda exceção no parágrafo 2º do artigo 50, quando em sua alínea 'b' traz o limite da extensão em que um Estado lesado pode recorrer, por meio de contra-medidas, para conduzir inconsistentemente com suas obrigações em matéria de relações diplomáticas ou consulares.

Declarar um diplomata *persona non grata*, cancelar ou suspender relações diplomáticas e suprimir embaixadores nas situações previstas na Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, tais atos não equivalem a contra-medidas no sentido deste ítem. Contudo, podem ser tomadas outras medidas que afetem privilégios diplomáticos ou consulares, sem prejudicar a inviolabilidade do pessoal diplomático ou consular ou de instalações, arquivos e documentos. Tais medidas podem ser adequadas às contra-medidas se as prescrições do presente instrumento são verificadas.

Por outro lado, o âmbito das contra-medidas proibidas pelo artigo 50, parágrafo 2º, inciso 'b', é limitada às obrigações que são projetadas para garantir a segurança física e inviolabilidade - incluindo a imunidade jurisdicional - dos agentes diplomáticos, instalações, arquivos e documentos em todas as circunstâncias, incluindo conflito armado. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, aos funcionários consulares²⁷².

As regras do direito diplomático, em suma, constituem um ramo autônomo do DI que estabelece, por um lado, as obrigações de um Estado a receber relativas facilidades, privilégios e imunidades a conceder às missões diplomáticas e, por outro lado, prevê o possível abuso de direitos por membros da missão e especifica os meios de que disporá o Estado receptor para combater qualquer tipo de abuso. Esses meios são, geralmente, pela sua própria natureza, inteiramente eficaz²⁷³.

Tal abordagem, proferida na decisão do caso Reféns no Teerã, tornou-se pertinente quando do decorrer do caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Teerã, ao analisar a legitimidade das contra-medidas utilizadas pelo

²⁷² UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 320.

²⁷³ *Report of Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran); Request for Indication of Provisional Measures, International Court of Justice, 15 December 1979.

Teerã face os EUA, a CIJ ressaltou que "a lei diplomática em si oferece os meios necessários de defesa contra ato ilícito e sanção face as atividades ilícitas realizadas por membros de missões diplomáticas ou consulares"²⁷⁴, e concluiu que as violações das imunidades diplomáticas ou consulares não podem ser justificadas até mesmo como medidas de resposta a um ato internacionalmente ilícito.

Caso se possa direcionar contra-medidas ao pessoal diplomático ou consular de um Estado, essas pessoas, na verdade, serão reféns residentes contra injustiças percebidas do Estado que os envia, minando a autonomia da instituição de relações diplomáticas e consulares. A exclusão de quaisquer contra-medidas que violam inviolabilidade diplomática e consular é, portanto, justificada por razões funcionais. Ela não afeta as diferentes possibilidades de reparação disponíveis para o Estado receber, nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares²⁷⁵.

Consequentemente, no caso de violações dos termos da Convenção de Viena, não se pode ter a qualquer dos recursos previstos pelo direito internacional geral, porque direito diplomático, por si só fornece os meios necessários de defesa, e meios sancionatórios para atividades ilícitas cometidas por membros de missões diplomáticas ou consulares. Assim, a principal característica do regime auto-suficiente das relações diplomáticas e consulares é a sua intenção de excluir totalmente a aplicação das consequências legais gerais de atos ilícitos como codificada pelo Projeto de Artigos da CDI, em especial a aplicação de contra-medidas por um Estado lesado²⁷⁶.

No que se refere a diplomacia multilateral, a alínea 'b' do parágrafo 2º do artigo 50, não prevê expressamente, mas a interpretação conduz à coerência de entendimento que os representantes dos Estados para as Organizações Internacionais são acobertados pela

²⁷⁴ *Report of Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran); Request for Indication of Provisional Measures, International Court of Justice, 15 December 1979.

²⁷⁵ É neste sentido que se encontra o preceito dos artigos 9, 11, 26, 36, parágrafo 2º, 43, alínea 'b' e artigo 47, parágrafo 2º, alínea 'a', da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, e artigo 10, parágrafo 2º, artigos 12, 23, 25, alínea 'b', subparágrafo c) e artigo 35, parágrafo 3º, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

²⁷⁶ SIMMA, Bruno & PULKOWSKI, Dirk. *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*. The European Journal of International Law, vol. 17, nº 3, 2006, p. 522.

referência dos agentes diplomáticos. Quanto aos funcionários das próprias Organizações Internacionais, quando não agem em retaliação por um Estado de acolhimento, seu detrimento poderia qualificar como uma contra-medida, uma vez que implicaria a não conformidade não com a obrigação devida ao Estado responsável, mas com a obrigação devida a um terceiro, ou seja, a organização internacional²⁷⁷.

O Direito diplomático sempre foi o parque clássico da reciprocidade. Pelo menos no momento em que a Convenção de Viena foi convocada, era este o entendimento, motivo pelo qual, em simetria de obrigações, permitiu-se as represálias recíprocas. Dada a aceitação tradicional de contra-medidas como um "fato da vida", isto é, reação unilateral e pacífica ao um ilícito que a precede, é a ser fortemente justificado a não possibilidade de valer-se de contra-medidas no direito diplomático, já que uma das prerrogativas deste instituto é exclusão categórica de todas as formas de reação unilateral²⁷⁸.

Não obstante, recorrer a contra-medidas pode ser necessário nos cenários *fallback* descritos acima - se o Estado de envio falhar em retirar um diplomata que foi declarado *persona non grata* e, como uma medida defensiva imediata, se o Estado receptor depara com o diplomata em flagrante delito. A respeito dessas peculiares situações, em nota de estudos nos comentários ao Projeto de Artigos, afirmou-se quanto ao projeto de convenção sobre relações diplomáticas que a inviolabilidade diplomática "não exclui as medidas de auto-defesa ou, em circunstâncias excepcionais, as medidas de prevenir [o diplomata] de cometer crimes ou delitos"²⁷⁹.

Naquela ocasião, o Relator Especial do Projeto de Artigos, *Arangio-Ruiz*, então, questionou se as limitações sobre o uso de contra-medidas realmente podem fluir em qualquer natureza, independente de lei diplomática. Em vez disso, ele sugeriu que tais limitações eram uma consequência da aplicação das regras e princípios gerais que constituem o regime de contra-medidas. Por isso, ele introduziu essa disposição no regime

²⁷⁷ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 321.

²⁷⁸ SIMMA, Bruno & PULKOWSKI, Dirk. *Ob. Cit.*, 2006, p. 522.

²⁷⁹ _____. *Idem*.

de contra-medidas, no sentido de proibir especificamente a medidas que afetem a inviolabilidade diplomática²⁸⁰.

Sistematicamente, a solução mais convincente é perceber as limitações de contra-medidas no artigo 50, parágrafo 2º, alínea 'b' simplesmente como uma expressão do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 51 do mesmo diploma legal, relevando-se que, contra-medidas que afetem a inviolabilidade diplomática ou corrobore com a suspensão de obrigações de solução de controvérsias são, em princípio, consideradas desproporcionais²⁸¹.

Em que se pese todos esses limites trazidos pelo artigo 50, embora houvesse circunscrições sobre o direito de utilizar tais medidas, ao abrigo do direito internacional, tem sido alegado que essas limitações são, provavelmente, melhor entendidas no contexto de equilíbrio do mecanismo das relações internacionais que, em grande parte ajudaram a reduzir o recurso à força no século XIX, ou pelo menos limitar a sua aplicação²⁸².

Esta justificação instrumentista para adotar uma limitação sobre o uso das contra-medidas com relação a alguns procedimentos de solução de controvérsias (mas não outros), fornece um guia útil para determinar, em casos particulares, quais os procedimentos de solução de controvérsias entre os Estados envolvidos podem e não podem ser afetados²⁸³.

²⁸⁰ UN. **Document of International Responsibility: Article 14 as proposed by Arangio-Ruiz, Special Rapporteur.** Report on the Work of its Forty-seventh Session, Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement n° 10. *International Law Commission*. New York: United Nations, 1995.

²⁸¹ Há algumas indicações de que a CDI considerou a admissibilidade de direcionamento do pessoal diplomático por contra-medidas para ser uma questão de proporcionalidade, porque a Comissão observou que, após as sanções previstas na Convenção de Viena não obtiveram sucesso, considerou que podem ser tomadas medidas que afetem privilégios diplomáticos ou consulares, sem prejudicar a inviolabilidade do pessoal diplomático ou consular ou de instalações, arquivos e documentos. Essas medidas podem ser lícitas (como contra-medidas) se estiverem reunidas as prescrições do definidas pelos Artigos sobre Responsabilidade internacional que atinem às contra-medidas. Considerou ainda que, até mesmo a inviolabilidade do pessoal diplomático não deve ser inviolável, desde que os interesses suficientemente robustos do Estado que envia estejam em jogo.

²⁸² AZUBUIKE, Eustace Chikere. *Ob. Cit.*, 2011, p. 21.

²⁸³ CALAMITA, N. JANSEN. **Article: Countermeasures and Jurisdiction: Between Effectiveness and Fragmentation.** *Georgetown Journal of International Law*, 2011, 42 Geo. J. Int'l L. 233 *apud* BEDERMAN, David J. *Counterintuiting Countermeasures*, 2002, p. 817, 830.

2.5.1.3 Condições de aplicação

As decisões judiciais, a prática do Estado e a doutrina internacionalista confirmam a proposição de que para valer-se de contra-medidas, necessário que se satisfaçam determinadas condições materiais e processuais. Trata-se de observâncias e procedimentos a serem examinados para que as contra-medidas possam ser validamente adotadas pelo Estado vítima de uma violação.

Constituem, na verdade, uma limitação de carácter procedimental que, associadas às de carácter substantivo anteriormente mencionadas (objeto das contra-medidas e limites de atuação), formam, em seu conjunto, o mecanismo de controle na aplicação das contra-medidas. Isto demonstra, como já citado por várias vezes ao longo do presente estudo, a preocupação da CDI que, a despeito das manifestações contrárias, entendeu por bem estipulá-las para coibir os abusos que as medidas de prevenção podem ensejar num sistema internacional constituído por atores que não se encontram em pé de igualdade o que, em um sistema de autotutela, pode suceder.

i. Aplicabilidade substantiva:

As condições de aplicação, que para alguns internacionalistas são denominadas requisitos de validade²⁸⁴, instou em um primeiro momento quando da sentença do caso *Gabcíkovo-Nagymaros*²⁸⁵, em que se debatia a validade da contra-medida adotada pela antiga Checoslováquia (atual Eslováquia), como reação frente ao ‘abandono’, por parte da Hungria, do acordo traçado entre ambos.

Naquela ocasião, tratou a Corte Internacional de Justiça de avaliar as condições substantivas da adoção das contra-medidas, isto é, as condições que recaem na natureza da citada excludente de ilicitude. Após análises e estudo do caso, a CIJ concluiu que ao parâmetro para validade das contra-medidas deveriam ser observados quatro requisitos.

²⁸⁴ Este é o entendimento dado por CAMPOS, Julio D. Gonçalves & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 448.

²⁸⁵ V. nota de rodapé fl. 38.

Como primeira condição substantiva de validade para aplicação de contra-medidas, a Corte declarou que esta só será válida quando utilizada como meio de resposta a um ato internacionalmente ilícito praticado pelo Estado que violou o DI, devendo-se estar dirigida a dito Estado infrator. Outra condição que também depende da validade de uma contra-medida requer que a finalidade desta medida seja incitar o autor do ato ilícito a executar as obrigações internacionais que lhe incumbem, extrinsecamente conforme convencionadas, de modo que a medida adotada seja reversível – conforme anteriormente demonstrado, isso implica, por um lado, excluir outras finalidades que não contribuem em lograr êxito da aplicação do direito vulnerado. Por outro vértice, implica dizer que as contra-medidas somente poderão ser aplicadas face ao Estado que causou a lesão ao direito²⁸⁶.

Em terceiro lugar, o Estado lesado deve respeitar as normas imperativas de DI. Somam-se à elas as de caráter humanitário, direitos fundamentais e direito diplomático. Isso porque, como já elucidado, a infração à tais normas viola para além do direito subjetivo do Estado transgressor, acirrando também, os direitos de todos os demais destinatários desta disposição e, com caráter geral, os interesses da comunidade internacional em seu todo²⁸⁷.

Por fim, os efeitos das contra-medidas devem ser proporcionais aos danos sofridos, levando-se em conta os direitos afetados, tanto quanto ao dano – aspecto quantitativo, como também quanto à transcendência do interesse protegido pelas normas violadas em detrimento da gravidade da violação – aspecto qualitativo. Isso significa dizer que o juízo de proporcionalidade não admite excessos. Tal condição, conforme anteriormente dito, adveio da conclusão do caso *Nauliaa*, entre Portugal e Alemanha²⁸⁸.

²⁸⁶ CAMPOS, Julio D. González & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 448.

²⁸⁷ BROTONS, Antonio Remiro & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2010, p. 450.

²⁸⁸ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez & HORTAL, Maria José Cevell. *Ob. Cit.*, 2012, p.588.

ii. Aplicabilidade processual:

A respeito da aplicabilidade processual das contra-medidas, a doutrina internacionalista assim interpreta por conta do artigo 52 dos Artigos sobre responsabilidade internacional dos Estados, que por sua vez estabelece certas condições processuais relativas ao recurso a medidas preventivas pelo Estado lesado que, antes de tomar contra-medidas, é obrigado a invocar o Estado responsável pelo ilícito para que este cumpra com suas obrigações²⁸⁹.

Esse ato invitatório do Estado lesado ao violador decorre da incumbência deste que pretende tomar contra-medidas à notificar aquele Estado a cerca da possível consequência do seu ilícito e, conseqüentemente, oferecer-se à ele para negociar a cessação do direito violado bem como a devida reparação, em estrito cumprimento do preceito, descrito *in verbis*:

1. Antes de tomar as contramedidas, o Estado lesado deverá:
 - a) requerer ao Estado responsável, de acordo com o artigo 43, que cumpra com suas obrigações em conformidade com a Parte Dois;
 - b) notificar o Estado responsável de qualquer decisão para tomar as contramedidas e oferecer para negociar com aquele Estado²⁹⁰.

Segundo a CDI²⁹¹, a regulamentação para o procedimento necessário para a adoção de contra-medidas foi inspirada na jurisprudência do caso *Air Services Agreement arbitration*, ocasião em que a Corte Internacional de Justiça entendeu que o princípio subjacente à obrigação de notificação é que, considerando a natureza excepcional e consequências potencialmente graves das contra-medidas, estas não devem ser tomadas sem que ao Estado violador seja dado aviso de sinistro e tenha oportunidade de rever a sua posição ante a proposta das contra-medidas. Até porque as notificações poderiam ser feitas visando aproximação de um Estado ao outro.

Como se vê, o referido dispositivo conota que, previamente à adoção de contra-medidas, o Estado vítima tem a obrigação de cumprir, com o que tem sido denominado de

²⁸⁹ Esta obrigatoriedade que o Estado lesado possui em invocar o Estado violador está em conformidade com o artigo 43 do Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, que insta preceito de cumprimento de suas obrigações ao abrigo da Parte Dois do citado diploma.

²⁹⁰ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 329.

²⁹¹ _____. *Idem*, p. 330.

sommation, por consistir em efetuar duas notificações cujos prazos não estão definidos, já que a relação temporal entre ambas não é rigorosa. Assim, o Estado violador pode ser notificado em prazos variados, mais ou menos próximos uns dos outros havendo inclusive a possibilidade de que ambas as notificações sejam feitas em simultâneo²⁹².

A primeira notificação que o Estado lesado está obrigado a fazer é aquela mencionada na alínea ‘a’ do parágrafo 1º e que consiste em cumprir com o disposto no art. 43, ou seja, que o Estado violador deve tomar conhecimento da imputação que lhe está sendo feita. A segunda, por sua vez, está ligada à necessidade de que o Estado violador tenha ciência de que o Estado vítima irá aplicar contra-medidas, bem como que este se ofereça para negociações.

A exigência de pré-notificação ao Estado violador é, na prática, muitas vezes cumprida mediante longas negociações prévias existentes antes de se atingir o ponto em que as contra-medidas são implementadas. Nestes casos, insta salientar, é bem provável que o Estado violador já terá sido notificado nos termos do art. 43 e, em razão disto, não terá de ser feita nova notificação pelo Estado lesado a fim de cumprir com o que determina o art. 52, parágrafo 1º, alínea ‘a’, restando então a notificação nos termos da alínea ‘b’²⁹³.

A função das notificações exigidas para que se cumpra a *sommation* é a de possibilitar que o Estado violador reconsidere a sua decisão e retorne à legalidade, bem como para que seja possível a realização do controle da legalidade das contra-medidas²⁹⁴.

Não obstante este segundo requisito, caberá ainda, ao Estado lesado, tomar medidas preventivas urgentes a fim de preservar seus direitos ameaçados. Trata-se dos termos do parágrafo 2, que assim prediz: “Sem desconsiderar a alínea ‘b’ do primeiro parágrafo, o Estado lesado pode valer-se de contra-medidas urgentes que sejam necessárias para preservar seus direitos”²⁹⁵.

²⁹² CRAWFORD, James. *Ob. Cit.*, 2001, p. 298.

²⁹³ _____. *Idem.*

²⁹⁴ BERDERMAN, David J. *Ob. Cit.*, 2002, p. 820.

²⁹⁵ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 329.

Nesta ocasião, o Estado lesado pode considerar algumas situações urgentes que instam sobrepor as contra-medidas antes mesmo de qualquer notificação da intenção de adotá-las. Essas contra-medidas urgentes, mostram-se necessárias para preservar os direitos lesados dos Estados violados, cujo Estado infrator esquiva-se de qualquer responsabilidade. Segundo *Bederman*, existem medidas (tais como o congelamento de bens) que apenas são efetivas quando houver o requisito de surpresa. Tais medidas podem ser tomadas dentro de um curto espaço de tempo, para que a notificação exigida pelo parágrafo 1 'b' possa frustrar os seus próprios fins²⁹⁶.

Além desta necessidade de notificação, que está relacionada com exigências de lealdade e transparência, o referido dispositivo exige, ainda, para que as contra-medidas sejam validamente adotadas, que o ato ilícito perdure e que o litígio não esteja em tribunal com poderes para o resolver. É o que consta no parágrafo 3º do artigo 52:

3. As contramedidas não podem ser tomadas, e se já tomadas devem ser suspensas sem atraso injustificado caso:
 - a) o ato internacionalmente ilícito tenha cessado, e
 - b) a disputa esteja pendente perante uma corte ou tribunal que tenha a autoridade para proferir decisões vinculantes para as partes²⁹⁷.

Nota-se, assim, que procedimentalmente, são necessários requisitos positivos e negativos para que seja possível a implementação válida de contra-medidas. Trata-se do requisito positivo, vale dizer, é a fraca hipótese de se aplicar as contra-medidas se o ato internacionalmente ilícito já tiver sido cessado. Por óbvio, com a perda do objeto, perde-se o direito de reclamá-lo, motivo pelo qual, acaso sobrevierem as contra-medidas, deverão ser suspensas. Contudo, este requisito não se aplica no caso de o Estado violador, à modo e tempo, não implementar os procedimentos de resolução de litígios, motivo pelo qual as contra-medidas puderam ser retomadas²⁹⁸.

Com relação aos requisitos negativos, atenta-se dois fatores. O primeiro, está relacionado ao prazo necessário para a suspensão das contra-medidas. Como bem indica a redação do dispositivo, assim que ocorrer um dos fatos nele enumerados, o Estado que instituiu as contra-medidas tem de suspendê-las. Ocorre que não se pode tomar isto ao pé

²⁹⁶ BERDERMAN, David J. *Ob. Cit.*, 2002, p. 820.

²⁹⁷ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 329.

²⁹⁸ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 28.

da letra na medida em que, pela razoabilidade, deve-se entender que é admitido um lapso de tempo - o menor possível, como é óbvio - necessário para que as medidas sejam suspensas. Assim, deve-se compreender o mencionado dispositivo com certa tolerância²⁹⁹.

O segundo fator diz respeito à expressão “*pendente ante um tribunal ou corte*” mencionada na alínea ‘b’, do parágrafo 3º. A menção ‘corte ou tribunal’ induz o ditame que a lide existe e está em tribunal com posição para lidar com o caso, independente da nomenclatura utilizada. Nestas circunstâncias, ao entendimento do citado preceito, fica obstado o acesso às contra-medidas sempre que houver um terceiro com poderes jurisdicionais para solucionar o litígio³⁰⁰.

Melhor dizendo, não basta que exista um procedimento entre as partes que visa resolver controvérsias; para que se cumpra a dita condição, a controvérsia deverá estar submetida a uma corte ou tribunal constituído, cujo assunto submetido esteja sob sua jurisdição. Afasta-se, com isso, a possibilidade de órgãos políticos, como o Conselho de Segurança, interferirem no caso em análise.

Isso porque, quando uma controvérsia é submetida a uma corte ou tribunal que tem a autoridade para decidir a causa com efeito vinculante para as partes, em tal caso, pelo fato de o procedimento de solução de controvérsias estar sendo implementado em boa-fé, a ação unilateral por meio de medidas preventivas não se justifica³⁰¹.

O fato de a corte ou o tribunal possuírem jurisdição sobre o assunto diz respeito também ao poder de ordenar medidas provisórias, característica natural das regras dos órgãos jurisdicionais³⁰². A lógica por trás do parágrafo 3º, nessa circunstância, é a de justamente acreditar que, uma vez que as partes se submetem uma disputa a tal órgão jurisdicional de resolução, o Estado lesado pode solicitá-lo a ordenar medidas provisórias para proteger os seus direitos que estão sendo ameaçados ou violados. Esse pedido, desde que o tribunal esteja disponível a ouvi-lo, irá realizar uma função essencialmente

²⁹⁹ CRAWFORD, James. *Ob. Cit.*, 2001, p. 298.

³⁰⁰ CRAWFORD, James. *Ob. Cit.*, 2001, p. 136-137.

³⁰¹ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 28.

³⁰² São nestes termos que dispõe o parágrafo 5º do artigo 290 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, previsto no Tribunal Internacional do Direito do Mar - ITLOS em jurisprudência para lidar com os pedidos de medidas provisórias.

equivalente ao de contra-medidas. Desde que essa ordem seja cumprida, as contra-medidas não terão lugar enquanto se aguarda a decisão do tribunal³⁰³.

Uma última consideração deve ainda ser feita a respeito da aplicabilidade processual das contra-medidas. Trata-se de uma condição para a suspensão de medidas preventivas nos termos do parágrafo 4º do artigo 52, que prescreve que “O parágrafo 3º não se aplicará se o Estado responsável pelo ilícito falhar ao implementar os procedimentos de solução da controvérsia de boa-fé”³⁰⁴.

Compreende várias possibilidades, que vão desde uma recusa inicial de cooperar no processo, por exemplo, por falta de comparência, através do não-cumprimento de uma ordem de medidas provisórias, se é ou não é formalmente vinculativo, através de recusa em aceitar a decisão final do órgão jurisdicional. Este parágrafo também se aplica a situações em que um Estado-parte não coopera no estabelecimento do tribunal competente ou não comparece perante o tribunal, uma vez à ele incubido o direito. Sob as circunstâncias do parágrafo 4º, as limitações para a tomada de medidas preventivas nos termos do parágrafo 3º não são aplicáveis, o que em outras palavras significa dizer que, em tais circunstâncias, as contra-medidas poderão ser adotadas e/ou retomadas pelo Estado lesado.

2.5.1.4 Formas de atuação

Diferentemente com o que ocorre no Estado, no qual os cidadãos transferem à certos órgãos estatais o monopólio da coerção para sancionar a quem infringe o direito, na sociedade internacional de Estados soberanos não existe um órgão superior capaz de assegurar coercitivamente a aplicação do DI, de modo que a possibilidade de se adotar medidas coercitivas frente a um ou mais Estados se dá de caráter individual, cabendo ao Estado lesado pelo ato ilícito o total interesse de aplicar tais medidas³⁰⁵.

³⁰³ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 331.

³⁰⁴ _____. *Idem*, p. 329.

³⁰⁵ SANTA MARIA, Paz Andrés Sáenz de. *Sistema de Derecho Internacional Público*. Navarra: Civitas, 2011, p. 276.

Esse enredo foi interpretado pela Corte Internacional de Justiça quando proferiu sentença arbitral em 1978 relativa ao assunto *Air Services Agreement arbitration* que, ao analisar a interpretação do acordo aéreo de 27 de março de 1946, havido entre França e Estados Unidos, resultou em declarar o seguinte:

No estado atual do direito internacional geral, cada Estado aprecia por si mesmo a sua situação jurídica em relação aos outros Estados. Na existência de uma situação que comporta, em sua opinião, a uma violação de uma obrigação internacional por outro Estado, tem direito, sujeito às regras gerais de Direito Internacional relativas ao uso de força, de fazer-se respeitar seu direito através de contra-medidas³⁰⁶.

Nas palavras de *M. Reisman*, o que se constata é que a Corte Internacional de Justiça, ao proferir a decisão supracitada, entendeu que o próprio Estado lesado poderia aplicar sanções contra prática de ato internacionalmente ilícito, como forma de estratégia para a defesa da ordem pública³⁰⁷.

Em atenção à esse exercício, entendeu-se então que essas medidas são uma forma de manifestação de autotutela ou auto-proteção havida entre um Estado lesado na defesa de seu próprio direito quando este se mostrou afligido por outro ou outros Estados. Essa forma de reação, válida como resposta ao ato internacionalmente ilícito advindo do Estado violador se contempla como modo de fazer efetiva a responsabilidade internacional do Estado, desde que juridicamente válida³⁰⁸.

A necesssidade de se assegurar a legalidade desta reação unilateral do Estado lesado, salvaguardadas as condições e os limites impostos pelo *Draft*, melhor se coaduma quando adotadas, fundamentalmente, algumas dessas formas: contra-medidas baseadas na reciprocidade e contra-medidas que contituem represálias. Vejamo-las.

³⁰⁶ UN. **Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France (USA v France, 1948)**. *Reports of International Arbitral Awards*. New York: United Nations, 1963, Vol. XVI pp. 5-74.

³⁰⁷ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James e REISMAN, William Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*. Ed. Kluwer Law Internacional, 2005, p. 727.

³⁰⁸ SANTA MARIA, Paz Andrés Sáenz de. *Ob. Cit.*, 2011, p. 276.

i. Contra-medidas baseadas na reciprocidade:

Uma medida de reação adotada por um Estado que se estima ilicitamente lesado, frente àquele que se considera responsável pela afronta ao seu direito, para manter entre ambos o equilíbrio de interesses e a equivalência das respectivas situações dentro das relações que os vinculam juridicamente, é uma medida baseada na reciprocidade³⁰⁹.

Trata-se, portanto, de medidas de direito primário, e não secundário, haja vista que não se adotam frente ao incumprimento de obrigações incluídas na situação de responsabilidade por violação de obrigações primárias. São atos praticados pelo Estado lesado, no exercício perfeito de sua soberania, que pode colocar o Estado violador em situação desvantajosa ou prejudicar, de certo modo, os interesses dos nacionais desse Estado infrator, sem que isso importe em violação manifesta do DI. O Estado lesado pode então, recorrer à *retorsão*, aplicando àquele, tratamento análogo ou idêntico³¹⁰.

À respeito, o artigo 8º dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado estabelece expressamente que “o Estado lesado poderá, como medida de reciprocidade, suspender o cumprimento de suas obrigações para com o Estado que cometeu o ato internacionalmente ilícito, se tais obrigações correspondem à obrigação violada ou estão diretamente relacionadas com ela”³¹¹.

O mecanismo da reciprocidade possui um influente alcance no ordenamento jurídico internacional e, conforme entendimento de alguns doutrinadores, as medidas baseadas na reciprocidade são medidas lícitas em si mesmas, de modo a não se enquadrarem como sendo uma das formas de atuação das contra-medidas. Não obstante, o MM. Relator Sr. W. Riphagen³¹², a incluiu dentro das formas de contra-medidas.

Por ser um ato recíproco, o ato resposta ao ilícito, que suspende em reciprocidade o cumprimento das obrigações havidas com o Estado violador deverá ser da mesma

³⁰⁹ MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed. Trotta, 1999, p. 497.

³¹⁰ ACCIOLY, Hildebrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Ob. Cit.*, 2002, p. 436.

³¹¹ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 70.

³¹² UN. **Document A/CN.4/330: Preliminary Report on the content, forms and degrees of international responsibility, by Mr. Willian Riphagen, Special Rapporteur.** *In Yearbook of International Law Commission*, Vol. II, Parte I. New York: United Nations, 1980.

natureza que o ato originário, ou ao menos, conduzir a resultados plenamente equivalentes ao ato reagido, resguardando o princípio da proporcionalidade à busca do *status quo ante*³¹³.

De outra vértice, essa forma de aplicação de contra-medidas cabe ainda ser adotada quando está em marcha um procedimento para solução pacífica de uma controvérsia entre os Estados conflitantes, como se depreende da sentença arbitral supracitada, o que significa dizer que não é necessário esgotar, antes de utilizar-se de contra-medidas recíprocas, os procedimentos de solução pacífica de controvérsias que as partes deverão recorrer para solucioná-las em torno do surgimento da responsabilidade e do cumprimento pelo responsável pelo ilícito de suas novas obrigações. Isso as difere das contra-medias que constituem represálias³¹⁴.

Tal fato se vê, com certa frequência, sendo aplicado no âmbito das relações econômicas internacionais. Também pode compreender a interrupção de eventual assistência financeira e das relações comerciais, proibição, pelo Estado lesado, que os navios do Estado violador entrem por seus portos, aumento exagerado de direitos alfandegários, imposição de restrições de viagens ou negação de vistos para seus cidadãos, a suspensão da ajuda externa, restrições ou interrupções comerciais que não sejam contrárias às obrigações do Tratado, expulsão de jornalistas ou diplomatas de seu território, ou a exibição de forças navais perto das águas de um Estado hostil são alguns exemplos dessa possibilidade³¹⁵.

Tais medidas merecem respaldo dada a mundialização de índole econômica, já que envolvem modificação nos intercâmbios sociais, econômicos e financeiros entre o Estado que as adota em face daquele contra qual se dirigem³¹⁶.

Para alguns internacionalistas, a retorsão é um expediente reprovável porque faz o Estado lesado aplicar uma regra de direito que ele julga má, tanto que se esforça para dela

³¹³ MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Ob. Cit.*, 1999, p. 498.

³¹⁴ UN. *Ob. Cit.*, 1995, p. 109.

³¹⁵ DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Ob. Cit.*, 2002, p. 957. Com a ressalva de que, para esses doutrinadores, há de se considerar o embargo comercial como sendo uma das maneiras de se praticar a retorsão.

³¹⁶ _____. *Idem*.

isentar seus nacionais. Esse meio de resolução de controvérsias pode ter efeito dúbio, pois tanto pode fazer cessar o ato que o originou, quanto gerar outras atitudes agressivas³¹⁷.

Em todo caso, nem sempre uma medida baseada na reciprocidade é claramente distinguível de uma medida que constitui represália ou mesmo de uma simples aplicação restritiva de uma determinada norma internacional. Además, para que sua aplicação seja validamente eficaz, vale lembrar que imprescindível é o cumprimento das obrigações estabelecidas pelas normas imperativas de DI, quiçá não poderão ser suspensas em qualquer que seja a hipótese³¹⁸.

ii. Contra-medidas que constituem represálias:

Represálias “são medidas retaliativas em relação ao Estado violador dos direitos de outro Estado³¹⁹”. O Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Paris, em 1934, definiu esse meio coercitivo do seguinte modo:

As represálias são medidas coercitivas, derogatórias das regras ordinárias do direito das gentes, tomadas por um Estado em consequência de atos ilícitos praticados, em seu prejuízo, por outro Estado e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito do direito³²⁰.

As represálias, tomadas pelos Estados lesados ilicitamente contra outros Estados que presumidos responsáveis pelo ato ilícito, tem sido a forma de resposta mais tradicional às violações do DI e seguem cumprindo, dentro dos limites que adiante se demonstrará, uma importante função inclusa posteriormente à adoção da Carta das Nações Unidas³²¹.

Como sabido, as represálias são medidas, a princípio, ilícitas, que se tornam legítimas por serem forma de reação a uma violação do direito subjetivo em sentido estrito. São medidas estritamente coercitivas direcionadas à um Estado cometedor de um ato ilícito, cuja finalidade principal é forçá-lo a cumprir as obrigações avençadas com o Estado

³¹⁷ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*, 1997, p. 334

³¹⁸ MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Ob. Cit.*, 1999, p. 498.

³¹⁹ HUSEK, Carlos Roberto. *Direito Internacional Público*. 11ª Edição. LTR Editora, 2012, p. 228.

³²⁰ ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Ob. Cit.*, 2002, p. 454.

³²¹ _____. *Idem*.

lesado, não de modo a castigá-lo por incumprimento do DI, mas sim, induzindo-o a restabelecer a legalidade³²².

Convém resaltar que, para que uma medida em represália seja legítima, antes de sua adoção, deverá ser esgotado todos os meios diplomáticos para resolução pacífica da controvérsia internacional que se deva recorrer para obtenção da reparação, particularmente as negociações diplomáticas. À essa exigência, não cabe exceção, de modo a resguardar o perigo e a paz internacional sem que se coloque em perigo a segurança e a justiça internacional³²³.

Não obstante, quando o litígio chega a um ponto extremo em que não é mais possível diálogo entre as partes interessadas, tendo sido frustradas todas as tentativas amigáveis, e as negociações não resultarem êxito, poderá o Estado lesado “perquirir a retirada de toda missão diplomática do Estado violador e a ordem de retorno dos representantes desse Estado acreditados no território do outro país, promovendo o corte das relações amigáveis, com possíveis conseqüências comerciais e políticas”³²⁴.

A *ruptura de relações diplomáticas*³²⁵ ou cessação temporária das relações oficiais entre os dois Estados, neste caso, pode ser empregada pelo Estado lesado como sinal de protesto por estimar que a conduta do Estado violador contraria normas do DI e lesiona seus interesses³²⁶.

Geralmente é ato unilateral e discricionário, porém, será obrigatório quando houver uma resolução internacional neste sentido. Apesar do rompimento, os governos podem continuar a manter relações por meio de outros meios, podendo sê-lo através de um Estado terceiro, chamado de potência protetora, que passa a representar os interesses do Estado com o qual foram rompidas as relações. A inviolabilidade dos locais da missão é

³²² CAMPOS, Julio D. González & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 446.

³²³ UN. *Ob. Cit.*, 1995, p. 111.

³²⁴ HUSEK, Carlos Roberto. *Ob. Cit.*, 2012, p. 229.

³²⁵ Tal como a boicotagem, a ruptura nas relações diplomáticas está prevista no artigo 41 da Carta das Nações Unidas, como uma das medidas que podem ser recomendadas pelo Conselho de Segurança para a aceitação de suas decisões, em caso de ameaça contra a paz internacional.

³²⁶ CAMPOS, Julio D. González & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 446.

mantida, assim como a imunidade dos agentes diplomáticos. Essa ruptura não implica, necessariamente, no rompimento de relações consulares e econômicas³²⁷.

Tal qual o rompimento das relações diplomáticas, os *acts short of war* também constituem forma de represália e podem afetar a interferência nas relações comerciais com o Estado considerado ofensor, sem que ocasionem danos à terceiros. É o que ocorre quando o Estado lesado suspernder as exportações contra o Estado violador, provocando o *embargo* econômico de mercadorias, bem como as importações, corroborando ao *boicot*³²⁸ daquele contra este último³²⁹.

Alguns internacionalistas condenam esse meio coercitivo, por interpretarem que, muitas vezes, atinge-se apenas simples particulares sem colaborar para o fim dos conflitos³³⁰.

Embora seja um meio muito pouco utilizado atualmente, sendo, também muito criticado pela doutrina, o *bloqueio pacífico* constitui outra forma de represália. Consiste em impedir, por meio de força armada, as comunicações do Estado violador com os demais membros da sociedade internacional, objetivando obrigar a Nação coagida a proceder de forma lícita o ato ilícito por ela incitado. Não obstante ser raras vezes utilizado pelos Estados sobreanos, trata-se de um dos meios de que o Conselho de Segurança das Nações Unidas pode recorrer para obrigar determinado Estado a proceder de acordo com a Carta³³¹.

Esse tipo de represália, tal como como as demias contra-medidas que constituem represálias, antes de ser utilizada, o Estado lesado precisa satisfazer algumas condições: o bloqueio pacífico só poderá ser empregado após o fracasso das negociações; que seja efetivo; com notificação oficial prévia; sendo obrigatório somente entre os navios dos

³²⁷ SANTA MARIA, Paz Andrés Sáenz de. *Ob. Cit.*, 2011, p. 280.

³²⁸ A Carta da ONU, em seu artigo 41, prevê a boicotagem como uma das medidas a serem tomadas para tornar efetivas as decisões do Conselho de Segurança.

³²⁹ CAMPOS, Julio D. González & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 448.

³³⁰ RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 16ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 571.

³³¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Ob. Cit.*, 2012, p. 232.

Estados em litígio, e não para terceiros; e, os navios apreendidos no litígio devem ser devolvidos após o bloqueio³³².

2.5.2 Contra-Medidas adotadas por Estados distintos do Estado lesado

Até agora falava-se sobre o direito de contra-medidas tomadas pelo Estado lesado que, contra o Estado responsável pelo ilícito, pretendia induzi-lo a cumprir as suas obrigações de cessação e reparação. No entanto, o Estado "ferido", conforme definido no artigo 42 do *Draft*, não é o único Estado com direito de invocar a responsabilidade de um Estado para um ato internacionalmente ilícito. Conforme consta no artigo 48 deste mesmo diploma internacional, há um permissivo legal para tal invocação a partir de qualquer outro Estado não lesado diretamente, mas desde que igualmente o Estado lesado, também tenha sido vítima da violação de uma obrigação perante a comunidade internacional como um todo. Neste caso, e sob tais circunstâncias, à esses Estados terceiros também pode-se exigir cessação e desempenho nos interesses dos beneficiários da obrigação violada³³³.

Assim reza o art. 54 dos Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado, tratando das medidas tomadas pelos Estados que não sejam o lesado:

Este Capítulo não prejudica o direito de qualquer Estado, apto, de acordo com o art. 48, parágrafo 1º, de invocar a responsabilidade de outro Estado para tomar medidas lícitas contra o Estado a fim de assegurar a cessação da violação e a reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada³³⁴.

Deste modo, no que diz respeito às obrigações referidas no artigo 48, esses Estados terceiros são reconhecidos como tendo um interesse jurídico em conformidade com o Estado lesado. Não obstante tal possibilidade estar inserida no ordenamento, a questão que ainda é embrionária no DI, é saber justamente até que ponto estes terceiros Estados podem legitimamente reivindicar o direito de reagir contra violações impunes, já que o ditame supracitado não preceitua expressamente a hipótese de contra-medidas.

³³² ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Ob. Cit.*, 2002, p. 439.

³³³ BARBOZA, Julio. *Ob. Cit.*, 2003, p. 38.

³³⁴ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 334.

É vital para este fim distinguir as medidas individuais que são tomadas por um Estado ou por um grupo de Estados, cada um atuando em sua capacidade individual e por meio de seus próprios Órgãos, de um lado, e as reações institucionais no quadro de Organizações de Cooperação Internacional, por outro³³⁵.

Como sabido, o DI contemporâneo consagrou a proibição da ameaça e uso de força armada, conforme elucidado pelo artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações. Para assegurar e dar cumprimento a esse preceito, necessário se fez criar um organismo internacional que fosse dotado de poderes para manter a paz e a seguridade internacional. Trata-se do Conselho de Segurança da ONU, que cuida de considerar ilícita todas as medidas de autotutela que impliquem a ameaça e uso da força armada, incluindo as represalias armadas³³⁶.

Notadamente, quanto a aplicabilidade ou adoção das medidas de autotutela, é certo que seu caráter individual apresenta um certo risco, dado que é cada Estado que aprecia, por si mesmo, a existência de um ilícito e então, reage frente o mesmo. Esse caráter individual, que por sua própria natureza convém, a princípio, somente ao Estado lesado provocar a reação ao ilícito, acabou por entrar em contradição tendo a possibilidade de outros Estados terceiros também serem atingidos pela violação do ato internacionalmente ilícito³³⁷.

Além disso, deve-se levar em consideração também, o fato de as contra-medidas poderem ser tomadas por organismos internacionais, tendo em vista a participação dos Estados em Organizações Internacionais, tal qual a ONU, haja vista que é este último o organismo responsável em apreciar a existência de violação de uma obrigação e, em sendo caso afirmativo, poder ela mesma adotar sanções de caráter coletivo, que expressam a reação dos Estados-Membros frente ao Estado que infringiu o DI³³⁸.

³³⁵ Neste sentido: AKEHURST, M. *Reprisals by third States*. BYBIL, 1970, vol. 44, p. 1; CHAMEY, J.I. *Third State Remedies in International Law*, Michigan Journal of International Law, 1989, vol. 10, nº. 1, p. 57; SIMMA, B. *From bilateralism to community interest in international law*. Haia: Collected Courses VI, 1997, vol. 250, p 217, e FROWEIN, J.A. *Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law*. Dordrech: Collected Courses VI, 1995, vol. 248, p. 345.

³³⁶ CAMPOS, Julio D. Gonzáles & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 444.

³³⁷ SANTA MARIA, Paz Andrés Sàens de. *Ob. Cit.*, 2011, p. 278.

³³⁸ CAMPOS, Julio D. Gonzáles & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 444.

Não obstante, a contradição ora existente é meramente aparente. A contemporaneidade das jurisprudências tem assentado que a autoridade das Organizações Internacionais não substitui a sociedade dos Estados soberanos, mas sim, coexiste com esta; enquanto um ente é o agente do direito, o outro figura como regulador deste direito. Por outro lado, à este aspecto, enquanto cabe à ONU sancionar somente comportamentos graves, as medidas de autotutela possuem um alcance mais amplo, como reação frente à vulneração de qualquer obrigação internacional³³⁹.

Deste modo, no DI atual coexistem as medidas de autotutela, ou contra-medidas de caráter individual, com as sanções coletivas que podem ser adotadas pelas Organizações Internacionais. A legitimidade das primeiras corrobora com a atenção dada aos artigos 22, 49 a 53 do Projeto dos Artigos da CDI de 2001, sobre responsabilidade internacional dos Estados, postos a estabelecer as circunstâncias excludentes de ilicitude, conquanto que àquelas foram estabelecidas pelo Projeto sobre a responsabilidade das Organizações Internacionais de 2011.

Com o acréscimo dessa questão ao Projeto de Artigos, a CDI tem mantido a regulamentação para os Estados, estabelecendo que suas disposições não prejudicam o direito dos Estados terceiros, sobretudo nos casos de violação de obrigação coletiva para com a comunidade internacional como um todo, podendo-se adotar contra-medidas face o Estado ou Organização Internacional autores da violação³⁴⁰.

Do contrário, os artigos não cobrem o caso em que a ação é tomada por uma Organização Internacional, embora seus Estados-Membros possam dirigir ou controlar seu comportamento³⁴¹, contemplando, exclusivamente, as medidas individuais tomada pelo

³³⁹ CAMPOS, Julio D. Gonzáles & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2008, p. 445.

³⁴⁰ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Ob. Cit.* 2012, p. 33. Acrescenta-se à esta nota um dos vários casos em que os Estados terceiros prejudicados reagiram contra àquele que foi acusado de ter incumprido as obrigações referidas no artigo 48: *Ações coletivas contra o Iraque* – havida aos 2 de agosto de 1990, quando tropas iraquianas invadiram e ocuparam o Kuwait, o Conselho de Segurança da ONU condenou imediatamente a invasão. Por essa razão, membros da Comunidade Europeia e os Estados Unidos adotaram embargos comerciais e decidiram congelar os bens do Iraque em seus territórios. Esta ação foi tomada em contra-medidas em resposta direta à invasão do Iraque, com o consentimento do Governo do Kuwait. (v. President Bush's Executive Orders of 2 August 1990. *AJIL*, vol 84, nº 4, pp. 903–905)

³⁴¹ UN. *Ob. Cit.*, 2012, p. 335.

Estado lesado ou grupo de Estados desde que cada um atue em sua capacidade individual e mediante seus próprios órgãos³⁴².

A prática sobre o assunto é limitada, escassa e bastante embrionária, a tal ponto que, mesmo diante de tais ditames, e com toda probabilidade de defender a tomada de medidas preventivas pelas Organizações Internacionais em casos de flagrante violações sistemáticas de normas de importância fundamental para a comunidade internacional em seu todo, de modo que, por conveniência parecia razoável regular *lege ferenda* nesta possibilidade, não parece haver nenhum direito claramente reconhecido e o estado atual do DI sobre as contra-medidas tomadas em interesse geral ou coletivo ainda é incerto³⁴³.

Como se deve, então, valorar ou entender juridicamente que esse acerto de que a ‘ausência de prática’ não pode levar a conclusão de que a adoção de contra-medidas por sujeitos terceiros – diga-se de passagem, Organização Internacional – seria inadmissível?³⁴⁴

Por conseguinte, não é oportuno incluir no presente artigo uma disposição relativa à questão de saber se outros Estados, identificados no artigo 48, estão autorizados a tomar contra-medidas, a fim de induzir o Estado responsável pelo ilícito em cumprir as suas obrigações. Em vez disso, o capítulo II do *draft* inclui uma cláusula de salvaguarda³⁴⁵ que se reserva a posição e deixa a resolução da questão para o desenvolvimento e amadurecimento do DI³⁴⁶.

O artigo 54 prevê, assim, que o capítulo sobre contra-medidas não prejudica o direito de qualquer Estado, nos termos do artigo 48, parágrafo 1º, de invocar a responsabilidade de outro Estado, a tomar medidas legais contra o Estado responsável pelo

³⁴² SANTA MARIA, Paz Andrés Sàens de. *Ob. Cit.*, 2011, p. 279.

³⁴³ BROTONS, Antonio Remiro. *Ob. Cit.*, 2010, p. 453.

³⁴⁴ ESPADA, Cesáreo Gutiérrez & OUTRO. *Ob. Cit.* 2012, p. 592.

³⁴⁵ A ‘cláusula de salvaguarda’ proposta pelo Reino Unido, tratou de substituir o intento da CDI em oferecer de *lege ferenda* uma regulação que visasse um equilíbrio entre a conveniência no desenvolver demasiado progressivo da Responsabilidade do Estado no Direito Internacional e a necessidade de assumir que as consequências da violação de obrigações multilaterais – especialmente da comunidade internacional em seu todo - não podem ser as mesmas que as que se derivam de uma obrigação bilateral, substituindo esse intento pela ‘cláusula de salvaguarda’.

³⁴⁶ CRAWFORD, James Richard & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2001, p. 982.

ilícito para assegurar a cessação da violação e consequente reparação do interesse do Estado lesado ou os beneficiários da obrigação violada. O artigo menciona "medidas legais" em vez de "contra-medidas", de modo a não prejudicar qualquer posição sobre as medidas tomadas pelos Estados terceiros que não o Estado lesado em resposta a incumprimento de obrigações para a proteção do interesse coletivo ou aqueles devidos à comunidade internacional como um todo³⁴⁷.

É claro que, como todos os outros aspectos das contra-medidas, não incube ao Estado terceiro a preocupação com as questões que envolvem o uso da força armada ou questões outras contrárias à Carta das Nações Unidas, cujas soluções estão regidas pelas normas primárias de DI. À este último recai apenas o direito de fazer cessar um ato ilícito advindo do Estado violador que, embora seja direcionado em afetar o Estado lesado, também o atinge.

³⁴⁷ CRAWFORD, James Richard & OUTROS. *Ob. Cit.*, 2001, p. 982.

CONCLUSÃO

Durante muitos anos, as relações internacionais entre Estados soberanos se desenvolveram em um contexto de ausência de instituições centrais capazes de impor coercitivamente, quando aplicável, o cumprimento da lei a seus principais sujeitos, os Estados, que por sua vez autoprotégiam seus direitos e até mesmo os seus meros interesses, empregando os procedimentos que consideravam mais adequados para os seus fins. Não foram raros os casos que esse procedimento levou-os a violar princípios do direito internacional, já que, a fim de defender seus direitos e interesses, violavam os direitos de outrem com a implicação de ameaças e do recurso a força armada.

Não obstante, naquela época mais remota, a sociedade internacional estava carente de parâmetro e princípios que embasassem as relações entre Nações. Muitas foram as tentativas de se chegar a um embasamento intelectual e doutrinal para melhor fluir esse relacionamento. O nascimento do direito internacional, juntamente com sua evolução se deu graças à compilação de ideais e contributos de cada pensador e jurista, desde Francisco de Vitória à Emerich de Vattel, até o momento em que Hugo de Grotius ousa em apresentar os princípios racionais elementares que conduzem a sociedade, que por sua vez, estendeu-se à sociedade internacional, dentre eles, abster-se do alheio, restituição de bens e vantagens que advém de posse injusta, obrigação de cumprir as promessas, a reparação dos danos causados com culpa e o merecimento das penas entre os homens.

Traçado esse preceito, extrai-se que desta compilação de princípios, além de fazer nascer o direito internacional propriamente dito, daí subvieram ramos do direito internacional, dentre eles a responsabilidade internacional, já que a reparação de danos implica em responsabilidade o ente que violou um princípio basilar que deveria ser respeitado.

O estudo do surgimento da responsabilidade internacional do Estado dentro do direito internacional aponta o nascimento de uma nova concepção de soberania, não mais se entendendo como um poder absoluto da mais alta autoridade, mas como aquela autoridade autônoma em comum acordo com as obrigações internacionais derivadas da

Comunidade Internacional que um Estado voluntariamente aceita pertencer e deve respeitar.

A evolução histórica mostra que, embora se buscasse constantemente o respeito entre direitos e a paz entre Nações, guerras e mais guerras, pelos mais variados motivos sobrevieram. Contudo, mesmo que em ambientes nada favoráveis, cada uma delas serviu de aprimoramento, amadurecimento e para o desenvolvimento do direito internacional.

Após inúmeras tentativas e acordos de paz entre Nações e Estados soberanos, somente após a Primeira Guerra Mundial foi dado início a um processo que, na perspectiva de por fim à ameaça e ao uso da força armada na resolução de controversias entre Estados, tentou-se limitar o emprego do uso de força.

Tal se viu com o advento da jurisprudência arbitral do caso *Nauliaa*, conflito cintilado entre Alemanha e Portugal, cuja resolução foi considerada, por muitos internacionalistas, como sendo o embrião das contra-medidas no âmbito jurisdicional do direito internacional, já que foi a partir deste caso que o Tribunal impulsionou importantes precedentes como sendo suas condições de aplicabilidade, os quais serviram de princípios basilares para os demais casos.

Nem por isso a paz reinou entre as Nações. Como sabido, sobreveio a Segunda Guerra Mundial, e com ela, a fim de se estabelecer maior segurança no ordenamento internacional, como consequência, adveio a Carta das Nações, que por sua vez, permeou a criação da Organização das Nações Unidas, de modo a estabelecer um autêntico sistema de seguridade coletiva, que se apoiava em duas colunas principais: por um lado, a proibição do emprego unilateral do uso de força armada nas relações internacionais, salvo em genuína e estrita legítima defesa, e por outro lado, o estabelecimento de um dispositivo de reação institucional contra o Estado que viola norma internacional.

Este novo sistema veio a substituir o antigo regime baseado na autotutela do direito internacional clássico. A nova relação que surge após o fato internacionalmente ilícito é uma relação Estado-Estado em virtude da comunidade internacional a qual pertence. A violação das obrigações internacionais leva a responsabilização internacional

como consequência do surgimento de uma nova obrigação de reparação, que deve ser vista como de caráter compensatório e não punitivo. A ameaça e o ataque armado tomados em resposta à um ato ilícito foram rejeitados; somente em caso de legítima defesa como resposta a um ataque armado justifica o emprego unilateral da força militar pelos Estados e, em todo caso, unicamente até o momento em que o Conselho de Segurança adote as medidas adequadas para a manutenção e preservação da paz.

Tais novidades ensejaram a Comissão de Direito Internacional a realizar, em 1996, a primeira leitura de um Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos, e em 2001 a adoção do projeto definitivo de artigos acerca da responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos.

No contexto desse projeto de artigos, foi inserido as circunstâncias que excludentes de ilicitude, levando-se em consideração que ao ato internacionalmente ilícito, existem fatores que eliminam a antijuridicidade do ato.

Pela análise da regulamentação das contra-medidas realizada pela Comissão de Direito Internacional nos Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, fica claro que uma das preocupações que esta teve em mente foi sempre a possibilidade de que esta forma de *self-help*, reconhecida como necessária para assegurar a efetividade das obrigações internacionais numa comunidade internacional como é a atual, pudesse dar ensejo a abusos.

Assim, em razão disso é que se optou, influenciada pela jurisprudência internacional sobre o assunto, por efetuar uma regulamentação precisa de maneira a assegurar a previsibilidade por meio de condições de aplicação e da constituição de limitações substantivas, temporais e procedimentais para a adoção de contra-medidas.

Assim, se o autor do ilícito, uma vez invocada formalmente sua responsabilidade, nega-se a admiti-la, o direito internacional proporciona ao Estado lesado, instrumentos jurídicos capazes de exercer a coação suficiente para que seus direitos lesados sejam respeitados e se restabeçam, pacificamente, isto é, sem a ameaça ou o emprego do uso da força armada, como modo de fazer efetiva a responsabilidade.

Embora as contra-medidas sejam uma forma de reação que por si só são contrárias aos embasamentos e normas do direito internacional, estas se justificam por serem medidas preventivas pacíficas que têm escopo de fazer efetivo o direito violado, medidas estas que podem ser adotadas tanto pelo Estado diretamente atingido pelo ato ilícito, quanto pelos Estados terceiros que também sofrem com a violação do direito advinda do Estado responsável pelo ilícito.

O direito internacional recorre a esta figura, dentre as demais, com o cuidado de manter um equilíbrio entre sua aceitação e a conveniência de evitar abusos em sua aplicação. Não obstante, sabe-se que, com a constante evolução do direito, dado entendimentos jurisprudenciais e doutrinários de casos novos que surgem das relações internacionais, o aumento da complexidade dos compromissos entre sujeitos de direito internacional, assim como progressos técnicos-científicos que vive e na atualidade, impõe intensificação dos esforços na regulamentação apropriada dos problemas surgidos pela responsabilidade internacional dos Estados, de maneira que se assegure mais firmemente o respeito pelos princípios e normas do direito internacional, bem como das obrigações assumidas.

Inovações e novas imposições de meios pacíficos de resolução de controversias podem ocorrer. Espera-se, porém, que essa mesma ordem seja, pelo menos, suficiente para garantir um mínimo de segurança e cada vez mais respeito nas relações internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: IBGE, 1956.

_____ & OUTRO. *Manual de Direito Internacional Público*. 12ª Edição. Ed. Saraiva: 2002.

AKEHURST, M. *Reprisals by third States*. London: British Year Book of International Law, Vol. 44, 1970.

ALLAND, Denis. *Countermeasures of General Interest*. In *European journal of International Law*, Vol. 13 n.º 5, 2002.

_____. *The Definition of Countermeasures in The Law of International Responsibility*. Edited by James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2003.

ANZILOTTI, Dionísio. *Cours de Droit International*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 1999.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *Counter-measures and Amicable Dispute Settlement Means in the Implementation of State Responsibility: A Crucial Issue before the International Law Commission*. *European Journal of International Law*, Vol. 5, 1994.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

ARIMA, Yuichi. *The Way to Pearl Harbor: U.S. vs Japan*. The American University: ICE Case Studies n.º 118, Dezembro, 2003.

AZUBUIKE, Eustace Chikere. *Article: Probing the Scope of Self Defense in International Law*. *Annual Survey of International & Comparative Law Golden Gate University School of Law*, Vol. 17, 2011.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*. Coimbra: Almedina, 2003.

BARBOZA, Julio. *Contramedidas na recente codificação da responsabilidade do Estado: fronteiras com a Legítima Defesa e Estado de Necessidade*. *Anuário Argentino de Direito Internacional*, n.º 12. Cordoba, 2003.

BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. *Hugo Grotius e as Relações Internacionais: entre o direito e a guerra*. Cadernos de Ética e Filosofia Política, nº 15, 2009.

BEDERMAN, David J. *Counterintuiting Countermeasures*. American Journal of International Law, Vol. 96, nº. 4, 2002.

BERLIA, Georges. *Le président Jules Basdevant*. Persee Revues Scientifiques, Vol. 33, nº. 1, 1968.

BERMEJO GARCIA, Romualdo. *El marco jurídico internacional en matéria de uso de la fuerza: ambigüidades y limites*. Navarra: Civitas, 1993.

BODANSKY, Daniel; CROOK, John R.. *Symposium: The ILC's State Responsibility Articles, Introduction and Overview*. American Journal of International Law, Vol 96, nº. 4, 2002.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

BRANCO, Nigel & ABASS, Ademola. *Countermeasures and Sanctions in International Law*. Oxford University Press, 2010.

BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. 4ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian1, Lisboa, 1965.

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 2008.

BRITO GONÇALVES, Joannisval. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem do direito*. 2ª Edição. São Paulo: Renovar, 2004.

BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho Internacional Curso General*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2010.

BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CALAMITA, N. Jansen. *Sanctions, Countermeasures, and the Iranian Nuclear Issue*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 42, nº. 5, 2009.

_____. *Countermeasures and Jurisdiction: Between Effectiveness and Fragmentation*. Georgetown Journal of International Law, nº. 42, 2011.

CAMPOS, Julio D. González & OUTROS. *Curso de Derecho Internacional Público*. 4ª Edición. Civitas Editora, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Esgotamento de recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANNIZZARO, Enzo. *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*. European Journal of International Law, 12, 2001.

_____. *Contextualizing Proportionality: jus ad bellum and jus in bello in the Lebanese War*. International Review of the Red. Cross, n°. 864, 2006.

CASANOVAS, Oriol & OUTRO. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. 5ª edição. Editorial Tecnos, 2005.

CASSESE, A. *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*. European Journal of International Law, Vol. 10, n°.4, 1999.

CAVARÈ, Louis. *Le Droit International Public Positif*, Vol 2. Paris: Éditions A. Pedone, 1962.

CHAMEY, J.I. *Third State Remedies in International Law*, Michigan Journal of International Law, Vol. 10, n°. 1,1989.

CHENG, Bin. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

CRAWFORD, James e OUTROS. *The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*. European Journal of International Law, Vol. 2, n°. 5, 2001.

_____. *European Journal of International Law*. vol. 12, n° 5. Oxford University Press, 2001.

_____. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a retrospect*. American Journal of International Law, Vol. 96, n°. 4, 2002

_____. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*. Ed. Kluwer Law Internacional , 2005.

DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain. *Droit International Public*. 7ª edition. Paris: LGDJ, 2002.

DAMROSCH. *Enforcing International Law through Non-forcible Measures*. In Recueil des Cours. T. 269. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

DICTIONNAIRE de la Terminologie du Droit International: Publicado sob o patrocínio da Union Académique Internationale. Paris: Sirey,1960.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit des traités, codification et responsabilité internationale*. Annuaire Française de Droit International, XLIII, 1997.

ELAGAB, Omer Yousif. *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*. Clarendon Pr. Editor, 1988.

ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Curso General de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editora Trotta, 2012.

_____ & OUTRO. *Introducción Doctrinal pero sobre todo Documental al Derecho Internacional Público*. Murcia: OCW Universidad de Murcia, 2012.

FERREIRA, Nuno. *A Responsabilidade Internacional: evolução na tradição*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLVI, nº. 1. Coimbra Editora, 2005.

FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de Direito Internacional Público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: UNESP, 2002.

FISCHER, Douglas H. *Comment: Human Shields and House Fires: How a Domestic Law Analogy can Guide International Law Regarding Human Shield Tactics in Armed Conflict*. American University Law Review American University Law Review, Vol. 57, 2007.

FISH, Morris J. *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*. Oxford, 2008.

FRANCK, Thomas M. *Article: On Proportionality of Countermeasures In International Law*. The American Society of International Law, Vol. 102, 2008.

FROWEIN, J.A. *Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law*. Dordrech: Collected Courses VI, 1995.

GARCÍA-AMADOR, Francisco. V. *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad: Análisis crítico de la posición tradicional*. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1978.

GARCIA, Márcio P.P. *Responsabilidade Internacional do Estado: atuação da CDI*. Revista de Informação Legislativa, nº 162. Brasília: Senado Federal, 2004.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Editora Unijuí, 2005.

GILL, Guy S. Goodwin & TALMON, Stefan. *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*. Oxford Online, 2012.

GODINHO, Thiago José Zanini. *Um direito dos Estados à Autoproteção? Entre certezas e incertezas*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

GRANT, John P. & OUTRO. *Encyclopedic Dictionary of International Law*. 3rd Edition. Oxford, 2009.

GREENWOOD, Christopher J. *Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in International and National*

Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments. Horst Fischer et al. eds., 2001.

GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Edição bilíngüe. Tradução, introdução e notas de Primitivo Mariño Gomez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

GUTTRY, Andrea de. *Le Reppresaglie non Comportandi la Coercizione nel Diritto Internazionale*. Milão: Giuffré Editore, 1985.

HAMPSON, Franioise J. *Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949*. Cambridge International and Comparative Law Quarterly. Vol. 37, nº 04, 1988.

HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. Tradução de Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HENCKAERTS, Jean-Marie & OUTRO. *Customary International Humanitarian Law*, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. *Direito Internacional Público*. 11ª Edição. LTR Editora, 2012.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (org). *La responsabilidad internacional del Estado: aspectos de derecho internacional público y privado*. XIII Jornada De La Asociación Española De Profesores De Derecho Internacional Y Relaciones Internacionales, 1989. Alicante, 1990.

KALSHOVEN, Frits. *Belligerent Reprisals*. Case nº. IT-95-16-T, P 535. Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

KATSELLI, Elena. *Countermeasures and the Non-Injured State in International Law*. Florence Founding Conference of European Society of international law, 2004. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Katselli_874.pdf>. Acesso em: 03.07, 2013.

KELSEN, Hans. *El Principios de Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: El Atheneo, 1965.

LEBEN, Charles. *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale*. Annuaire Française du Droit International, Vol. 28, 1982.

LOPES, José Alberto Azeredo. *A Responsabilidade Internacional do Estado: Entre a Codificação e a Realidade*. Nação e Defesa, nº. 97, 2001.

LOWE, Vaughan. *Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses*. European Journal of International Law, Vol. 10, 1999.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3ª Edição. Coimbra Editora: 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRA MATTOS, Adherbal. *Soberania e a Nova Ordem Mundial - Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Responsabilidade Internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed. Trotta, 1999.

MILLETT, Anthony. *The United Nations invoked by Franklin Roosevelt and Winston Churchill during the Second World War*. King's College London, 2005.

ONUF, Nicholas. *Uma Reflexão sobre a Idade de Ouro do Direito Internacional*. Revista Contexto Internacional, Vol. 23, jul-dez 2001.

PARTSCH, Karl Joseph. *Reprisals*. Encyclopedia of Public International Law, R Bernhardt, vol. 4. Amsterdam: Ed Elsevier, 2000.

PELLET, Alain. *Can a State Commit a Crime? Definitely, yes!*. European Journal of International Law, Vol. 10, n.º 2, 1999.

_____ & OUTRO. *La Charte des Nations Unies, Constitution Mondiale?* Paris: Editions Pedone, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves & OUTRO. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª Edição. Almeidina, 2009.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e suas Conseqüências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTR Editora, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Podivm, 2011.

PRONTO, Arnold & OUTRO. *The International Law Commission 1999-2009, Vol. IV: Treatis, Final Draft Articles and Other Materials*. Oxford University Press, 2010.

PROUKAKI, Elena Katselli. *The Problem of Enforcement in International Law: countermeasures, the non-injured State and the idea of international community*. New York: Routledge Editor, 2010.

RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional*. São Paulo: LTR, 2000.

REUTER, Paul. *Trois Observations sur la Codification de la Responsabilité Internationale des Etats pour Fait Illicite*. Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement. Mélanges Michel Virally. Paris: Editons Pedone, 1991.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ROBINSON, Paul H. & HAQUE, Adil Ahmad. *Article: Advantaging Aggressors: Justice & Deterrence in International Law*. Harvard National Security Journal, Vol. 3, 2011.

ROSENSTOCK, Robert. *The ILC and State Responsibility*. American Journal of International Law, vol. 96, n. 4, 2002.

SALCEDO, Juan Antonio Carillo. *Reflexions on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law*. European Journal of International Law, Vol. 8, nº 4, 1997.

SANCHEZ, Victor M. *Derecho Internacional Público*. Huygens Editorial, 2011.

SANTA MARIA, Paz Andrés Sáenz de. *Sistema de Derecho Internacional Público*. Navarra: Civitas, 2011.

SCELLE, Georges. *Manuel de Droit International Public*. Paris: Editions Domat – Montcherestien, 1948.

SICILIANOS, Linos-Alexander. *Les réactions décentralisées à l'illicite: Des contre-mesures à la légitime défense*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1990.

_____. *The relationship between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty*. European Journal of International Law, nº.5, 1994.

SIMMA, Bruno. *United Nations Codificaton of State Responsibility*. New York: Oceana Public, 1987.

_____. *Counter-measures and Dispute Settlement: A Plea for a different Balance*. European Journal of International Law, nº.5, 1994.

_____ & OUTRO. *From bilateralism to community interest in international law*. Haia: Collected Courses VI, 1997.

_____ & OUTRO. *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*. The European Journal of International Law, Vol. 17, nº. 3, 2006.

SINGH, Sahib. *Non-Proliferation Law as a Special Regime – Countermeasures*. Cambridge University Press, 2013; Paper nº. 21/2013. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1961941>> Acesso em 20 de ago. 2013.

SOARES, Albino de Azevedo. *Lições de Direito Internacional Público*. Coimbra Editora, 1988.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado: movimentos multitudinários: saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1992.

SVERRISSON, Hjortur Brage. *Countermeasures, the International Legal System and Enviromental Violations*. New York, 2008.

TZANAKOPOULOS, Antonios. *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions*. New York: Oxford University Press, 2011.

UNITED NATIONS. Yearbook of the International Law Commission 1957. vol. II, New York, 1958.

_____. Yearbook of the International Law Comission 1959. vol. II. New York, 1960.

_____. Yearbook of the International Law Comission 1969. vol II. New York, 1970.

_____. Yearbook of the International Law Comission 1973. vol. II. New York, 1975.

_____. Yearbook of the International Law Commission 1979. vol. II, part 2, New York, 1980.

_____. Yearbook of the International Law Commission 2001. vol. II, part 2, New York, 2007.

_____. *Document A/CN.4/96: International Responsibility: Report by F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur*. Yearbook of International Law Commission, vol. II. New York: United Nations, 1956.

_____. *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France (USA v. France, 1948)*. Reports of International Arbitral Awards. New York: United Nations, Vol. XVI, 1963. Disponível em <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf> Acesso em 16 de ago. 2013.

_____. *Document A/CN.4/196: International Responsibility: Notet by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur*. Yearbook of International Law Commission, vol. II. New York: United Nations, 1967.

_____. *Document A/CN.4/217 and Add. 2: First Report on State Responsibility, by Mr. Robert Ago, Special Rapporteur – Review of previous work on codification os the topic of Internacional Responsibility of States: Addendum – Annex XXIV*. The Internationally Wrongfull Act of the State, Source of International Responsibility (continued). In Yearbook of International Law Commission, Vol. II. New York: United Nations, 1971.

_____. *Document A/CN.4/307 and Add. 1-2: Seventh Report on State Responsibility, by Mr. Robert Ago, Special Rapporteur*. The Internationally Wrongfull Act of the State, Source of International Responsibility (continued). In Yearbook of International Law Commission, Vol. II, Parte I. New York: United Nations, 1978.

_____. *Document A/CN.4/318 and Add. 1-4: Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Robert Ago, Special Rapporteur.* The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (continued). In Yearbook of International Law Commission, Vol. II, Parte I. New York: United Nations, 1980.

_____. *Document A/CN.4/330: Preliminary Report on the content, forms and degrees of international responsibility, by Mr. Willian Riphagen, Special Rapporteur.* In Yearbook of International Law Commission, Vol. II, Parte I. New York: United Nations, 1980.

_____. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America, 1977).* Reports of International Arbitral Awards. New York: United Nations, 1986.

_____. *Document of International Responsibility: Article 14 as proposed by Arangio-Ruiz, Special Rapporteur.* Report on the Work of its Forty-seventh Session, Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement n° 10. International Law Commission. New York: United Nations, 1995.

_____. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia, 1977).* Reports of International Arbitral Awards. New York: United Nations, 1997. Disponível em <http://legal.un.org/legislativeseries/documents/Book25/Book25_part1_ch1.pdf> Acesso em 16 de ago. 2013.

_____. General Assembly. *State responsibility Comments and observations received from Governments.* New York, 2001.

_____. *Corfu Channel Case (United Kingdom, Albania), 1949.* Digest of International Cases of the Sea. New York: United Nations, 2006. Disponível em <http://www.un.org/depts/los/doalos_publications/publicationstexts/digest_website_version.pdf> Acesso em 16 de ago. 2013.

_____. *Estate of Jean-Baptiste Caire Case (France, United Mexican States), 1929.* Reports of International Arbitral Awards, vol. V. New York: United Nations, 2006. Disponível em <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/516-534_Caire.pdf> Acesso em 16 de ago. 2013.

_____. *Trail Smelter Case (United States, Canada), 1941.* Reports of International Arbitral Awards, vol. III. New York: United Nations, 2006. Disponível em <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf> Acesso em 16 de ago. 2013.

_____. *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.* New York: United Nations Legislative Series, 2012.

WENGLER, Wilhelm. *Responsabilidades por Acto Ilicito em Direito Internacional Privado: tentativa de uma nova construção.* Coimbra Editora, 1974.

VATTEL, Emerich de. *O Direito das Gentes.* Coleção de Clássicos. Prefácio e Tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

_____ *apud* NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Robert Ago: *The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations*. EJIL, vol. 13, n. 5, 2002.

VAN DER VYVER, Johan D. *Legal Ramifications of the War in Gaza*. Florida Journal of International Law, 21, 403, 2009.

VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª edição. Madrid: Tecnos Editora, 2010.

VERDIER, Pierre-Hugues. *Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom*. Virginia Journal of International Law, Vol. 42, nº. 1, 2002.

VINAIXA, Rosário Huesa. *El derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas*. Revista Española de Derecho Internacional. Vol. 54. nº 2. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2003.

VISSCHER, Charles de. *Le Déni de Justice en Droit International' in 'Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Paris: Librairie du Recueil, 1932.

XAVIER, Ana Isabel & OUTROS. *A Organização das Nações Unidas*. Ed. Publicações Humanas: 2007.

ZOLLER, Élisabeth. *Peacetime Remedies: An Analysis of Countermeasures*. Ed. Publishers Transnational, 1984.

DEMAIS DOCUMENTOS CONSULTADOS:

Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case (United States of America v. Iran). Request for Indication of Provisional Measures, 15 XII 79, International Court of Justice, December 1979. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4023a9fb4.html>> Acesso em 21 de set. 2013.

Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. Hague, 1956.

Military and Para-Military Activities in and against Nicaragua. Merits and Judgment of CIJ. Reports 1986.

Report of Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran); Request for Indication of Provisional Measures, International Court of Justice, 15 December 1979.

Resumo das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 e dos seus Protocolos Adicionais. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra, 2ª edição, 2012.