

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PELO DESCUMPRIMENTO DE
OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

NATÁLIA DE FRANÇA SANTOS

Orientadora:

Prof^a Dr^a Maria José Rangel de Mesquita

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Internacional Público

Lisboa, 2024

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL PELO DESCUMPRIMENTO DE
OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

NATÁLIA DE FRANÇA SANTOS

Orientadora:

Prof^ª Dr^ª Maria José Rangel de Mesquita

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Internacional Público

Lisboa, 2024

Dedico esta tese de dissertação, antes de tudo, a mim mesma, não como um gesto de falta de modéstia, mas como uma atitude de autoconhecimento pelos desafios físicos e emocionais pelos quais passei durante a jornada para a conclusão deste trabalho.

À minha família e, em especial, aos meus pais e à minha irmã, pelo apoio e amor incondicionais e inabaláveis na vida e, particularmente, durante a feitura deste trabalho.

Aos meus amigos de longa data no Brasil: Shara, Silvino, Conceição e, sobretudo, Evelin, um verdadeiro anjo em minha vida.

A Hermenegildo Pedro Gongga, por todo apoio e incentivo.

Às amizades feitas em Portugal, especialmente aos meus colegas de trabalho no projeto face to face de Portugal com ACNUR (Agência das Nações Unidas para os Refugiados). Imensa gratidão pelo apoio e reconhecimento do meu potencial.

À minha orientadora Prof^a Dr^a Maria José Rangel de Mesquita, não somente pelos conselhos e ensinamentos dados, mas por ter se revelado extremamente atenciosa e acessível durante a fase de orientação desta tese.

Quero, por fim, deixar meu agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela excelência do curso oferecido. Minha gratidão a todos os professores com os quais pude ter contato durante o percurso de aulas: cada lição será devidamente guardada.

“Há um vilarejo ali
Onde areja um vento bom
Na varanda, quem descansa
Vê o horizonte deitar no chão
Pra acalmar o coração
Lá o mundo tem razão
Terra de heróis, lares de mãe
Paraíso se mudou para lá
Por cima das casas, cal
Frutos em qualquer quintal
Peitos fartos, filhos fortes
Sonho semeando o mundo real
Toda gente cabe lá
Paletina, Shangri-lá
Vem andar e voa
Vem andar e voa (...)”

“Vilarejo”/ Marisa Monte.

RESUMO

Caracterizando-se um sistema jurídico a partir da sua concepção da responsabilidade, o que inclui desde os sujeitos de direito que este sistema reconhece aos meios de controle e coerção que consagra, é certo que o Direito Internacional Público, não obstante suas especificidades, traz consigo o fundamento para que sanções sejam estabelecidas em caso de incumprimento de suas normas. A presente dissertação propõe a análise da responsabilidade internacional estabelecida em virtude da violação das obrigações *erga omnes*, as quais representam um interesse comum por parte de toda Comunidade Internacional em razão dos valores fundamentais por elas protegidos. Caminharemos em um sentido que nos permita extrair, a partir da análise da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, o que a principal corte internacional do mundo tem nos revelado em matéria de responsabilidade internacional pelo incumprimento de obrigações *erga omnes* e o que carece de um melhor aprofundamento quanto à matéria.

Palavras-chave: obrigações *erga omnes*; responsabilidade internacional.

ABSTRACT

Characterizing a legal system based on its conception of responsibility, which includes everything from the subjects of law that this system regulates to the means of control and coercion it enshrines, it is certain that International Public Law, despite its specificities, brings with it the basis for assessments to be determined in the event of compliance with its standards. This dissertation proposes an analysis of the international responsibility imposed due to the violation of *erga omnes* obligations, insofar as they represent a common interest on the part of the entire International Community due to the fundamental values protected by them. We will move in a direction so that we can extract, from the analysis of the International Court of Justice jurisprudence, what the main international court in the world has revealed to us in terms of international responsibility for non-compliance with *erga omnes* obligations and what needs better deepening of the subject.

Keywords: *erga omnes* obligations; international responsibility.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas.....	1
Introdução.....	2
1. As obrigações <i>erga omnes</i> no Direito Internacional Público.....	5
1.1 As obrigações <i>erga omnes</i> e Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	5
1.2 O conceito de obrigações <i>erga omnes</i>	7
1.3 As fontes de obrigações <i>erga omnes</i>	10
1.2 As obrigações <i>erga omnes</i> e o <i>jus cogens</i>	14
1.2.1 Contexto histórico do <i>Jus Cogens</i>	14
1.2.2 O conceito das normas <i>jus cogens</i>	16
1.2.3 O objeto das normas <i>jus cogens</i>	18
1.2.4 As fontes de normas <i>jus cogens</i>	20
1.2.5 A relação entre o <i>jus cogens</i> e obrigações <i>erga omnes</i>	23
1.2.6 <i>Jus cogens</i> e a Comissão de Direito Internacional.....	25
2. A Responsabilidade Internacional dos Estados.....	26
2.1 Breve contexto histórico.....	27
2.2 Definição e fundamentos.....	28
2.3 Natureza jurídica.....	29
2.4 O regime da Responsabilidade Internacional.....	30
2.4.1 O fato internacionalmente ilícito.....	32
2.4.2 A imputabilidade.....	34
2.4.3 A Violação de uma obrigação internacional.....	36
2.5 Causas excludentes da ilicitude.....	40
2.5.1 Consentimento.....	40
2.5.2 Legítima defesa.....	41
2.5.3 Contramedidas.....	44
2.5.4 Força Maior.....	47
2.5.5 Perigo Extremo (distress).....	48
2.5.6 O estado de necessidade.....	49

2.6 O conteúdo da Responsabilidade Internacional do Estados.....	51
2.6.1 O dano e o dever de reparar.....	51
2.6.2 Em particular, os interessados nas obrigações <i>erga omnes</i>	54
3. A Corte Internacional de Justiça e as obrigações <i>erga omnes</i>.....	55
3.1 Barcelona Traction (Bélgica v. Espanha).....	55
3.2 Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (Solicitação de Parecer Consultivo).....	57
3.3 Gâmbia v. Myanmar.....	60
3.4 África do Sul v. Israel.....	68
3.5 Nicarágua v. Alemanha.....	74
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	82

Lista de Siglas e Abreviaturas

CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNU	Carta das Nações Unidas
ONU	Organização das Nações Unidas
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça (permanente)

Introdução

Historicamente, torna-se indiscutível que os horrores perpetrados, sobretudo, durante a 2ª Guerra Mundial, serviram de alarme para o que hoje chamamos de Comunidade Internacional, sinalizando-lhe que, a fim de se viver em um mundo minimamente organizado, convinha a esta Comunidade a partilha de alguns valores comuns para proteção da dignidade humana.

Desse modo, não obstante suas diferenças culturais, sociais e regionais, os Estados despertaram-se para a necessidade de unir suas vontades políticas em torno de algo maior, para além de si.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), principal organização internacional existente, e a sucessiva aprovação de Convenções voltadas, sobretudo, à defesa dos direitos humanos são reveladoras nesse sentido, em que pese os persistentes desafios enfrentados para defesa dos direitos mais básicos e indisponíveis.

Tais valores comuns obtiveram juridicidade por meio do Direito Internacional Público (DIP) e passaram a consubstanciar normas as quais lhes foram atribuídas um caráter imperativo, o que impõe aos Estados obrigações independentemente de sua vontade expressa ou consentimento e cujo reflexo natural é a geração das chamadas obrigações *erga omnes*.

Nesse sentido, a teoria do *jus cogens*, cujo início do desenvolvimento teórico remonta ao século XV, experimentou uma maior concretização a nível jurídico internacional, certamente, no período pós 2ª Guerra Mundial, culminando com o seu formal reconhecimento através da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Este florescimento da consciência jurídica acerca do caráter *jus cogens* de determinadas normas, e da conseqüente eficácia *erga omnes* das obrigações delas decorrentes, passou a ter reflexos inegáveis em termos de responsabilidade internacional, uma seara dentro do DIP que carece de uma codificação base que seja objeto de aceitação formal por parte dos Estados.

Entram em cena, desse modo, os esforços e trabalhos conduzidos pela Comissão de Direito Internacional (CDI), em trazer uma disciplina mínima que

servisse de espelho e norte à matéria de responsabilidade internacional. Tais esforços culminaram, desse modo, na elaboração do Projeto de Artigos sobre a responsabilidade dos Estados pelo cometimento de atos internacionalmente ilícitos de 2001, reconhecido internacionalmente como *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* (doravante, *Draft Articles*).

Nesse sentido, em um panorama onde, cada vez mais, as cortes internacionais de justiça são palco para a discussão e reconhecimento da violação de obrigações internacionais devidas aos Estados, a atuação da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e o desenvolvimento da sua jurisprudência se revestem de uma importância imensurável.

Tal jurisprudência vem representado progressos significativos em termos de reconhecimento das obrigações *erga omnes*, e das consequências jurídicas advindas do seu incumprimento, de onde se extrai a necessidade de uma análise do seu alinhamento ao regime proposto pelos *Draft Articles*, principal instrumento jurídico à disposição sobre a matéria.

Desse modo, e centralizando nossa atenção no caso Gâmbia v. Myanmar, percebemos o início de uma tendência que se revela um feixe de luz direcionado ao futuro do Direito Internacional Público: a defesa das obrigações *erga omnes* por meio do acesso à jurisdição da CIJ, em situações nas quais, por vezes, os Estados aplicantes não são diretamente afetados por tais violações.

O ineditismo dessa tendência, simbolizado, conforme mencionado, especialmente através do caso Gâmbia v. Myanmar, despertou-nos, definitivamente, o interesse em esmiuçar o tema através da presente dissertação. E mais: a importância da responsabilização internacional pelo incumprimento de obrigações *erga omnes*, o que toca, notoriamente, no regime do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trouxe-nos um grande interesse pelo tema abordado.

No que concerne à metodologia empregada quanto aos meios de investigação, a presente dissertação se amparou na pesquisa da doutrina específica, legislação e na análise da jurisprudência internacional, com o foco nos julgados da Corte Internacional de Justiça sobre o objeto do tema escolhido.

A presente dissertação se encontra estruturada em 3 capítulos.

No primeiro capítulo, analisaremos as obrigações *erga omnes* e as normas de caráter *jus cogens*. Abordaremos, desse modo, a importante correlação entre o

desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o reconhecimento, por parte da Comunidade Internacional, do caráter *jus cogens* de determinados direitos e proibições, bem como da eficácia *erga omnes* das obrigações decorrentes. Posteriormente, aprofundaremos a questão relativa ao conceito, o objeto e fontes das referidas normas, bem como os recentes trabalhos desenvolvidos pela CDI em relação ao tema.

No segundo capítulo, por sua vez, analisaremos o tema da responsabilidade internacional, o que abrange desde sua definição e fundamentos ao mais importantes aspectos propostos pelo regime dos *Draft Articles*, tendo-se, como foco principal o que se pode extrair de tal regime quanto às normas imperativas do DIP, ou seja, as normas de caráter *jus cogens*, geradoras de obrigações *erga omnes*.

Por fim, no terceiro capítulo, debruçamo-nos sobre a jurisprudência da CIJ quanto à matéria, o que nos levou à análise de casos que envolvam o reconhecimento, por parte da Corte, das particularidades das obrigações *erga omnes* e dos efeitos decorrentes do incumprimento das mesmas. Através da análise de casos mais recentes iniciados na CIJ, buscamos analisar, sobretudo, o que há de mais inovador na sua jurisprudência em relação à responsabilização dos Estados infratores de obrigações *erga omnes* bem como o que poderia, no nosso entender, ser mais profundamente discutido e definido pela CIJ.

1. As obrigações *erga omnes* no Direito Internacional Público

1.1 As obrigações *erga omnes* e Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional Público experimentou uma verdadeira transformação nas últimas décadas, e o sentido de “comunidade internacional”, partilhadora de valores transcendentais, sem os quais a vida em sociedade dificilmente possuiria uma dignidade mínima, é faceta deste marco evolutivo.

Sem dúvidas, torna-se superficial discorrer acerca das obrigações *erga omnes* sem dar o devido destaque ao firme e constante desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tal movimento é acompanhado por uma crescente institucionalização e multiplicação de instrumentos normativos os quais representam uma verdadeira ruptura no DIP, cujo foco na pessoa humana engrandeceu um espaço onde persistia um clássico entendimento estritamente interestatal de regulação jurídica internacional.

Nesse sentido, não podemos nos olvidar que o século XX pôs em evidência a identificação redutora da pessoa com o cidadão/ súbito do Estado, e não objeto de proteção, sobretudo em um âmbito internacional institucionalmente evoluído e organizado para tal propósito.

De fato, na medida em que os refugiados e apátridas se viram destituídos, com a perda da cidadania, dos benefícios do princípio da legalidade, não puderam valer-se dos direitos humanos, e não encontrando lugar — qualquer lugar — num mundo como o do século XX, inteiramente organizado e ocupado politicamente, tornaram-se efetivamente supérfluos, porque indesejáveis *erga omnes*, e acabaram encontrando o seu destino nos campos de concentração. Daí a conclusão de Hannah Arendt, calcada na realidade das *displaced persons* e na experiência do totalitarismo, de que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da

convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos¹.

É neste contexto que o sentido de “comunidade internacional” teve de passar a se fortalecer², conferindo à condição humana a razão e fundamento máximo para existência de uma ordem jurídica internacional.

Nesse sentido, esta personificação da ideia de comunidade internacional no domínio dos direitos humanos exprime a emergência de um novo princípio constitucional do Direito Internacional, o princípio da proteção internacional da dignidade humana, eventualmente contraposto ao princípio da soberania, e do qual derivam obrigações jurídicas, quer negativas, quer positivas, dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto³.

A evolução de certos valores permitiram a criação de critérios de legitimidade e recuperaram uma dimensão axiológica ao Direito Internacional, reconhecida pela doutrina, que indica, além dos direitos humanos, valores como a manutenção da paz e da segurança internacionais, proteção do meio ambiente, entre outros⁴.

Faz-se extremamente lúcida, nesse sentido, a conclusão feita por Cançado Trindade acerca da irreversibilidade do movimento universal em prol dos direitos humanos, o qual não admite retrocessos. A consciência jurídica universal é vista com o acesso livre do indivíduo à jurisdição internacional, com fundamento no direito natural e nas normas *jus cogens*⁵.

É certo que, a partir de 1945, a lei internacional focou-se, primordialmente, na proteção de direitos humanos individuais, como se depreende da lista de direitos incluídos na Declaração Universal de Direitos Humanos. Mais recentemente, maior

¹Cfr. LAFER, Celso, *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 1ª Imp, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p.22.

² Fausto Quadros e André Gonçalves defendem a existência e a utilização do termo “comunidade internacional” pois dois motivos: pelo fato dela ser “largamente dominante na doutrina”; e b) pela razão de se assistir “a uma progressiva comunitarização de vários domínios da velha e clássica Sociedade Internacional, em termos tais que, atendendo designadamente à evolução mais recente do Direito Internacional, nos permite admitir a hipótese de um dia, mesmo vista a Comunidade Internacional em globo, os seus traços comunitários vierem a sobrepor-se às suas características societárias”. Nesse sentido, Cfr. QUADROS, de Fausto, PEREIRA, André Gonçalves, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2015.

³ Cfr. SALCEDO, J.A Carrilo. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1995. p.29.

⁴Cfr. LAGE, Délber Andrade, *O movimento de expansão não uniforme e a tensão entre Unidade e Fragmentação do Direito Internacional*. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Vol. 1, nº II, Junho de 2007.

⁵ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.pp.125-127.

atenção tem sido dada às várias expressões do conceito de direitos coletivos, não obstante seja comumente difícil manter uma estrita diferença entre direitos individuais e coletivos. Ademais, a questão relativa ao balanço entre os legítimos interesses do Estado e os direitos individuais é, na prática, crucial e, comumente, não suficientemente considerada. A questão se torna complexa: interesses do Estado quanto à sua manutenção e o respeito aos direitos dos indivíduos⁶.

Abre-se, pois, um novo panorama com múltiplas questões à sua volta. Merece destaque, exemplificadamente, a discussão suscitada pela doutrina Responsabilidade de Proteger (R2P)⁷, a qual defende a possibilidade de intervenção através do uso da força para por termo à perpetração de graves violações de direitos humanos, notadamente, da prática do genocídio, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Nas palavras de Wladimir Brito “o princípio baseia-se na suposição de que, de acordo com o Direito Internacional, a soberania de cada Estado implica a responsabilidade de garantir a proteção de sua população”⁸.

Em continuação, o Direito Humanitário representa mais um reflexo do processo de universalização e humanização do direito internacional. Em particular, a proteção das vítimas da guerra é tema que, ainda nos dias atuais, necessita de aprofundamentos conforme a evolução dos acontecimentos. Torna-se pertinente, a título de exemplo, uma reflexão sobre o alargamento do campo de aplicação das regras jurídicas em matéria de proteção dos cordões humanitários e o acesso aos auxílios em condições de segurança.⁹

Nessa esteira, importante se faz perceber que o referido processo guarda estreita relação com a prática e a consolidação, inclusive a nível jurisprudencial, de elementos anteriormente resguardados no plano doutrinário, como as normas *jus cogens* e as obrigações objetivas *erga omnes*, o que será melhor clarificado a seguir.

⁶ Cfr. SHAW, Malcolm N. *International Law*. Fourth Ed, Cambridge, Cambridge University Press, 1997 p. 207.

⁷ A ONU institucionalizou, na Cimeira Mundial de 2005, a doutrina da Responsabilidade de Proteger (R2P).

⁸ Cfr. BRITO, Wladimir, *Responsabilidade de proteger no Direito Internacional*, Coimbra, Almedina, 2017. p.12.

⁹ Para um maior aprofundamento, Cfr.. RAIMUNDO, Isabel, *Imperativo Humanitário e não ingerência: os novos desafios do Direito Internacional*, Lisboa, Cosmos, 1999. pp. 127-128 . Na opinião da autora, um projeto de Convenção Internacional para a proteção das missões humanitárias seria bem-vinda.

1.2 O conceito de obrigações *erga omnes*

A primeira referência ao conceito de obrigações *erga omnes* se deu por ocasião do julgamento do caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, de 1970, pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), atual Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Em relação ao caso, por ora, limitamo-nos ao fato de a Corte ter ressaltado a necessária distinção entre as obrigações dos Estados para com a comunidade internacional como um todo daquelas derivadas no domínio da proteção diplomática, perfazendo as primeiras obrigações de interesse de todos os Estados¹⁰.

De acordo com Eduardo Correia Baptista, em relação às obrigações *erga omnes*:

(...) Como deriva do sentido da expressão latina, uma obrigação desta espécie é devida em relação a todos os Estados (vinculados pela norma) e não bilateralmente em relação a cada Estado. Assim, um Estado sujeito a uma norma destas obrigações encontra-se vinculado a respeitá-la em relação a todos os outros Estados sujeitos à norma que a impõe, independentemente de o seu desrespeito lhes acarretar qualquer dano¹¹.

Antônio Cassese, por sua vez, faz referência a algumas características próprias das obrigações *erga omnes*. Para o autor, além das referidas obrigações versarem sobre a proteção de valores fundamentais, como a paz, os direitos humanos, a autodeterminação dos povos e a proteção ao meio ambiente; constata-se a oponibilidade destas obrigações a todos os membros da comunidade, ou, pelo menos, a todos os Estados partes de tratados multilaterais. Ademais, aponta-se a existência correlata de um direito a qualquer desses membros; que pode ser exercido mesmo não tendo sido o sujeito diretamente (materialmente ou moralmente) atingido por sua violação, o que é feito em nome de toda a comunidade internacional¹².

As obrigações *erga omnes* estabelecem deveres de natureza objetiva que vão além dos interesses particulares dos Estados e indivíduos. Elas protegem valores fundamentais, tais como a paz e a segurança internacionais, o meio

¹⁰ Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*, I.C.J., Reports 1970, p. 33, para 34.

¹¹ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Público, Conceitos e Fontes*, vol. I, reimp., Lisboa, AAFDL, 2015. p.175.

¹² Cfr. CASSESE, Antonio, *International Law*, New York: Oxford University Press, 2005. p.196.

ambiente e os direitos humanos, que são considerados essenciais para a sobrevivência da comunidade internacional como um todo. Por isso, essas normas são consideradas de natureza *jus cogens* e impõem obrigações aos Estados independentemente de sua vontade expressa ou consentimento"¹³.

Ao protegerem os chamados “interesses colectivos”, no que se às obrigações *erga omnes* imediatas, pode-se afirmar que o interesse comum subjacente diz directamente respeito aos Estados, e sua tutela jurídica pode-se realizar de duas formas: ou pela consagração de um verdadeiro direito colectivo de que os Estados, possam não ser directamente os titulares, podem de forma colectiva, exercer e dispor livremente, como representantes dos seus cidadãos ou pela consagração da mera proibição de apropriação de um determinado bem e de causar prejuízos a terceiros no usufruto que cabe a cada Estado de tal bem¹⁴.

Por sua vez, as obrigações *erga omnes* mediatas tutelam o chamados “direitos colectivizados”. Nesse sentido, o interesse jurídico de cada Estado não se deve à justificação de um interesse estadual directo quanto a um bem de titularidade e/ou uso comum, antes o ordenamento internacional lhe atribui um poder jurídico derivado da existência de uma norma que tutela um interesse fundamental da comunidade internacional. Por isso mesmo, as obrigações *erga omnes* mediatas são as obrigações *erga omnes* por excelência¹⁵.

Por ora, importante se ter em mente a ideia de que as obrigações *erga omnes* desencadeiam um duplo desdobramento: de forma primária, acarretam o dever de cumprimento, por parte de todos os Estados, da norma originária da obrigação, a qual, geralmente, advém de uma fonte costumeira. De forma secundária, a legitimidade de todos os Estados de exigir o cumprimento de tais obrigações, o que resvala na possibilidade de se buscar a reparação pelos danos subsequentes. Nesse sentido, estariam presentes duas obrigações: uma obrigação primária e outra secundária, condicionada à eventual violação da norma geradora da obrigação *erga omnes*.

¹³ Cfr. TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 2nd ed, Oxford, Oxford University Press 2003. p.84

¹⁴ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Editora Lex, 1997, pp. 292-293. O autor também faz referência às chamadas obrigações *erga omnes* universais e não universais, sendo as últimas derivadas de tratados e costumes regionais e formadas, obrigatoriamente, em zonas delimitadas, não exactamente em termos geográficos, embora estes também tenham relevância sobre a cultura e a comunhão de determinados valores.

¹⁵ *Idem, Ibidem*.

1.3 As fontes de obrigações *erga omnes*

Em termos de fontes de obrigações *erga omnes*, especial destaque se deve conferir ao direito internacional consuetudinário e ao direito convencional. O costume possui relevante expressão em matéria de obrigações *erga omnes*, podendo-se afirmar que a maioria das referidas obrigações têm origem no direito internacional consuetudinário.

Tradicionalmente, considera-se que o costume exige a reunião de dois elementos: um material (a *consuetudo*) e um elemento psicológico (a *opinio juris*). Tais elementos encontram-se ligados, pois a prática é a melhor expressão da *opinio juris*. Tal interpretação decorre do art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que indica que a corte aplica o costume como prova de uma prática geralmente aceita como direito¹⁶.

O costume, modo de formação, é um pressuposto da norma costumeira, algo logicamente anterior, que naturalmente não se confunde com esta. Por vezes fala-se num costume, querendo-se designar uma norma costumeira. Mas o Costume e um costume são duas coisas distintas: o primeiro, a Fonte, cria a segunda, a norma.¹⁷

Convém frisar que a codificação do direito internacional não tornou o costume obsoleto, pelo contrário: ainda hoje, a codificação de certas áreas encontra uma difícil resistência por parte dos Estados. Nesse sentido, há matérias importantíssimas que continuam reguladas principalmente ou quase só por costume, como a responsabilidade internacional e as imunidades dos Estados¹⁸.

Evidente que se tornou difícil a compatibilização entre a excessiva morosidade da formação dos costumes e a crescente exigência de rapidez e prontidão que a realidade social coloca ao direito internacional. É nesse momento que a formação do costume se torna mais célere e surge um sentimento mais aprofundado de obrigatoriedade jurídica.¹⁹

¹⁶Cfr. ZANINI, Thiago José. *Elementos do Direito Internacional Público e Privado*, São Paulo, Atlas S.A., 2010. p. 26.

¹⁷ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional*, vol. I...cit., p.97.

¹⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: 5ª.edição*, revista e atualizada, Cascais, Principia, 2012. p.140.

¹⁹ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 45.

Pertinente a constatação de que certos direitos humanos perfazem a categoria de Direito Internacional Consuetudinário à luz da prática dos Estados. Tais direitos estão correlacionados, a título exemplificativo, com a proibição da tortura, do genocídio e escravidão, bem como o princípio da não-discriminação.

A propósito, é interessante observar que muitos desses costumes originam-se das resoluções da Assembleia Geral e das deliberações do Conselho Econômico Social da ONU. A Declaração Universal dos Direitos Humanos– Resolução 217 A III– por não ter sido elaborada através de um instrumento normativo formal, como um tratado, não foi concebida para, *a priori*, deter uma força vinculante. Entretanto, após décadas de prática internacional, é reconhecida como espelho de norma costumeira de proteção dos direitos humanos e ainda elemento de interpretação, conforme o entendimento da Corte Internacional de Justiça²⁰.

No que tange ao direito convencional, cumpre, inicialmente, frisar a importância dos tratados internacionais como fontes de consolidação da ordem internacional e da criação de obrigações de ordem pública, possuindo o efeito, inclusive, de criação de costumes jurídicos que atinjam a partes que não são vinculadas a um tratado, em decorrência da generalização de práticas dele resultantes.

De forma exemplificativa, faz-se oportuno mencionar que as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 foram ratificadas por, praticamente, todos os Estados e estabelecem a inviolabilidade de direitos humanos fundamentais no caso de conflitos armados, bem como a respectiva obrigação jurídica dos Estados em respeitá-los.

Tais convenções positivaram diversas regras do direito consuetudinário e representam um reforço ao caráter imperativo das normas por elas consagradas, veiculando um extenso rol de direitos que devem ser necessariamente observados pelos Estados. Dentre os valores fundamentais, deve-se mencionar que o art. 12 da Convenção I (para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha) de 1949, além de garantir o direito à vida e proibir a tortura, dispõe que os doentes e feridos devem ser tratados com humanidade, “sem distinção

²⁰Nesse sentido, Cfr. RAMOS, André de Carvalho, *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 28.

alguma de índole desfavorável baseada em sexo, raça, nacionalidade, religião, opiniões políticas ou em qualquer outro critério análogo”²¹.

Em continuação, importante deixar claro que o artigo 38 do Estatuto da CIJ inclui, além do costume e das convenções internacionais, os princípios gerais do direito como fontes para a solução de suas controvérsias.

Hoje se deve entender que a expressão "princípios gerais do direito", empregada pelo Estatuto da Corte, diz respeito ao reconhecimento de tais princípios por parte da sociedade dos Estados, em seu conjunto, como formas legítimas de expressão do Direito Internacional Público. O que a prática internacional demonstra é que esses princípios são frequentemente empregados, em diversos contextos sob as mais variadas formas, quando se trata de identificar uma regra de Direito Internacional não expressa em tratado e não reconhecida pelo costume. Vários sistemas normativos, opostos ou não, podem utilizar-se (e, efetivamente, utilizam-se) desses princípios, notadamente sob a forma de resoluções ou declarações, quer comuns ou individuais²².

Nesse sentido, destacamos o princípio à autodeterminação dos povos²³, o qual foi positivado por meio do artigo 1, nº 2º, da Carta das Nações Unidas e que, ao longo dos anos, tem sido reconhecido pela Corte Internacional de Justiça como um direito cujo respeito configura uma obrigação *erga omnes*²⁴.

Aliás, em relação ao papel da jurisprudência, o Estatuto da CIJ fez bem ao nominar, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito, a jurisprudência internacional e a doutrina, posto que, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, não são tecnicamente fontes do direito, pois delas não nasce e não ganha forma nenhum direito; são apenas meios auxiliares para que se determine corretamente o direito alegado em questão²⁵.

²¹ Cfr. GARCIA, Emerson, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional*, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 41-42.

²² Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 9ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp. 148-149.

²³ Nesse sentido, Cfr. QUADROS, de Fausto; PEREIRA, André Gonçalves, *Manual de Direito...cit*, p. 67. Para os autores, com base nessa questão, entende-se, de forma abrangente, que o princípio da autodeterminação consiste em exprimir o direito de um grupo humano à escolha livre do seu próprio destino, utilizando-se da reunião de determinadas características.

²⁴ Nesse sentido, Cfr. East Timor (Portugal v. Australia), Summary of the Judgment of 30 June 1995, I.C.J., Reports, 1995, p.78. para 23-35.

²⁵ Nesse sentido, Cfr. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios: e a contribuição do Brasil*, Tomo I. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1910, pp. 28-29.

Isto posto, revela-se, de fato, inquestionável o papel da CIJ quanto à interpretação e aplicação das obrigações *erga omnes*, como será aprofundado em capítulo pertinente.

Embora a jurisprudência não crie propriamente o direito, isso não retira a sua validade como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, como na dicção do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, favorecendo a criação de novos direitos com o passar do tempo, bem como a criação de novas regras costumeiras internacionais²⁶.

Sua maior importância decorre do fato de, ainda hoje, ser enorme o número de normas que subsistem a título estritamente costumeiro, necessitando de interpretação a fim de não se tornarem inconsistentes, obscuras ou ambíguas. O mesmo se diga em relação aos princípios gerais de direito, que estão sempre a reclamar uma correta determinação, lançando o intérprete na obrigação de reconhecer o valor dos posicionamentos jurisprudenciais²⁷.

Interessante o apontamento de Maria Luisa Duarte de que a jurisprudência é, na expressão que adotamos, um precedente atípico. Não obriga o juiz em processos futuros, não cria obrigações ou direitos para os Estados ou outros sujeitos que não sejam partes, mas verificando-se analogia entre as situações ou qualquer outro elemento de conexão, é um instrumento principal no raciocínio de determinação da norma aplicável, referido pelo próprio TIJ como precedente. É nesse sentido que a própria Corte possui exposto entendimento de que, não obstante o efeito relativo do caso julgado, que limita a vinculação jurídica à relação entre partes litigantes, a jurisprudência afeta a situação jurídica de outros Estados²⁸.

Por ora, haja vista a jurisprudência em termos de obrigações *erga omnes* ser objeto de capítulo próprio, interessante uma breve menção ao entendimento já esboçado pela CIJ de que as fontes das obrigações *erga omnes* são os instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal de proteção dos direitos humanos²⁹.

²⁶ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito... ,cit.*, 154.

²⁷ Cfr. REZEK, José Francisco, *Direito internacional público: curso elementar*, 9ª ed., revista, São Paulo, Saraiva, 2002. pp. 137-138.

²⁸ Cfr. DUARTE, Maria Luísa, *Direito Internacional Público- ordem jurídica global do século XXI*, Lisboa, AAFDL, 2016. p.142.

²⁹ Cfr. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ, Reports 1970, p.32 para 34.

Em conclusão, originadas, preponderadamente, do Costume e, posteriormente, positivadas em diversas convenções internacionais, as seguintes normas têm sido amplamente reconhecidas como normas geradoras de obrigações *erga omnes*: o direito à autodeterminação dos povos, a proibição de uso agressivo da força, a proibição de genocídio, a proibição da tortura, os crimes contra a humanidade, a proibição de escravidão, a proibição de discriminação racial e a proibição de hostilidades direcionadas à população civil.

1.2 As obrigações *erga omnes* e o *jus cogens*

1.2.1 Contexto histórico do *Jus Cogens*

No que se refere às bases fundantes da teoria do *jus cogens*, o ponto de partida nos remete ao século XV, com especial destaque à Escola Espanhola, por meio da qual se desenvolveram os primeiros estudos sistemáticos e conceptuais sobre o Direito Internacional, ou seja, a gênese da Ciência do Direito Internacional. Torna-se, desse modo, imprescindível a menção ao trabalho de Francisco de Vitória, fundador da Escola Espanhola, o qual, embora não tenha afirmado de forma clara o caráter *jus cogens* das normas internacionais, fê-lo em relação ao Direito Natural, que considerava inalterável e detentor de obrigatoriedade/exigibilidade e de uma natureza imperativa³⁰.

No período de 1583 a 1645, revelou-se de imensurável importância os trabalhos de Hugo Grotius, por muitos considerados o fundador da Ciência do Direito Internacional. Inicialmente bastante influenciado pela Doutrina Clássica e pela Escola Espanhola, mostrou-se célebre o entendimento de Grotius acerca da imperatividade do princípio da liberdade dos mares na sua clássica obra *Mare Liberum*, de 1609. Posteriormente, nota-se um afastamento de Grotius em relação à Escola Espanhola, e o autor passou a conceber uma importante distinção entre a inerente imodificabilidade do direito natural e sua possível derogabilidade externa, com conseqüente conversão em *Ius Dispositivum*. Desse modo, ao esvaziar a imperatividade do direito natural, Grotius acabou por desconsiderá-lo enquanto parâmetro jurídico para os Estados. Neste período, especial destaque se deve, também, ao Direito Canônico e a condenação de determinadas práticas entre os

³⁰Nesse sentido, Cfr BAPTISTA, Eduardo Correia, *Ius Cogens...*, cit, p. 32.

cristãos, como o recurso à guerra, a proibição da escravização dos prisioneiros de guerra ou de atos de violência contra não combatentes ou combatentes cristãos.³¹

No período, de 1648 a 1919, a teoria do *jus cogens* ganha importantes desdobramentos com reflexos no Direito da Guerra, o Direito do Mar e o direito Humanitário da Paz, o que inclui a proibição da escravidão, confirmada pela prática internacional dos Estados. Por sua vez, no século XX, vislumbra-se caráter *jus cogens* de normas humanitárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a exemplo da proibição de penas coletivas sobre civis e de bombardeios deliberados sobre estes³².

Nesse sentido, a Convenção de Genebra de 1929 relativa a feridos e doentes, bem como a Convenção sobre Prisioneiros de Guerra, posteriormente desenvolvida pelas quatro Convenções de Genebra de 1949, representa um marco crucial para a teoria do *jus cogens*.

Portanto, o desenvolvimento do *jus cogens* tem como pano de fundo alguns fatores ou tendências nem sempre coincidentes: a nova consciência do primado dos direitos das pessoas, após os cataclismos provocados pelos regimes totalitários e pela segunda guerra mundial, as novas exigências de paz e de segurança coletiva e a crise de soberania, a ideia de autodeterminação dos povos e o aparecimento de novos Estados empenhados em refazer a ordem internacional e o impulso dado pela ciência internacionalista.³³

Sob o prisma do direito interno, é fato que as leis que interessam à ordem pública e à moral não poderão ser derogadas por livre convenção das partes. Um contrato de escravidão ou de tráfico de órgãos, por exemplo, será considerado nulo em razão da ilicitude do seu objeto. O direito interno impõe, assim, restrições à liberdade contratual das pessoas, pois não reconhece a validade de contratos contra *bonos mores*. Importante frisar que a doutrina voluntarista do Direito Internacional sempre defendeu a admissão dos tratados independente de seu conteúdo. Ou seja, os tratados internacionais poderiam dispor sobre qualquer coisa ou objeto.³⁴

³¹ Cfr BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens...*, cit , p.32-35.

³² *Idem*, p. 178-182.

³³ Cfr MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito...*, cit, p. 118.

³⁴Cfr. DE FARIAS, Eduardo Pimentel, *Anotações sobre o jus cogens e o seu recente desenvolvimento pela CDI*, Nº 30, Porto: Revista Jurídica Portucalense, 2021. p. 62. [consultado em 10-03-2024], disponível em: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(30\)2021.ic-04](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(30)2021.ic-04).

A consolidação das normas *jus cogens* e, em especial, a sua positivação através do direito convencional, é um indicativo da constante evolução do Direito Internacional Público. Esse debate se refletiu nos primeiros relatórios da Comissão Internacional da ONU, a partir de 1949, culminando na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e, posteriormente, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986. As duas convenções de Viena sobre o Direito dos tratados perfazem, paralelamente, o corpo formal de consagração de um regime próprio do *jus cogens*.

Importante se ter em mente que a aceitação e o reconhecimento da norma de Direito Internacional como norma de *jus cogens* se realiza com o mero apoio de uma maioria qualificada de Estados, não sendo necessária a unanimidade. Entende-se, contudo, que fará sentido exigir ainda um elemento qualitativo para que esteja formada esta maioria: será ainda necessário que esta compreenda Estados representativos dos principais grupos estaduais da Comunidade Internacional, agregados em função da sua cultura e interesses³⁵.

Nesse sentido, não resta dúvida de que a expressão “como um todo” se trata de um conceito impreciso, não obstante, parece válido afirmar, numa visão conciliadora, que a manifestação da maioria é suficiente para satisfazer a idéia original dos legisladores, embora seja de se ponderar que tal maioria deve tocar a generalidade, ou seja, abranger a universalidade. Isso significa que *jus cogens* deve exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que esta não esteja representada em sua plenitude³⁶.

Tais formas de evidência de aceitação e reconhecimento do caráter *jus cogens* de certos direitos ou proibições incluem, a título exemplificativo: declarações públicas feitos em nome dos Estados; publicações oficiais; pareceres jurídicos governamentais; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões nacionais tribunais; disposições do tratado; e resoluções adotadas por uma organização internacional ou numa conferência intergovernamental.

1.2.2 O conceito das normas *jus cogens*

³⁵ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens ...cit*, p. 274

³⁶ Nesse sentido, Cfr. FRIEDRICH, Tatyana Scheila, *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: jus cogens*, 1ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 34.

No que tange à conceituação das normas *jus cogens*, depreende-se que, na maioria dos conceitos existentes, há apenas uma noção relacional, isto é, faz-se necessária a relação entre norma imperativa e inderrogável. No entanto, podemos chegar ao conceito das normas *jus cogens* a partir de três elementos: imperatividade, universalidade e inderrogabilidade³⁷.

A imperatividade é a qualidade da norma que torna nula qualquer disposição constante de um ato jurídico que a confronte. As normas de caráter *jus cogens* atuam, por conseguinte, como limitadoras da vontade dos Estados. Assim, sancionam sua eventual violação com a nulidade do instrumento normativo. Ocorre uma nulidade prévia, caso o ato jurídico seja posterior ao reconhecimento do caráter *jus cogens* de determinada norma. Por outro lado, ocorrerá a nulidade e a cessação de vigência do instrumento, caso tal reconhecimento ocorrer após a aprovação da norma. Nesse sentido, as partes ficam liberadas de qualquer obrigação adicional para cumprir o tratado em questão. Cumpre mencionar que tal conclusão se extrai dos dispositivos da Convenção de Viena de 1969³⁸.

Virally, ao tecer algumas reflexões acerca das normas de caráter *jus cogens*, aduz ao fato de que tais normas introduzem uma limitação à autonomia da vontade dos Estados, ou seja, à sua liberdade contratual, tradicionalmente considerada absoluta, porquanto representa um dos atributos mais essenciais da soberania. Interessante a reflexão do autor de que, tendo-se em consideração a extrema desigualdade de facto entre os Estados na sociedade internacional, as normas *jus cogens* seriam uma proteção a tais Estados, tendo-se em vista o risco daqueles que estão equipados com os meios mais limitados em aceitar, em troca de vantagens que lhes são necessárias, concessões excessivas ou desproporcionais.³⁹

Em continuidade, no que se refere à característica da universalidade, duas teses vão se opor, a subjetivista e a objetivista. A subjetivista que repousa unicamente sobre a vontade dos Estados, ou seja, deve-se analisar se a maioria dos Estados aceita o caráter *jus cogens* daquela norma. Baseados na teoria voluntarista do Direito Internacional, como Anzilotti, Tunkin e Ago defendem que

³⁷ Cfr. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014. p. 190.

³⁸ Nesse sentido, Cfr. os artigos 53, 64 e 70 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 .

³⁹ Cfr. VIRALLY, Michel. *Réflexion sur le Jus Cogens in Annuari Français de Droit International*, vol. XII, 1966, p. 9-12. [acesso em 17.04.2024], disponível em https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868

essas normas não possuem características intrínsecas, são simplesmente emanção de uma vontade imperativa dos Estados. Essa é a tese apresentada pela Convenção de Viena de 1969. Contudo, a tese objetivista entende que o reconhecimento estadual do seu caráter *jus cogens* é de pouca relevância, pois elas se individualizam por características próprias, que embora dependendo da prática internacional, são as normas que tutelam um interesse especial, como os valores essenciais da Comunidade de Estados, tese defendida por Virally, Vedross, Simma e adotada pela Comissão de Direito Internacional⁴⁰.

Por derrogação entende-se a conclusão de um acordo (tratado) afastando a aplicação da norma imperativa de Direito Internacional. Nesse sentido, a inderrogabilidade significa que não se admite “acordo em contrário” em relação às normas de *jus cogens*, o que é corolário lógico da sua imperatividade. Segundo a Convenção de Viena de 1969, trata-se de uma norma “que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”⁴¹. Ressalte-se que não se trata de uma questão de eficácia e sim de vigência (sua validade temporal). Desse modo, extrai-se a conclusão de que, enquanto vigentes, tais normas não podem ser afastadas pelos Estados.

1.2.3 O objeto das normas *jus cogens*

É certo que não há um consenso doutrinário acerca do objeto das normas que possuem caráter *jus cogens*. Tal lista se encontra, portanto, em constante evolução, sendo errôneo, bem como contraproducente, procurar fornecer uma classificação taxativa⁴², não obstante ser atribuído, de forma mais consistente, o caráter *jus cogens* a determinados direitos e obrigações.

Jónatas Machado, em relação sobre em que medida a proteção dos direitos fundamentais integra o *jus cogens*, entende que os direitos humanos devem ser visto, pelo menos nas suas dimensões essenciais, como *jus cogens* dotado de validade planetária. Defendendo uma posição intermediária, segundo a qual o *jus cogens* só compreende o núcleo dos direitos humanos, entende o autor que quanto mais alargada for a base de produção ou reconhecimento de uma norma

⁴⁰ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens* ..cit, p. 269.

⁴¹ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito...cit.*,p. 180.

⁴² Cfr. DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law: cases, material, commentary*. Third Edit, Cambridge, 2009. p. 85.

internacional, e mais fundamental for o interesse protegido por essa norma, mais elevado deve ser o seu grau de vinculatividade⁴³.

Por sua vez, Fausto Quadros e André Pereira entendem que, a bem da necessária democratização da Comunidade Internacional, reforçada com a adesão de alguns Estados do leste europeu à Declaração Universal de 1948, deve entender-se que já pertencem ao *jus cogens* pelo menos os mais importantes dos direitos e das liberdades consagrados naquela Declaração e nos Pactos de 1966 e que não façam parte do Direito consuetudinário geral, como é o caso dos direitos à vida, à propriedade privada, à liberdade, à constituição da família, e das liberdades de expressão do pensamento, de reunião, de associação e a liberdade de circulação. Os autores defendem o alargamento crescente do âmbito do Direito Internacional imperativo de âmbito geral a todos os direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração Universal e pelos Pactos de 1966, sem embargo de se consolidarem os vários conjuntos de *jus cogens* regional, formados em torno de convenções regionais sobre Direitos do Homem⁴⁴.

Eduardo Correia Baptista, por sua vez, entende que boa parte das normas internacionais costumeiras possuem carácter *jus cogens*. Desse modo, por falta de prática em contrário, as normas costumeiras do DIP dos Direitos Humanos, bem como as normas costumeiras com carácter humanitário do DIP dos Conflitos Armados devem ser consideradas *jus cogens*. Ademais, segundo o autor, fazem ainda parte do *jus cogens* as normas costumeiras relativas aos bens coletivos internacionais, como as que regulam e tutelam o estatuto do Alto Mar, dos Fundos Marinhos e do Espaço Exterior e Corpos Celestes⁴⁵.

Importante ponto é trazido por Fernando Loureiro Bastos acerca do *jus cogens* e o direito ambiental. Expõe o autor que a tentativa de resolver os problemas ambientais continua a ser confiada a um regime jurídico-internacional criado por tratados internacionais, em que os Estados participam voluntariamente em conformidade com a percepção que têm dos seus interesses individuais. Esta abordagem tradicional, baseada no princípio da relatividade dos tratados, poderia ser radicalmente alterada caso prevalecesse o entendimento de que a proteção do ambiente deveria ser imposta a todos os sujeitos da comunidade internacional

⁴³ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional - Do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, 4ª ed, Coimbra, Coimbra Editora. 2013, pp. 143-14.

⁴⁴Cfr. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de Direito...cit.*, pp. 283-284.

⁴⁵ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, vol. I, ...cit, p.173.

através de uma norma imperativa do Direito Internacional, a norma do *jus cogens*. Ressalta o autor que a existência de normas desse tipo no âmbito do Direito Ambiental Internacional é objeto de um debate jurídico não consensual⁴⁶.

Conclui-se, portanto, que, não obstante a possibilidade de normas *jus cogens* serem aplicadas, por exemplo, no ambiente marítimo (com destaque para as normas do Direito Internacional Humanitário)⁴⁷, a temática do *jus cogens* e o direito ambiental está longe de ser pacífica juridicamente e, também, a nível político, em que pese o florescimento tanto na doutrina, quanto nos relatórios oficiais, de uma positiva inclinação para a questão⁴⁸.

Em conclusão, observa-se que não há exemplos de normas de *jus cogens* na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. O que fez a referida convenção foi reconhecer a existência das normas imperativas, porém, sem especificar o seu conteúdo, sugerindo apenas que suas normas fossem análogas às de ordem pública em Direito Internacional.

Não obstante tais considerações, parece haver um certo consenso de que um tratado que permita o genocídio, o tráfico de escravos, a guerra de agressão, a tortura ou a pirataria, como proíbe a Carta das Nações Unidas, por exemplo, deve ser considerado nulo por contrariar o *jus cogens*. Da mesma forma, integrariam também o *jus cogens* internacional as normas proibitivas da discriminação, as que asseguram a autodeterminação dos povos, bem como os princípios de Direito Internacional Humanitário⁴⁹.

1.2.4 As fontes de normas *jus cogens*

Devido à estreita correlação entre normas *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*, percebe-se que, na prática, ambas trilham um caminho muito semelhante em matéria de fontes do Direito Internacional Público.

⁴⁶ Cfr. BASTOS, Fernando Loureiro. *Direito Internacional do Mar: guia de estudo*, Lisboa, AAFDL, 2017. p. 39.

⁴⁷ Nesse sentido, Cfr. BASTOS, Fernando Loureiro. *Direito Internacional* ..cit., p. 39. Lembra-nos o autor que, durante os trabalhos da Terceira Conferência foi expressamente rejeitada a proposta apresentada pelo Chile, em 1979, de qualificar o patrimônio comum da humanidade como norma *jus cogens*.

⁴⁸ Nesse sentido, Cfr. Fourth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. International Law Commission Seventy-first session Geneva, 29 April–7 June and 8 July–9 August 2019 [em linha]. para 123., [consultado em 10-02 2024]. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.4/727>. No referido relatório, menciona-se a necessidade do reconhecimento futuro do caráter *jus cogens* de normas de proteção ambiental internacional.

⁴⁹ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito*...cit., 154.

Nesse sentido, buscamos, neste momento, adentrar na temática, ainda não tratada, referente à divergência doutrinária no que tange à discutida hierarquia das fontes do Direito Público Internacional, sendo certo que, não obstante a prevalência do entendimento de inexistência da referida hierarquia por parte da doutrina, perduram interessantes posicionamentos em diversos sentidos.

Primeiramente, no entendimento de Valério Mazzuoli:

(...) A doutrina em geral cuida do *jus cogens* separadamente das fontes do Direito Internacional, o que não é correto. No estudo do direito das gentes as normas *jus cogens* deveriam vir destacadas em primeiro lugar, antes do estudo dos tratados e do costume internacional. Isto se deve em virtude de sua prevalência hierárquica sobre todas as outras fontes do Direito Público Internacional⁵⁰.

Sobre a questão, Portela nos expõe que:

(...) O entendimento de que não há hierarquia de fontes é majoritário na doutrina. De nossa parte, porém, entendemos que, no atual estágio da Ciência Jurídica, as normas só podem ser aplicadas à luz do ordenamento jurídico a que pertencem. Por isso, defendemos que os princípios gerais do direito e os princípios gerais do direito internacional deveriam ter precedência sobre as demais fontes do direito das gentes, por conterem preceitos que consagram os principais valores que a ordem jurídica internacional pretende resguardar e, que, nesse sentido, orientam a construção, interpretação e aplicação de todo o arcabouço normativo do direito das gentes⁵¹.

Eduardo Correia Baptista, por sua vez, entende que:

Existe uma difundida tese que afirma não existir qualquer hierarquia entre as Fontes em DIP; para os seus defensores, Tratado e Costume encontram-se no mesmo plano hierárquico podendo as suas normas revogar-se mutuamente. Por isso mesmo, entendem que existe, sim, uma simples hierarquia de normas invocando, nomeadamente o *jus cogens*. Não se pode concordar com esta tese. Pensa-se, pelo contrário, que existe uma hierarquia de fontes⁵².

Encontrando fundamento na derogabilidade para fundamentar a superioridade hierárquica do Costume face ao tratado, Baptista conclui que “o tratado é, portanto, uma mera fonte derivada e subordinada, que vai buscar seu fundamento à norma costumeira *Pacta Sunt Servanda*. Como é natural, desde logo,

⁵⁰ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito... cit...*, p. 178.

⁵¹ Cfr. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, *Direito Internacional Público e Privado*. 3ª edição, Salvador: JusPodivm, 2011. p.70.

⁵² Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol I,...cit.,p. 88.

devido a esta superioridade, o Direito Costumeiro pode claramente revogar normas de tratados”⁵³.

De fato, o costume internacional se mostra como uma força potente, podendo-se afirmar que algumas das mais importantes normas costumeiras levaram não apenas décadas, mas séculos de desenvolvimento teórico e doutrinário para sua consolidação, aliados à prática dos Estados. Não obstante, é preciso se ter em mente que tal força (a do costume) não torna irrelevantes as demais fontes do DIP quanto à matéria. Nesse sentido, entram em cena os princípios gerais do direito, o direito convencional, e mesmo os atos unilaterais emanados de organismos de âmbito universal.

No que se refere à jurisprudência, conforme mencionado anteriormente, prevalece o entendimento de que se trata, assim como a doutrina, de um meio auxiliar para a aplicação do direito.

O termo da expressão *jus cogens* tem passado, ao longo das décadas, por um crescimento substancial no que se refere à jurisprudência das cortes internacionais de justiça e, nessa esteira, incluem-se os tribunais *ad hoc*. Nesse sentido, criado para dar resposta às vítimas de crimes contra a humanidade, de genocídio e de guerra cometidos na região dos Bálcãs na década de 90, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugulávia, no caso Kunarac, reconheceu de forma expressa o caráter *jus cogens* da proibição da tortura, tendo, outrossim, reconhecido o estupro e a escravidão como “crimes contra a humanidade”⁵⁴.

A título exemplificativo, quanto aos sistemas regionais de proteção, importa destacar a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da análise da Opinião Consultiva sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Em relação ao referido parecer, o juiz Cançado Trindade firmou o entendimento de que o Estado está obrigado pela normativa da proteção internacional dos direitos humanos, que protege toda pessoa humana *erga omnes*,

⁵³ Cfr BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol I,...cit.,p.88. Em sentido contrário, Mazzuoli: não há diferença hierárquica entre os costumes e os tratados internacionais. O tratado em vigor é apto para derogar, entre as partes que o concluem, certa norma costumeira anterior, na mesma proporção que o costume superveniente pode derogar norma proveniente de um tratado (caso em que normalmente se fala que o tratado caiu em desuso, por não ser mais observado ou por não mais satisfazer as necessidades correntes). Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito...cit.*, p.141.

⁵⁴ Cfr. Kunarac et al. (IT-96-23 e 23/1). International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 [em linha]. para. 466 [consultado em 16-03-2024]. Disponível em: <https://www.icty.org/en/case/kunarac>.

independentemente de seu estatuto de cidadania, ou de migração, ou qualquer outra condição ou circunstância. Os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são oponíveis ao poder público e igualmente aos particulares (v.g., os empregadores), nas relações interindividuais⁵⁵.

Após a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o número de decisões das cortes internacionais, aplicando o conceito de *jus cogens*, aumentou de maneira significativa. Como veremos mais adiante, em que pese a CIJ ter, ao longo das últimas décadas, se mantido relutante em fazer expressa menção ao termo *jus cogens* para qualificar expressamente certos direitos e obrigações, cremos que não tardará para que esta realidade seja modificada.

1.2.5 A relação entre o *jus cogens* e as obrigações *erga omnes*

Conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o *jus cogens* é definido como "normas imperativas de Direito Internacional geral, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo, a partir das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por uma norma de Direito Internacional geral posterior que tenha a mesma natureza".

Dizer que o *jus cogens* é "norma imperativa de Direito Internacional geral" não significa dizer que seus preceitos são somente obrigatórios, uma vez que mesmo aqueles derivados do *jus dispositivum* também o são, mas quer significar que são insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes. Em princípio, toda norma jurídica é obrigatória, mas nem todas são imperativas, como é o caso do *jus cogens*. A imperatividade das normas de *jus cogens* passa assim, a encontrar o seu fundamento de validade na sua inderrogabilidade. São normas imperativas, fato que implica em certa restrição à autonomia dos Estados e a perda da faculdade de o governo dispor livremente dos seus interesses, submetendo-os aos ditames da ordem pública internacional.⁵⁶

É fulcral, nesse sentido, ter-se em mente que a vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados não possui força diante de uma norma cogente internacional. Aliás, importante o entendimento de Cançado Trindade, segundo o

⁵⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo nº 18 sobre Condición Jurídica e Derechos dos Migrantes Indocumentados de 17.09.2003- Voto Concordante do Juiz Cançado Trindade, p.27, para 85.

⁵⁶ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito...cit.*, pp. 153-154.

qual, para além de vincular a comunidade internacional como um todo (dimensão horizontal), as normas de *jus cogens* e suas respectivas obrigações *erga omnes* vinculam não apenas os órgãos e agentes do poder público, mas também os particulares em suas relações *inter se* (dimensão vertical)⁵⁷.

Posto que a obrigatoriedade não é um elemento diferenciador entre as normas *jus cogens* e as ditas obrigações *erga omnes*, tal distinção reside no reconhecimento de uma qualidade de direito material, o que torna as normas *jus cogens* materialmente superiores. Não admitem, portanto, derrogação ou modificação por meio de acordos internacionais ou atos unilaterais de Estados.

Portanto, são normas que se caracterizam pelo fato de serem gerais e universais, em virtude de serem “aceitas e reconhecidas pela comunidade Internacional dos Estados como um todo”. Conforme já mencionado, para a caracterização desta generalidade, segundo a doutrina majoritária, é prescindível a aceitação por todos os membros da comunidade internacional, mas sim de sua maioria⁵⁸.

Portanto, visto que subjacente a uma norma *iuris cogentis* se encontra necessariamente um interesse público internacional, e dado que as obrigações *erga omnes* são um mero reflexo jurídico deste género de interesse, resulta claro que todas as normas de *Ius Cogens* impõem obrigações *erga omnes*. Se o interesse público internacional é o fundamento e critério de *Ius Cogens*, a obrigação *erga omnes* é o seu reflexo natural e mais facilmente verificável⁵⁹.

Nesse sentido, observam-se duas qualidades: a de direito material superior (*jus cogens*) e a qualidade de implementação do direito (através das obrigações *erga omnes*). Em conclusão, e a título de exemplificativo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que todas as normas *jus cogens* geram obrigações *erga omnes* e que aquelas representam um conceito de direito material, ao passo que as obrigações se referem à estrutura de desempenho das entidades e dos indivíduos obrigados⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2013. p.133.

⁵⁸ Cfr. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional ...cit.*, p. 47.

⁵⁹ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens ...cit.*, p. 318.

⁶⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo n. 18 sobre Condición Jurídica e Derechos dos Migrantes Indocumentados de 17.09.2003- Voto Concordante do Juiz Cançado Trindade, p.26, para.80.

1.2.6 *Jus cogens* e a Comissão de Direito Internacional

Feitas tais considerações, cumpre destacar o recente desenvolvimento dado pela CDI à teoria do *jus cogens*, cujo desdobramento se materializou por meio da adoção do Projeto de Conclusões sobre Normas Imperativas de Direito Internacional.

Em 2016, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas decidiu enfrentar o tema do *jus cogens* de maneira focada e exclusiva. Assim, na sequência do quarto relatório do sul-africano Dire Tladi, foi adotado, em primeira leitura, o texto do Projeto de Conclusões sobre Normas Imperativas de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), cuja maior contribuição foi a inclusão de uma lista exemplificativa de normas de caráter *jus cogens*. A inclusão dessa lista no Projeto de Conclusões demonstra mais do que um ponto de viragem da CDI em relação ao tema. A Comissão percebeu, finalmente, que não poderia se omitir de elaborar uma lista ilustrativa somente porque alguns poderiam interpretá-la como exaustiva⁶¹.

Portanto, a CDI, ao incluir o tema do *jus cogens* no seu programa de trabalho, nomeou, como Relator Especial, Dire Tladi, o qual, entre os anos de 2016 e 2019, apresentou quatro relatórios consecutivos à Comissão, que acabou por adotar, na sessão de número 71, o texto do Projeto de Conclusões sobre Normas Imperativas de Direito Internacional Geral.

O quarto (e último) relatório, apresentando em 2019, possui dois pontos de especial destaque: a análise da viabilidade do chamado “*jus cogens* regional” e a conclusão de uma lista exemplificativa de normas, ponto este de maior relevância no que diz respeito ao atual desenvolvimento da teoria do *jus cogens*.

No quarto relatório, o Relator Especial apresenta as razões para não incluir um projeto de artigo em relação ao tema do *jus cogens* regional. Nesse sentido, citam-se desde problemas conceituais acerca, por exemplo, da definição da região abrangente da norma *jus cogens* regional, bem como a falta de prática para fundamentar a existência desta categoria jurídica⁶².

O Relator aborda a interessante questão referente ao estabelecimento (ou formação) de um *jus cogens* regional, em termos conceituais. Segundo Tladi, teoricamente, seria difícil explicar por que razão um Estado individual, em uma

⁶¹ Nesse sentido, Cfr. DE FARIAS, Eduardo Pimentel, *Anotação sobre...*,cit.,,p.61.

⁶² *Idem.* p.74.

região talvez hostil a esse Estado, teria de estar vinculado a uma norma que não possui o caráter *jus cogens* universal e com o qual não consentiu (ou se consentiu, não consentiu com seu *status* peremptório, e conseqüentemente, com todas as conseqüências que dele surgem)⁶³. Na opinião de Dire Tladi, a doutrina apoiadora do *jus cogens* regional não é consistente e clara, pois não explica a contento como se dão as conseqüências de uma norma imperativa regional.⁶⁴

Em continuação, quando da análise dos *Draft Articles*, resta claro que a CDI, quando da elaboração do mesmo, não teve a intenção de estabelecer, ainda que de forma exemplificativa, nenhuma listagem de quais normas poderiam ser consideradas como normas imperativas do DIP.

Definitivamente, a aprovação de uma lista exemplificativa foi o melhor fruto advindo do quarto relatório referente ao Projeto de Conclusões sobre Normas Imperativas de Direito Internacional Geral. Nesse sentido, o anexo do referido projeto expressamente conferiu às seguintes normas o caráter *jus cogens*: a interdição da agressão, da tortura, do genocídio, dos crimes de lesa humanidade, do *apartheid*, da escravidão, o direito à autodeterminação e as regras fundamentais do Direito Internacional Humanitário⁶⁵.

2. A Responsabilidade Internacional dos Estados

2.1 Breve contexto histórico

A evolução histórica do conceito jurídico de responsabilidade revela que o conceito, o fundamento e as conseqüências da responsabilidade dependem do grau de coesão social e da visão do justo em cada comunidade humana⁶⁶.

As discussões acerca dos efeitos advindos do incumprimento de determinadas regras de cunho internacional se iniciaram há séculos, e perfizeram (e ainda perfazem) um extenso trabalho acadêmico, cuja evolução tem contado com doutrinadores de todo o mundo.

⁶³ Cfr. Fourth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur. International Law Commission Seventy-first session Geneva, 29 April–7 June and 8 July–9 August 2019 [em linha]. para 18. [consultado em 24-03-2024]. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.4/727>.

⁶⁴ Cfr. *Idem* [em linha]. para. 26-36. Dire Tladi aponta alguns doutrinadores partidários da teoria do *jus cogens* regional, como Robert Kolb, Erika de Wet, Georgio Gaja e Allan Pillat.

⁶⁵ Cfr. *Idem*. [em linha], para 137.

⁶⁶ Cfr. RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p.57.

Nesse sentido, Jonatas Machado aduz à existência da ideia de responsabilidade que já se observava nas exigências e compensações entre os vencedores e perdedores nas guerras, ainda que feitas tais exigências em contextos de guerras injustas, passando o autor a fazer referência a tratados internacionais como instrumentos próprios para a responsabilização internacional. Citem-se: o Tratado de Francoforte, a IV Convenção de Haia, que versava sobre a responsabilidade de atos das forças armadas, e o tratado de Versalhes⁶⁷.

Entre os pioneiros na delimitação do conceito de responsabilidade internacional do Estado, devemos citar Hugo Grotius, que em sua obra *Jure Belli ac pacis* (1625) elaborou considerações sobre o ressarcimento do dano por ato injusto do Estado. Entretanto, o primeiro exame dos princípios da responsabilidade internacional do Estado coube a A.G Heffer, que sistematizou o estudo do tema pela primeira vez em 1840⁶⁸.

Cumprir frisar que o século XX representa a necessidade de desenvolvimento e fortalecimento do Direito Internacional, e a criação da Liga das Nações (posteriormente, Organização das Nações Unidas) e, por meio dela, a criação da Comissão de Direito Internacional representou uma grande alavanca para o desenvolvimento de matérias de profunda importância na seara do Direito Internacional Público.

Criada por meio da resolução 174 (II) da Assembleia Geral, em 21 de Novembro de 1947, a CDI teve sua primeira sessão anual aberta em 12 de Abril de 1949, cujo desdobramento foi a indicação de 14 tópicos a serem objeto de codificação, incluindo o tema da responsabilidade internacional dos Estados.

Dado impulso em 1955, os trabalhos direcionados à conclusão dos *Draft Articles* contaram com a colaboração de diversos relatores, como F. V García-Amador e Roberto Ago. Por fim, coube ao relator especial James Crawford a finalização do projeto, após a discussão dos pontos controvertidos, como a noção de crime internacional do Estado, e a posterior organização e adequação do Projeto ao estado de desenvolvimento do DIP então vigente.

Desse modo, em termos atuais, pode-se inferir que os estudos conducentes à finalização do Projeto de Artigos de 2001 representam o mais avançado estágio

⁶⁷ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M, *Direito Internacional ...*,cit.,pp. 627- 629.

⁶⁸Cfr. BROWNLIE, Ian, *System of the Law of Nations- State Responsibility*, Oxford, Clarendon press, 1983. p.7

no que se refere à temática da responsabilidade internacional dos Estados. Felizmente, os trabalhos da CDI mostram-se contínuos, o que pôde ser analisado com a aprovação do Projeto de Conclusões sobre Normas Imperativas de Direito Internacional de 2019, o qual, certamente, engrandece o desenvolvimento teórico desta importante seara do DIP.

2.2 Definição e fundamentos

Para Badesvant, em seu clássico Dicionário de Direito Internacional, a responsabilidade consiste em um elo de “conexão, tanto política quanto jurídica, a um Estado da iniciativa e consequências” de um comportamento adotado. Conclui o autor que se trata a responsabilidade internacional de:

(...)obrigação que incube, conforme o 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 súditos⁶⁹.

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 considere⁷⁰.

Por fim, importa frisar que os *Draft Articles* não nos trazem uma definição expressa do conceito de responsabilidade, não obstante, podemos extrair, dos seus comentários, que o artigo 1 revela o princípio básico subjacente à matéria⁷¹, qual seja: a violação de uma obrigação internacional por um Estado implica a sua responsabilidade internacional. Ou seja, nas relações internacionais, os Estados são sujeitos responsáveis por seus atos, e de tal responsabilidade se extrai o dever de arcar com as consequências dos mesmos.

No que tange aos fundamentos da responsabilidade internacional, é certo que, quando a lei impõe ao autor de certos fatos ou a ao beneficiário de certa atividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, em virtude de sua

⁶⁹ Cfr. BADESVANT, Jules, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, pp.540-541.

⁷⁰ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional.....*, cit., p.565.

⁷¹ ‘todo fato internacionalmente ilícito de um Estado gera a sua responsabilidade internacional’.

atuação, perfaz-se a figura da responsabilidade civil, a qual surge da necessidade imposta pela lei de compelir o causador do dano de colocar o ofendido na situação que estaria sem a lesão⁷².

Nesse sentido, o Direito Internacional Público, não obstante suas especificidades enquanto ramo/sistema jurídico, também é composto por normas que trazem consigo o fundamento para que sanções sejam estabelecidas em caso de seu descumprimento. Os sujeitos internacionais agem, portanto, dentro das balizas de um sistema sancionador, que lhes exige responsabilidade quando da sua atuação.

Sendo uma consequência da imputação decorrente da incidência da norma, a responsabilidade internacional resta configurada quando presentes seus elementos constitutivos, em que pese haver divergências doutrinárias a respeito, por exemplo, da imprescindibilidade de alguns ditos pressupostos, a exemplo do dano, questão que será analisada em momento oportuno.

2.3 Natureza jurídica

Há duas grandes grandes teorias acerca da natureza jurídica da responsabilidade internacional do Estado: a corrente subjetivista (teoria da culpa) e a objetivista (teoria do risco).

A doutrina *subjetivista*, ou teoria da culpa, defendida por Hugo Grotius, apregoa que a responsabilidade internacional deve derivar de um ato culposo (*strictu sensu*) do Estado ou doloso, em termos de praticar o ato ou evento danoso. Nesse sentido, é imprescindível que o Estado que praticou o acto ilícito tenha agido com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou dolo intencional⁷³.

Por sua vez, a doutrina *objetivista*, ou teoria do risco, pretende demonstrar a existência da responsabilidade do Estado no simples fato de ter ele violado uma norma internacional que deveria respeitar, não se preocupando em saber quais foram os motivos ou os fatos que levaram a atuar delituosamente. Portanto, segundo esta teoria, a responsabilidade do Estado surge em decorrência do nexo de causalidade existente entre o ato ilícito praticado pelo Estado e o prejuízo sofrido

⁷² Cfr. MOTA, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1996. p.114.

⁷³Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, ob.cit.,. p.439.

por outro, sem necessidade de se recorrer ao elemento psicológico para aferir a responsabilidade daquele⁷⁴.

A teoria do risco tem sido comumente associada pela doutrina a determinadas matérias, como o direito ambiental, ou a atividades muito específicas, revestidas de alto grau de periculosidade. Nesse sentido, e a título exemplificativo, estariam incluídas a responsabilidade decorrente de atividade nuclear, da poluição marinha por hidrocarbonetos e outros poluentes e a responsabilidade internacional por danos causados por objetos espaciais⁷⁵.

Em conclusão, cumpre ressaltar que, em termos gerais, a jurisprudência internacional, ao longo das décadas, tem mostrado uma maior inclinação à teoria subjetivista (ou teoria da culpa), em que pese seja uma tendência natural que haja um aumento da aplicação da teoria objetivista em julgados que dizem respeito à responsabilidade internacional dos Estados.

2.4 O regime da Responsabilidade Internacional

A matéria relativa à responsabilidade internacional dos Estados se encontra entrelaçada nas mais diversas fontes do DIP, nomeadamente, no Costume e no Direito Convencional

Torna-se evidente que, em termos teóricos, o estágio mais avançado no que tange à matéria se encontra fincado no internacionalmente conhecido *Draft of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*.

Nesse sentido, os *Draft Articles* foram aprovados por um voto da Assembleia Geral da ONU, anexo à resolução 56/82 de 12 de Dezembro de 2001, encontrando-se estruturado em quatro partes, as quais envolvem 10 capítulos e 59 artigos, dispostos da seguinte forma: Parte I – O Ato internacionalmente ilícito de um Estado; Parte II – O conteúdo da Responsabilidade Internacional do Estado; Parte III – Implementação da responsabilidade internacional de um Estado; Parte IV – Provisões gerais.

⁷⁴*Idem.*

⁷⁵ Cfr. DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain.. *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Tradução Vítor Marques Coelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.526. Conferir algumas convenções: Convenção de Paris (responsabilidade civil no campo de energia nuclear) de 1960; b) Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares de 1963, c) Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil por Danos Causados por Objetos Espaciais de 1972; d) Convenção sobre a Responsabilidade Civil por dano Decorrente de Poluição por Óleo, Resultante de Exploração de Recursos Minerais no subsolo Marinho, de 1977.

Quanto à natureza jurídica do projeto, é difundido o entendimento acerca da sua natureza *soft law*, o que nos remete a algumas ponderações.

Nesse sentido, cumpre fazer menção à divergência doutrinária acerca da natureza jurídica das resoluções adotadas pela Assembleia Geral da ONU, qual seja, se elas possuem ou não um caráter vinculativo⁷⁶. Nesse sentido, há uma corrente doutrinária que descaracteriza qualquer importância jurídica destas resoluções, vistas como meras “recomendações” aos seus destinatários (os Estados), que não estariam, conseqüentemente, sob o manto de qualquer responsabilidade em cumpri-las. Portanto, tendo-se em vista que os artigos encontram-se anexados a um ato da Assembleia Geral (resolução 56/83, de 12 de Dezembro de 2001), subsiste um entendimento de que o Projeto estaria dentro da categoria *soft law*⁷⁷.

Eduardo Correia Baptista fundamenta seu ceticismo quanto à figura do *soft law*:

Se não for possível retirar da disposição nenhum conteúdo jurídico vinculativo ter-se-á de concluir que este não tem eficácia jurídica. Mas, se ao contrário, for possível ainda retirar alguma obrigatoriedade, julga-se que, em relação a esse aspecto, por diminuto que exija, existirá ainda eficácia jurídica. Parece difícil de configurar algo que é pouco ou muito obrigatório. As coisas ou o são ou não o são, não podem ser simultaneamente obrigatórias e livres. Encara-se, pois, com algum ceticismo a figura da *soft law*⁷⁸.

Conforme o autor, as recomendações da Assembleia Geral das Nações Unidas são mais adequadamente enquadradas no procedimento de formação do Direito Costumeiro, ou, em última análise, como meio de alteração tácita da CNU, refutando-se a origem de uma nova categoria jurídica autônoma, de fronteiras indefinidas e bases jurídicas pouco convincentes⁷⁹.

⁷⁶ Jorge Miranda entende que “os actos praticados ao abrigo da primeira competência da AG (a que se refere às relações internacionais em geral) não revestem força vinculativa para os Estados, ainda que possam dar origem, como já têm dado, à formação de normas de Direito Internacional ou comum”. Nesse sentido, Cfr. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito* ..cit., p. 245.

⁷⁷ “A expressão *soft law* não diz respeito à flexibilidade do direito propriamente dito, mas à plasticidade ou maleabilidade de suas normas. O direito existe na *soft law* mas com conteúdo jurídico mais fácil de ser trabalhado, seja nos foros internacionais, seja no seio de organizações internacionais, sem um comprometimento estrito a regras rígidas previamente estabelecidas pelas partes. Mas não se pode negar que a incerteza jurídica nessa seara ainda é grande e a coerência pretendida desse sistema ainda não está à vista”. Nesse sentido, Cfr. SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Atlas, 2002. p. 138.

⁷⁸ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Vol I...*, cit., .p. 88.

⁷⁹ *Idem, Ibidem*.

Enquadrar os *Draft Articles* como instrumento *soft law*, despido de vinculatividade e dotado de “fraca juridicidade”, não nos parece o posicionamento mais acertado⁸⁰. Aliás, não obstante o Estatuto da CIJ não enquadrar os ditos “instrumentos de *soft law*” como fontes de Direito Internacional, o que se percebe, na prática, é uma notória harmonia entre a jurisprudência da CIJ e o regime dos *Draft Articles*.

Para além da questão referente à vontade política por parte dos Estados quanto à aceitação do projeto e da vinculatividade de suas normas, não se nega a presença de pontos cinzentos e merecedores de um maior desenvolvimento por parte da CDI⁸¹. Não obstante, é certo que o Projeto de 2001 representa um importantíssimo marco na evolução do Direito Internacional, cuja repercussão e influência se revelam na prática estatal, nas decisões dos tribunais internacionais e na evolução doutrinária sobre o tema de responsabilidade internacional.

2.4.1 O fato internacionalmente ilícito

Segundo o conceito clássico, ao qual parte da doutrina permanece ligada, a responsabilidade limita-se a uma obrigação de reparar um dano. O prejuízo tinha então um lugar central. Esta aproximação apresentava a vantagem de unificar o próprio conceito de responsabilidade internacional em redor de um fato gerador único: quer fosse decidido na sequência de infração ao direito ou unicamente da superveniência de um dano em violação de uma obrigação internacional, não pressupunha consequências concretas, a não ser na medida, em que o fato gerador tivesse causado um dano a um sujeito de direito internacional⁸².

Essa concepção estreitamente civilista e *interpersonalista*, era adaptada a uma sociedade internacional feita de soberanias justapostas, na qual cada Estado

⁸⁰ Sobre a difícil caracterização do *soft law*, reflete Mazzuoli: (...) é necessário ter cuidado, para não se atribuir caráter de *soft law* a instrumentos internacionais de importância infinitamente superior. Dentre as várias “declarações” conhecidas em Direito Internacional, a mais famosa é seguramente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Esta, como se sabe, não está revestida da natureza de um *tratado*, mas tampouco se pode falar que ela integra os instrumentos *soft law*. Trata-se de um código de ética universal relativamente à proteção internacional dos direitos humanos e integra o *jus cogens* internacional. Nesse sentido, Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional...*,cit.,p. 186.

⁸¹ Dentre os temas mais controversos dos *Draft Articles*, destacam-se: as violações graves de normas imperativas do direito internacional geral (artigos 40. e 41), as condições de verificação e o alcance da legítima defesa enquanto causa excludente da ilicitude (artigo 21), bem como das contramedidas (artigos 22 e 49).

⁸² Cfr. DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain. *Direito Internacional...*,cit.,p.778.

era livre para prosseguir seus próprios interesses, sem respeito pelos de uma comunidade internacional. Nesse sentido, foi crucial o constante e firme desenvolvimento da teoria do *jus cogens* no quadro do direito dos tratados, cujos reflexos se dirigiram ao projeto de artigos da CDI sobre a responsabilidade do Estado por fato internacionalmente ilícito⁸³.

O fundamento do direito comum da responsabilidade é, portanto, a ilicitude. Nesse sentido, cumpre deixar claro que o ato ilícito é o que viola os deveres ou as obrigações internacionais do Estado, quer se trate de fato positivo, quer de fato negativo, isto é, de omissão. Tais obrigações não resultam apenas de tratados ou convenções, uma vez que podem decorrer também do costume ou dos princípios gerais do direito⁸⁴.

A violação de uma obrigação internacional se perfaz independentemente da existência de um dano⁸⁵. Por exemplo, a violação sistemática do espaço aéreo de um Estado pode não causar qualquer dano, embora seja acionável junto à CIJ tendo em vista a obtenção junto deste órgão judicial de uma declaração expressa da ocorrência da violação da integridade territorial do Estado lesado e uma afirmação dos deveres de cessação da conduta ilícita e de prestação de garantias de não repetição. Em causa, estão as dimensões declaratória e inibitória da responsabilidade⁸⁶.

Desse modo, o dano, que pode ser material ou moral, não é elemento obrigatório para a configuração da responsabilidade civil⁸⁷. Sua importância se revela quando da determinação da reparação devida: sua natureza, *quantum* do montante indenizatório, entre outros. Ou seja, o dano, em termos de responsabilidade internacional do Estados, está fundamentalmente ligado à reparação, quais sejam as formas que esta assuma no caso em tela.

⁸³ *Ibidem, ibidem.*

⁸⁴ Cfr. ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012, p.503.

⁸⁵ Em sentido oposto, sustentando a imprescindibilidade do dano: não há o que se falar em responsabilidade internacional sem que do ato ilícito tenha resultado um dano para outra personalidade de direito das gentes. O dano, entretanto, não será necessariamente material, não terá em todos os casos uma expressão econômica. Existem, como veremos, danos imateriais de variada ordem, suscetíveis de justificar, por parte do Estado faltoso, uma reparação também destituída de valor econômico. Cfr. REZEK, J.F. *Direito Internacional ...cit., ...*,p.266.

⁸⁶ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional...*,cit., p 644.

⁸⁷ No caso de responsabilidade por um ato não proibido pelo DI, para que ela exista é preciso que haja um dano. Já no caso de o ato praticado ser ilícito, a responsabilidade poderia existir, não sendo necessário um dano, porque o “Estado vítima sofreu um prejuízo jurídico”, isto é, ele tem o interesse de ver o DI respeitado. Nesse sentido, Cfr. MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, 15ª ed. Vol I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 525.

Pode-se concluir que esta orientação foi claramente seguida pelos *Draft Articles* de 2001, de cujos comentários se pode depreender o caráter subsidiário do dever de reparação⁸⁸. Nesse sentido, a dicção do artigo 1 é reveladora de um princípio muito bem firmado no Direito Internacional, segundo o qual “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta a sua responsabilidade internacional”.

Por fim, e no que se refere à jurisprudência internacional, pode-se afirmar que são inúmeros os casos em que a Corte Internacional de Justiça, de forma muito clara, sustentou o princípio básico pelo qual o descumprimento de uma obrigação internacional por um Estado enseja sua responsabilidade. À guisa de exemplo, cumpre mencionar os casos Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua,⁸⁹ e o caso Projeto Gabckovo-Nagymaros⁹⁰.

2.4.2 A imputabilidade

A imputação consiste na atribuição da conduta reprovável ou censurável a um sujeito de Direito Internacional- *maxime* Estados ou Organizações Internacionais. Na verdade, torna-se necessário saber a quem atribuir a prática do facto ilícito por forma a determinar com objectividade quem é o responsável pela reparação dos prejuízos. Portanto, trata a imputação do elemento subjectivo da responsabilidade⁹¹.

Importante frisar, inicialmente, que os *Draft Articles* evitam caracterizar o elemento da atribuição como “subjetivo” ou “objetivo”. Enfatize-se que a Comissão, através dos comentários, deixa a entender que, em alguns casos, o elemento subjetivo é essencial, traduzido, por vezes, como “intenção” e “conhecimento”.

Nesse sentido, cite-se, como exemplo, o artigo 2 da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, o qual prevê que: “na presente Convenção, genocídio significa qualquer um dos seguintes actos

⁸⁸ Dos comentários dos *Draft Articles* se extrai: afirma-se, pois, que “(...) uma terceira visão, que passou a prevalecer, sustentava que as consequências de um ato internacionalmente ilícito não podem ser limitadas nem à reparação nem a uma “sanção”.Cfr. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, p. 33. [consultado em 03-04-2024] disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.

⁸⁹ Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292.

⁹⁰ Cf *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Merits, I.C.J reports, 1997, p. 4, para 47.

⁹¹ Cfr. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional...cit*, p.505.

cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um Estado nacional, étnico, grupo racial ou religioso, como tal...”. Em resumo, se a responsabilidade se caracteriza como “objetiva” ou “subjéctiva” dependerá de certas circunstâncias, levando-se em consideração o conteúdo da obrigação primária em questão, e tal entendimento dependerá da norma violada e da própria interpretação dos órgãos jurisdicionais competentes⁹².

Atualmente, não se sustenta que o Estado é responsável pelos atos de particulares, sejam nacionais ou estrangeiros, cometidos no seu território. A responsabilidade derivará da atitude do próprio Estado. Nesse sentido, o ato ilícito do particular não acarreta necessariamente a responsabilidade do Estado, mas apenas pode ocasioná-la se o Estado não cumprir a sua responsabilidade perante a ordem internacional, notadamente em relação a dois deveres: o de prevenir o ilícito e o de reprimi-lo⁹³.

Nos termos do regime proposto pelos *Draft Articles*, é consagrada a regra geral pela qual a única conduta atribuída ao Estado no plano internacional é a de seu órgãos do governo ou de outros que tenham atuado sob a direção, instigação ou controle destes mesmos, ou seja, como agentes do estado⁹⁴. Tais órgãos abarcam os poderes constituintes, 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 qualquer entidade a quem tenham sido legalmente atribuídas prerrogativas de direito público, desde que no exercício das mesmas⁹⁵.

Segundo Accioly, o Estado deve reparar o dano causado pelo seu funcionário incompetente, que executou o ato lesivo utilizando-se de sua qualidade oficial, porque tal qualidade, apesar da incompetência, não deixa de ligar o funcionário ao Estado⁹⁶. Tal imputação verifica-se mesmo *ultra vires*, isto é, quando excedidos os seus poderes de autoridade ou desrespeitadas as suas instruções pelos funcionários e agentes estaduais, na medida em que se presume que subsiste a possibilidade de controle de facto por parte do Estado⁹⁷.

⁹² Nesse sentido, Cfr. *Draft articles on...*cit, p.34.

⁹³ Cfr. MELLO, Celso de. *Curso de Direito...*cit.,, p.536.

⁹⁴ Nesse sentido, Cfr. BROWNLEE, Ian, *System of the Law...*cit., pp. 132-166.

⁹⁵ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional...*cit.,, p. 639.

⁹⁶ Cfr. ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito...*cit., p. 507.

⁹⁷ Cfr. MACHADO. Jónatas E. M. *Direito Internacional...*cit., p.639.

Eis, basicamente, o regime consubstanciado por meio dos artigos 4 ao 11 dos *Draft Articles*, os quais vêm, inclusive, encontrado imenso respaldo na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

Nesse sentido, algumas decisões merecem especial menção. No caso de Atividades Militares e Paramilitares no Nicarágua, a CIJ entendeu que a atuação dos Estados Unidos não se deu de maneira suficiente para descaracterizar o controle do grupo Contras em relação aos seus próprios atos, o que vale dizer: não houve, na opinião da Corte, o chamado “controle efetivo” por parte dos Estados Unidos, de modo que sua responsabilidade pelos atos em questão restou descaracterizada.⁹⁸.

No Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã, a CIJ considerou que, dada a aprovação das autoridades iranianas, a ocupação contínua da embaixada americana por um grupo de militantes e a persistente detenção dos reféns feitos assumiram o caráter de atos do Estado. Os militantes tornaram-se, desse modo, agentes do Estado iraniano, cuja responsabilidade internacional foi declarada pela Corte. Este caso é bastante exemplificativo do regime proposto pelo art.11 dos *Draft Articles*, o qual regula a imputabilidade do Estado por uma conduta por ele conhecida e adotada como própria⁹⁹.

2.4.3 A Violação de uma obrigação internacional

O artigo 2, “b”, dos *Draft Articles* posiciona a quebra de uma obrigação internacional como um dos elementos ensejadores da responsabilidade dos Estados. Por sua vez, extrai-se do artigo 12 que tal violação é derivada de “um ato deste Estado que não está em conformidade com o que lhe é referido pela obrigação, seja qual for sua a origem ou natureza” .

Inicialmente, convém frisar que o regime da responsabilidade internacional dos *Draft Articles* deixa de fora a questão da natureza objetiva (sem culpa) ou subjetiva (com culpa) da responsabilidade internacional. A mesma é relegada para regimes convencionais específicos, na medida em que, mais do que numa natureza compensatória, esse tipo de responsabilidade assenta em objetivos de cooperação

⁹⁸ Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986. p.65, para 116.

⁹⁹ Cfr. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980. p. 35, para. 74.

internacional nos domínios da definição de normas primárias e *standards* de conduta, da prevenção e da minimização de riscos e maximização de vantagens¹⁰⁰.

De modo exemplificativo, vale a menção de que a questão da responsabilidade internacional por danos ambientais é, particularmente, bastante desafiadora, uma vez que nem sempre é fácil imputar uma conduta ambientalmente danosa a determinado Estado.

Desse modo, os níveis de impacto ambiental indenizáveis podem ser determinados a partir da adoção de *standards* regulatórios, sendo certo que a sua ausência acarreta uma livre estipulação por parte dos Estados e eventuais divergências com consequências ambientais e econômicas. Portanto, em termos de proteção e responsabilização ambiental, deparamo-nos com um regime muito diverso e esparso em instrumentos internacionais que definem, caso a caso, os elementos ensejadores desta responsabilidade específica¹⁰¹.

Um outro regime de responsabilidade internacional muito peculiar se encontra na Convenção sobre Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais de 1972, o qual dispõe, em seu artigo 2, que “um Estado lançador será responsável absoluto pelo pagamento de indenização por danos causados por seu objetos espaciais na superfície da Terra ou a aeronaves em vôo”. Eis um regime de responsabilidade de natureza objetiva baseado na prática de uma atividade lícita geradora de riscos consideráveis.

Por fim, cumpre frisar que outro importante ponto diz respeito à natureza da obrigação violada, ou seja, se estamos diante de uma obrigação *inter partes* ou *erga omnes*. No primeiro caso, tratam-se de obrigações normalmente assentes em relações baseadas em princípios de interdependência e reciprocidade, resultantes de um tratado bilateral ou multilateral restrito. As obrigações *erga omnes*, conforme analisado anteriormente, dizem respeito à proteção de um interesse coletivo definido por Estados partes num tratado multilateral aberto¹⁰². Tal distinção é de extrema relevância e possui reflexos consideráveis em termos de responsabilidade internacional, como se verá no decorrer deste trabalho.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Cfr. ROSENSTOCK, Robert. *The ILC and State Responsibility*,96, American Journal of International Law, 4, 2002.p.795 e ss. [consultado em 2024.04.21] disponível em: <https://doi.org/10.2307/3070678>

¹⁰¹ Em termos exemplificativos, citem-se o Tratado da Antártida de 1959 e o respectivo Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente e Anexos (1991), com regulação própria em termos de responsabilidade estatal.

¹⁰² Nesse sentido, Cfr. PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in Public International Law, How WTO Law Relates to Others Rules of International Law*, Cambridge, 2003. p.61 e ss.

Feitas tais considerações gerais, cumpre destacar que a CDI tratou expressamente do tema *jus cogens* quando da elaboração dos *Draft Articles*. Com a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria, a CDI, de forma acertada, percebeu que, para fins de responsabilidade do Estado, não se poderia deixar de lado o caráter especial de certas violações resultantes do incumprimento de normas as quais revelam um amplo interesse da comunidade internacional, tendo-se em conta a elevada importância dos direitos e obrigações envolvidos.

Nesse diapasão, o Capítulo III da parte 2 dos *Draft Articles* (“Graves violações de obrigações decorrentes de normas imperativas do direito internacional geral”) dispõe de algumas consequências advindas de um tipo específico de violação do direito internacional público, identificável com base em dois requisitos: a) tais violações devem estar ligadas a obrigações decorrentes de normas imperativas do DIP; b) exige-se um critério de seriedade das violações em causa, tendo-se em mente fatores que envolvem o seu caráter e escala.

O Capítulo III contém, desse modo, dois artigos que versam sobre a mencionada questão: o primeiro é definidor do seu âmbito de aplicação (art. 40), o segundo, por sua vez, explicita as consequências jurídicas decorrentes das violações mencionadas. Diz-no portanto, o artigo 40:

Este capítulo aplica-se à responsabilidade internacional que resulta de uma violação grave por um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral. 2. A violação de tal obrigação é grave se envolver uma falha grave ou sistemática por parte do Estado responsável no cumprimento da obrigação.

Desse modo, o referido artigo estabeleceu dois critérios, em diferentes parágrafos, para que se possa identificar as mencionadas “violações graves”. O primeiro diz respeito ao caráter da obrigação violada, que deve originar de uma norma imperativa do direito internacional geral, devendo-se estar atento ao fato de que os *Draft Articles* tomam por base o conceito estabelecido pelo art. 53 da Convenção de Viena de 1969 para definição das referidas normas.

O segundo parágrafo determina que a intensidade e o caráter sistemático e contínuo da violação são critérios para a configuração de uma violação grave de uma obrigação internacional. Convém ressaltar, desse modo, que se entende por sistemático o incumprimento de uma obrigação internacional feito de maneira

organizada e deliberada. Por outro lado, o termo "grave" refere-se à intensidade da violação ou a seus efeitos. Denota, portanto, violações de natureza flagrante, que representam um ataque direto aos valores protegidos pela regra¹⁰³.

Em continuação, o artigo 41 estabelece as consequências resultantes das violações mencionadas no artigo antecedente:

Os Estados cooperarão para pôr fim, através de meios lícitos, a qualquer violação grave na acepção do artigo 40. Nenhum Estado reconhecerá como legal uma situação criada por uma violação grave na acepção do artigo 40.º, nem prestará ajuda ou assistência na manutenção dessa situação. 3. Este artigo não prejudica as outras consequências referidas nesta Parte e outras consequências que uma violação à qual este capítulo se aplica possa acarretar nos termos do direito internacional.

Não obstante a inexatidão de quais medidas a serem adotadas, o parágrafo 1º estipula que os Estados possuem o dever positivo de cooperar para pôr termo às graves violações de normas imperativas. Esse dever se estende, inclusive, aos Estados que não estejam, ainda que minimamente, sendo afetados pelas referidas violações. Tal cooperação pode ser não institucionalizada, bem como organizada no âmbito de uma organização internacional, com destaque para as Nações Unidas.

Em continuação, o parágrafo 2º dispõe que nenhum Estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma violação grave na acepção do artigo 40, nem prestará ajuda ou assistência na manutenção daquela situação. Ou seja, o parágrafo em análise prevê um dever de abstenção que abrange tanto o não reconhecimento de uma possível legalidade quanto às violações definidas no art.40, bem como a abstenção do fornecimento de qualquer assistência para a perpetuação das mesmas.

Por fim, o terceiro parágrafo enfatiza que uma violação grave, no sentido do artigo 40, implica em consequências legais estipuladas para todas as violações nos capítulos I e II da segunda parte do projeto. Entram em cena, portanto, os deveres de cessação e não continuação da prática do ato ilícito e, caso pertinente, o fornecimento de garantias de não repetição. Igualmente, extrai-se o dever de reparação em conformidade com as regras estabelecidas no capítulo II desta parte.

¹⁰³ Cfr. *Draft articles on....cit*, p. 113.

2.5 Causas excludentes da ilicitude

O Capítulo V do regime dos *Draft Articles* versa sobre as causas excludentes da ilicitude, ou seja, sobre circunstâncias que excluem a responsabilidade dos Estados por atos que, teoricamente, consistem na quebra de uma obrigação internacional. Tais circunstâncias permitem a um Estado ou outro sujeito, vinculado por uma norma internacional, praticar licitamente um fato que em condições normais seria tido por ilícito¹⁰⁴.

Nesse sentido, o referido capítulo elenca seis causas excludentes da ilicitude, as quais são consideradas de aplicação geral. Dispostas entre os artigos 20 a 25, tais causas são, respectivamente: a) o consentimento; b) a legítima defesa; c) contra-medidas; d) força maior; e) perigo extremo; e f) estado de necessidade.

Em um primeiro momento, faz-se oportuno frisar que tais circunstâncias não anulam ou extinguem a obrigação internacional a ser cumprida, posto que elas apenas justificam o incumprimento da norma enquanto as circunstâncias excludentes da ilicitude subsistirem, apenas.

Vale citar que a CIJ, no Caso relativo ao Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, empossou tal entendimento. No caso em questão, a Hungria procurou argumentar que a ilicitude da sua conduta relacionada à interrupção do projeto firmado sob o Tratado relativo à construção e operação do sistema de barragens Gabčíkovo-Nagymaros ocorreu por necessidade, ao passo que a Corte foi taxativa no sentido de que, ainda que fosse o caso, tal circunstância não afastaria a obrigação do referido Estado de cumprir o Tratado em comento, porquanto permaneciam vinculativas as obrigações dele decorrentes¹⁰⁵.

2.5.1 Consentimento

Inicialmente, cumpre frisar que existe alguma divergência doutrinária no que tange ao enquadramento do consentimento como causa excludente da ilicitude¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 103.

¹⁰⁵ Cfr. Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J Reports, 1997, p. 39, para. 48.

¹⁰⁶ Eduardo Correia Baptista entende que o consentimento não deve ser classificado como uma causa de Justificação. Para o autor, a ausência de consentimento encontra-se subjacente à previsão da maioria das normas primárias, de modo que a entidade titular do direito atribuído pela norma primária em causa consentir no seu desrespeito retira a acção consentida do âmbito da norma desrespeitada, de modo que não haveria qualquer acto ilícito a ser justificado. Em sequência, o autor entende que o consentimento posterior ao ato se trata de remissão de responsabilidade. Cfr.

Não obstante o relator James Crawford claramente manifestar sua discordância quanto à classificação do consentimento como causa de justificação, a CDI optou por mantê-lo dentre as causas excludentes de ilicitude, o que se pode extrair do artigo 20 dos *Draft Articles*¹⁰⁷.

Nesse sentido, em que pese não concordamos com o enquadramento feito pela CDI, seguiremos a sequência disposta pelos *Draft Articles*, como uma causa de exclusão da ilicitude.

Postas essas questões, é certo que a validade do consentimento é um ponto de extrema relevância. Nesse diapasão, Wladimir Brito entende que o consentimento somente será válido caso esteja de acordo com certos parâmetros: a) deve ser expresso (não se admite o consentimento presumido); b) deve ser livre e consciente (despido de erro ou coação, por exemplo) e c) manifestado antes da prática do fato ilícito ou no momento em que este está a ser praticado, entendendo o autor que o consentimento posterior à prática do acto configura uma renúncia do exercício do direito de reparação.¹⁰⁸

Em continuação, torna-se inválido o consentimento que endossa a violação de normas de carácter *jus cogens*, conforme se depreende do artigo 26 dos *Draft Articles*.

Ainda que não esteja em causa uma norma iuris cogentis, o consentimento apenas é eficaz em relação ao afastamento de uma norma que concede um direito ao autor do consentimento, não uma norma que cria uma relação jurídica entre o autor do consentimento e um conjunto de outras entidades (a exemplo, normas que geram obrigações *erga omnes*)¹⁰⁹.

2.5.2 Legítima defesa

Segundo Accioly, a legítima defesa pressupõe sempre uma agressão ou ataque ilícito e uma reação determinada pela necessidade imediata de defesa, reação adequada, proporcional ao ataque ou ao perigo iminente. Sua invocação tem

BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Público- Sujeitos e Responsabilidade*, Vol II, reimp, Lisboa, AAFDL. 2015.pp. 595-596.

¹⁰⁷ Diz-no o artigo 20 dos *Draft Articles* que “o consentimento válido de um Estado para a prática de um ato praticado por outro Estado exclui a ilicitude desse ato em relação ao primeiro Estado, na medida em que o ato permaneça dentro dos limites desse consentimento”.

¹⁰⁸ Cfr. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público...cit.,*, p. 520.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional*, Vol II....*cit*, p.598.

dado lugar a abusos, provenientes talvez da falta de acordo preciso sobre as circunstâncias que a caracterizam.¹¹⁰

Quanto à legítima defesa, o artigo 21 dos *Draft Articles* estipula que a ilicitude do ato de um Estado está excluída se o ato constituir uma medida legal de legítima defesa tomada em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Nesse sentido, é preciso, primeiramente, ter-se em mente que a legítima defesa, enquanto causa de justificação, deve apresentar estreita harmonia com o artigo 51 da CNU, o qual representa uma notória exceção ao princípio do não uso da força esculpido por meio do nº 4º do artigo 2.

Nesse diapasão, algumas questões se revelam extremamente importantes, tendo-se em vista que, continuamente, a legítima defesa tem sido invocada no plano internacional em contextos os quais, muitas vezes, fogem dos contornos delineados pelo art.51 da CNU¹¹¹.

A título de exemplo, a represália não tem obtido suporte, seja por parte da doutrina, seja por parte da jurisprudência da CIJ, como causa excludente da ilicitude. No caso Atividades Militares e Paramilitares no Nicarágua, a CIJ pontuou sua confiança nas resoluções da ONU como fonte de *opinio juris*, em especial a Resolução nº 2625 ("Declaração sobre os princípios de Direito Internacional referentes às relações amistosas e à cooperação entre os Estados") e frisou que Estados têm o dever de evitar atos de represália que envolvam o uso da força¹¹².

Nesse sentido, a noção de ataque armado, especialmente o de natureza grave, se mostra crucial¹¹³. A CIJ se mostrou bastante enfática sobre a questão quando do julgamento do caso Atividades Militares e Paramilitares no Nicarágua,

¹¹⁰ Cfr. ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito ...cit.*, 521.

¹¹¹ Segundo Manuel Ribeiro, sendo a legítima defesa o único fundamento lícito para o uso da força pelos Estados sem prévia autorização do Conselho de Segurança, muitas modalidades de legítima defesa têm sido invocadas para justificar ações armadas. É o caso da invocação, pelos Estados Unidos, do "caráter punitivo e dissuasor" de ações militares desencadeadas nas últimas décadas do século XX. Cita o autor ações na Líbia, Bagdá e Afeganistão como exemplos. Cfr. RIBEIRO, Manuel de Almeida, *A ONU e o uso da força pelos Estados: da letra da carta aos novos desafios do século XXI*, in: *Direito Internacional e o uso da força no século XXI*, Coordenadores Maria Luísa Duarte/ Rui Tavares Lanceiro, Lisboa, AAFDL, 2018. p. 466.

¹¹² Cfr. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, pp.97-98 ,para 183-186 and pp.101 para 191.

¹¹³ Fausto Quadros & André Gonçalves sustentam a prescindibilidade e o caráter obsoleto da exigência do ataque armado, conforme o art.51 da CNU: "Imagine-se a situação de um Estado encravado, ao qual o Estado ou os Estados circundantes impõem um bloqueio terrestre e aéreo. Esse Estado não pode exercer legítima defesa só porque não houve ataque armado das partes dos Estados envolventes?". Cfr. QUADROS, de Fausto/ PEREIRA, André Gonçalves, *Manual de Direito...cit.*, p.484.

tendo se manifestado no sentido de que “um Estado não tem o direito de dar uma resposta armada a atos que não sejam provenientes de um ataque armado”¹¹⁴.

Em continuação e, para além da existência do ataque armado, o tempo se revela um fator imprescindível para a correta configuração da legítima defesa como excludente de ilicitude. Nesse sentido, Eduardo Correia Baptista enfatiza a necessidade da atualidade do ataque armado, ou seja, faz-se necessário que o ataque tenha sido iniciado, esteja em curso ou ter sido, ao menos, extraordinariamente grave e existirem riscos sérios de se encontrarem iminentes outros ataques¹¹⁵.

Desse modo, observam-se três hipóteses: a) a represália. b) a legítima defesa preventiva; e c) a legítima defesa preemptiva

Conforme explanado anteriormente, a represália se mostra evidentemente fora dos contornos do artigo 51 da CNU, por representar uma resposta a uma ataque armado que se encontra finalizado. Por sua vez, o caso da legítima defesa preventiva e preemptiva revela contornos mais nebulosos.

A legítima defesa preventiva é aquela que se pratica “para evitar um risco futuro plausível, porém hipotético”, ao passo que o ataque preemptivo consiste em uma “ação com base na prova, isto é, ameaça implícita, iminente e reconhecida de que um inimigo está prestes a atacar.”¹¹⁶

Em resumo, pode-se afirmar que existe uma inclinação muito maior por parte da doutrina quanto à admissibilidade da legítima defesa preemptiva do que preventiva¹¹⁷, em que pese exista, também, o entendimento de que as duas

¹¹⁴ Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p.103 para 195.

¹¹⁵ Nesse sentido, Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol II...cit., p 650.

¹¹⁶ RAMMINGER, Erica, *O conceito de auto-defesa na Carta da ONU e a Guerra no Iraque: Guerra preventiva ou preemptiva?*, 2007 [consultado em 25-05-2024]. Disponível em <http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/artigos/O%20CONCEITO%20DE%20AUTO%20DEFESA%20NA%20CARTA%20DA%20ONU%20E%20A%20GUERRA%20NO%20IRAQUE%20Erica%20Olivia.pdf>.

¹¹⁷ Em sentido positivo, admitindo a figura (preemptiva): POTTER, Pitman, *Preventive War Critically Considered*, AJIL, Vol. 45, Nº1, 1951, p. 142 - 145; ; QUADROS, de Fausto, PEREIRA, André Gonçalves, *Manual de Direito...cit*, pp. 484 – 485. No entendimento de Eduardo Correia Baptista: “é possível que em relação a ataques verdadeiramente iminentes, em situações confirmáveis com alguma objectividade, a entidade prestes a ser atacada possa invocar legítima defesa (preemptiva) como fundamento para excluir a responsabilidade da sua defesa, mas não a ilicitude. Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional ...cit*, p.650.

categorias encontram-se completamente fora dos contornos concebidos pelo art.51 da CNU, sendo, portanto, inaceitáveis¹¹⁸.

2.5.3 Contramedidas

A ilicitude de um acto desconforme com as obrigações de um Estado para com outro é igualmente excluída nos casos em que se trate de contramedidas, ou represálias pacíficas, adoptadas contra um acto ilícito de outro Estado desde que nos termos da disciplina jurídica da responsabilidade dos Estados¹¹⁹.

Nos *Draft Articles*, a presente causa de exclusão de ilicitude se encontra disciplinada por meio do artigo 22, o qual dispõe que:

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

Em um primeiro momento, faz-se oportuno mencionar que, na literatura relativa às contramedidas, por vezes é feita referência à aplicação de uma “sanção” ou a uma “reação” a um ato internacionalmente ilícito anterior. Historicamente, a terminologia mais usual era que de “represálias legítimas” ou, mais genericamente, medidas de “autoproteção” ou “autoajuda”. Por sua vez, o termo “represálias” passa a ser, paulatinamente, cada vez mais inutilizado no contexto atual, em decorrência de sua associação com a lei de represálias beligerantes envolvendo o uso da força, em que pese ainda ser utilizado por alguns doutrinadores¹²⁰.

Como exemplos de contra-medidas a doutrina aponta a denúncia ou suspensão de tratados internacionais, embargos comerciais e o congelamento de activos do Estado visado ou dos seus nacionais¹²¹.

O recurso legítimo das contramedidas passa pelo cumprimento de uma série de requisitos, dispostos nos *Draft Articles* entre os artigos 49 ao 54.

Primeiramente, importante frisar que não haverá espaço para a aplicação de contramedidas se o dano cessou ou se o litígio se encontra pendente num órgão

¹¹⁸ Inadmitindo ambas figuras. Cfr. BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1983, pp.. 259 – 261 e 275 278.

¹¹⁹Cfr. MACHADO.Jónatas E. M. *Direito Internacional--.cit.,*,p. 649.

¹²⁰ Nesse sentido, Cfr. *Draft articles on Responsibility of States (...)*, cit, p.75.

¹²¹ Cfr. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 4 e ss.

jurisdicional com competência para proferir decisões juridicamente vinculativas, exceto se umas das partes, ou ambas, adotem um comportamento indicativo de má fé quanto ao andamento do processo, o que pode incluir, a título de exemplo, o não comparecimento ao respectivo Tribunal.¹²²

Ademais, as contramedidas encontram-se sujeitas ao princípio da proporcionalidade, ao respeito dos direitos de terceiros e ao princípio da resolução pacífica dos litígios (arts. 50 e 51 dos *Draft Articles*). Nesse sentido, existem algumas medidas cujo recurso está totalmente vedado. É o que sucede com o uso da força, contra o disposto na Carta da ONU, a coerção política e econômica excessiva, a violação de imunidades estaduais, diplomáticas e consulares e a violação dos direitos fundamentais básicos, de normas de natureza humanitária e de normas imperativas do direito internacional¹²³.

Em relação ao último caso, qual seja, contramedidas que importem violação de normas imperativas (*jus cogens*), Eduardo Correia Baptista possui entendimento diverso. Nessa esteira, afirma o autor que:

A prática dos Estados confirma que as represálias podem, em determinados casos, ser invocáveis perante normas *iuris cogens*. (...) Hodiernamente, não obstante uma clara evolução no sentido de sua proibição, ainda vigoram diversas normas humanitárias costumeiras que podem ser incumpridas com base numa represália. Assim, o respeito pela propriedade dos prisioneiros de guerra, ou a utilização de certas armas proibidas e perfídia e, provavelmente, o bombardeamento de bens civis, incluindo meios de produção agrícola, ou de instalações perigosas, o mesmo valendo para as correspondentes normas do Direito dos Conflitos Armados Não Internacionais. Em todos estes casos, julga-se admissíveis represálias, mas inaceitáveis quaisquer derrogações por acordos.¹²⁴

Cumprido ressaltar que a legitimidade do uso das contramedidas tem sido reafirmada nas decisões dos tribunais arbitrais e na jurisprudência da CIJ. A título exemplificativo, o caso *Gabčíkovo-Nagymaros* representa um marco em relação à matéria, tendo-se em vista que Corte, para além de endossar a legitimidade desta causa de justificação, ressaltou o direcionamento exclusivo das contramedidas ao Estado responsável como um importante requisito no âmbito de aplicação das mesmas¹²⁵.

¹²² Cfr. arts. 52 e 53 dos *Draft Articles*.

¹²³ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional*...cit, p.651.

¹²⁴ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol II, .cit,.,. pp. 643-644.

¹²⁵ Cfr. Case Concerning *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Merits, I.C.J reports, 1997, p. 55, para. 83.

Por fim, interessante questão versa sobre a possibilidade da adoção das contramedidas por Estados terceiros que não sejam eles próprios individualmente lesados pelo ato internacionalmente ilícito em questão, quando a situação em análise versar sobre o descumprimento de uma obrigação devida à comunidade internacional como um todo, ou seja, uma obrigação de eficácia *erga omnes*.

Sobre o tema, os comentários dos *Draft Articles* apontam duas questões: a) o posicionamento da CIJ quanto ao interesse legal por parte de todos os Estados no cumprimento de tais obrigações (*erga omnes*); b) o fato de que o artigo 54 do Projeto deixa em aberto a questão sobre a possibilidade de um Estado poder tomar medidas para garantir o cumprimento de certas obrigações internacionais de interesse geral, distintas de seu próprio interesse individual como Estado lesado.

Nesse sentido, o artigo 48 dispõe sobre a possibilidade de invocação da responsabilidade por parte de um Estado diverso daquele diretamente atingido pelo incumprimento da obrigação internacional. O referido artigo condiciona tal possibilidade se tendo em vista o caráter de tais obrigações, a saber (a) a obrigação violada é devida a um grupo de Estados, incluindo esse Estado, e é estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo; ou (b) a obrigação violada for devida à comunidade internacional como um todo.

Por sua vez, depreende-se do artigo 49 o objeto e os limites das contramedidas. Este artigo foca-se no princípio de que as referidas causas de justificação devem ser direcionadas ao Estado incumpridor da obrigação internacional e que devem ser utilizadas no intuito de induzir, na medida do possível, o cumprimento da referida obrigação. Ou seja, extrai-se do artigo 49 do Projeto a preocupação, por parte da CDI, em deixar claro contra quem podem ser direcionadas as contramedidas, mas não quem pode fazer o uso delas, a exemplo de terceiros Estados.

Em continuação, o artigo 54 dos *Draft Articles* pontua que o capítulo referente às contramedidas não prejudica o direito de qualquer Estado, autorizado nos termos do artigo 48 (1) a invocar a responsabilidade de outro Estado e, nesse sentido, lançar mão de medidas legais para garantir a cessação da violação em causa. Note-se que o artigo em comento faz uso da expressão "medidas legais " em um sentido muito genérico e pouco esclarecedor, de modo que pairam dúvidas a

respeito da possibilidade, nesses casos, quanto ao uso das contramedidas por parte de Estados terceiros¹²⁶.

Creemos que, fazendo-se um paralelo com a reconhecida possibilidade da legítima defesa coletiva, previsto no artigo 51 da CNU, não subsistem razões para que não seja reconhecida, em termos legais, a legitimidade do uso das contramedidas por Estados terceiros. Aliás, a prática dos Estados tem caminhado em um sentido de confirmação dessa legitimidade e vários recentes estudos sugeriram que o substancial corpo de práticas estaduais pode indicar que o direito a contramedidas de terceiros surgiu (ou está pelo menos em vias de emergir) como regra ao abrigo do direito internacional consuetudinário¹²⁷.

Em qualquer caso, cremos que, devido à extrema relevância do tema, faz-se necessário que a CDI caminhe no sentido de um maior amadurecimento e desenvolvimento da questão, a fim de torná-la mais clara e com contornos mais definidos, o que, eventualmente, poderá fazer parte dos trabalhos da Comissão em um momento futuro.

2.5.4 Força Maior

A força maior foi incluída, através do artigo 23 dos *Draft Articles*, dentre as causas excludentes de ilicitude do ato para efeitos de responsabilidade internacional dos Estados. Em um primeiro momento, pontuamos nossa discordância quanto à tal classificação. Com efeito, a força maior muito mais parece estar situada no campo da imputação, do que, propriamente, da ilicitude.

É de se pensar que, em uma circunstância em que o Estado age em um contexto de força maior, sequer se possa falar na existência de culpa, muito menos de dolo, ou seja, não há vontade caracterizadora de uma conduta¹²⁸. A existência do

¹²⁶Dos comentários dos *Draft Articles* se extrai que “o artigo fala de “medidas legais” em vez de “contramedidas” para não prejudicar qualquer posição relativa às medidas tomadas por Estados que não sejam o Estado lesado em resposta a violações das obrigações de proteção do interesse coletivo ou os devidos à ordem internacional comunidade como um todo”. Cfr. *Draft articles on....cit*, p. 113.

¹²⁷ Nesse sentido, Cfr BILLS, Amanda, *The Relationship between Third-Party Countermeasures and the Security Council's Chapter VII Powers: Enforcing Obligations erga omnes in International Law*, 89 *NORD. J. INT'L L.* 117, 127–28 (2020), p. 119. [Acesso em 26-05-2024] disponível em [file:///C:/Users/Computador/Downloads/nord-article-p117_117%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Computador/Downloads/nord-article-p117_117%20(3).pdf)

¹²⁸ Conforme Jorge Bacelar Gouveia, situando a ação voluntária estatal como primeiro pressuposto para a configuração da responsabilidade internacional: é de se afastar situações que, podendo originar danos, não criem qualquer dever de indenizar porque não provêm da vontade humana, não motivando, por isso, qualquer censura ético-jurídica, como os casos fortuitos e força maior. Cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito ..cit.*, p.729.

próprio ato resta, dessa forma, comprometida¹²⁹. Nos próprios comentários dos *Draft Articles* estão presentes termos como “involuntariedade” ou “livre escolha”¹³⁰. Portanto, cremos que, em termos jurídicos, não há qualquer razão para não se conceber a força maior como excludente da própria conduta, o que parece se aproximar da técnica utilizada no direito privado.

Nesse sentido, em que pese não concordamos com o enquadramento feito pela CDI, seguiremos a sequência da organização observada nos *Draft Articles*, cujo posicionamento foi no sentido de elencar a força maior como uma causa de justificação.

Feitas tais considerações, o artigo 23 dos *Draft Articles*, diz-no que:

A ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional daquele Estado será excluída se o ato se der em razão de força maior, entendida como a ocorrência de uma força irresistível ou de um acontecimento imprevisível, além do controle do Estado, tornando materialmente impossível, nesta circunstância, a realização da obrigação. O parágrafo 1º não se aplica se: a) a situação de força maior é devida, por si só ou em combinação com outros fatores, à conduta do Estado que a invoca; ou b) o Estado assumiu o risco da ocorrência daquela situação.

Vale a menção de que os comentários dos *Draft Articles* demonstram o entendimento de que, para a configuração da força maior, a impossibilidade material quanto ao incumprimento da obrigação pode advir de fatores naturais ou, mesmo, da intervenção humana. Em particular, a situação deve ser “irresistível”, de modo que não há espaço para a invocação, a título exemplificativo, de dificuldades políticas ou financeiras como argumento para alegação da força maior como causa de justificação¹³¹.

2.5.5 Perigo Extremo (*distress*)

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

¹²⁹ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol II...cit., pp.555-557.

¹³⁰ Nesse sentido, cfr. Cfr. *Draft articles on (...)*...cit, p. 76.

¹³¹ Nesse sentido, Cfr. *Draft articles on Responsibility of States (...)*, ... cit, p.76. Conferir, também, BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Vol II...* cit., p.560. O autor cita a questão da coação física realizada por uma entidade sobre a outra como uma situação integrável na figura da força maior.

maneira desconforme com a obrigação que tem de cumprir naquelas circunstâncias¹³².

A sua invocação pode ter especial relevância em situações de calamidade natural ou conflito armado. Imaginemos, por exemplo, o caso em que um Estado denuncia um acordo internacional de construção de uma barragem hidroelétrica, invocando um estado de necessidade que temporariamente torna o empreendimento demasiado oneroso. Subjacente a esta ponderação deve estar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, possibilitando a desoneração do cumprimento de obrigações internacionais em situações excepcionalmente onerosas, que não meramente triviais ou oportunistas.¹³³

Na prática, os casos de *distress* envolvem principalmente aeronaves ou navios que entram no território de outro Estado, violando, por exemplo, fronteiras marítimas, devido a condições climáticas ou falhas mecânicas e de navegação.

O perigo extremo (*distress*) é a penúltima causa de justificação prevista no regime proposto pelos *Draft Articles*. Nesse sentido, o artigo 24 estipula que o *distress* não poderá ser invocado caso: (a) a situação de perigo é devida, isoladamente ou em combinação com outros fatores, à conduta do Estado que o invoca; ou (b) o ato em questão for suscetível de criar um perigo comparável ou maior.

Por fim, cumpre fazer menção ao fato de que as causas de justificação devem obediência a determinados princípios, notadamente a proporcionalidade e a necessidade. Nesse sentido, aquele que invoca o *distress* deve se posicionar em uma situação fática e jurídica que seja o menos onerosa/danosa possível ao Estado prejudicado, ou seja, deve-se lançar mão de medidas aptas a atingir o fim almejado, mas que não se distanciam dos critérios da necessidade e proporcionalidade¹³⁴.

2.5.6 O estado de necessidade

O estado de necessidade é, possivelmente, a mais controversa figura dentre as causas excludentes de ilicitude, sendo a sua aceitação, como tal, suscetível de

¹³² Cfr. BRITO, Wladimir. *Direito Internacional ...cit.*, p. 526.

¹³³ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional...cit.*, p. 653.

¹³⁴ Nesse sentido, Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Vol II...cit.*, pp. 617-629.

críticas vindas de parte da doutrina especializada¹³⁵. Não obstante, o estado de necessidade foi adotado pela CDI (art.25 dos *Draft Articles*), mas de maneira muito restritiva, a fim de evitar uma utilização abusiva desta noção¹³⁶.

Trata-se de uma situação de constrangimento em que se encontra o autor do facto ilícito, provocado por um perigo atual que ameaça certos direitos ou interesses. Para afastar esse perigo e para salvaguardá-los, o agente adota um comportamento ilícito, sacrificando direitos e interesses de terceiros cuja lesão tem como objetivo evitar um dano maior¹³⁷.

Conforme a redação do artigo 25 dos *Draft Articles*, a existência de estado de necessidade pode ser invocada como causa de exclusão da ilicitude de um acto, desde que a sua prática 1) tenha sido o único meio para a salvaguarda de um interesse estatal essencial contra um perigo grave e iminente ou uma enorme lesão; 2) não ponha em causa interesses essenciais dos Estados destinatários da obrigação ou da comunidade internacional. Do mesmo modo, importa que 3) não se tenha precluído, por via convencional, a invocação do estado de necessidade e que 4) para este não tenha contribuído a conduta do Estado que o invoca. Quem invoca o estado de necessidade tem o ônus de provar os respectivos pressupostos. Trata-se aqui do reconhecimento de costume internacional existente¹³⁸.

No Caso relativo ao Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, a CIJ enfatizou que o estado de necessidade, enquanto excludente da ilicitude de um ato violador de uma obrigação internacional, possui reconhecimento do Direito Consuetudinário Internacional, em que pese a sua aceitação somente possa ocorrer em situações excepcionais¹³⁹.

¹³⁵ “Em termos gerais, essa situação é a de conflito entre os interesses próprios ou vitais de um estado e os direitos de outro ou outros estados. No caso, não se trata, como sucede na legítima defesa ou nas represálias, de reação contra ato injusto e sim, apenas, da ação egoística de um estado contra direitos de outro ou de outros estados. Pretendem os defensores da teoria da necessidade baseá-la no direito de conservação do estado, mas esquecem-se de que tal direito não é nem pode ser absoluto: não pode haver direito contra direito”. Nesse sentido, Cfr. ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de Direito..cit.*, p. 523.

¹³⁶ Cfr. DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain, *Direito Internacional...cit.*, p.81.

¹³⁷ Cfr. BRITO, Wladimir, *Direito Internacional ...cit.*, p. 522.

¹³⁸ Nesse sentido, Cfr. MACHADO, Jónatas E.M. *Direito Internacional..cit.*, pp 652-653.

¹³⁹ No caso, a CIJ aceitou a invocação do estado de necessidade como justificativa para a o descumprimento de obrigações internacionais, não obstante refutar que, no caso em questão, houvesse o requisito do perigo iminente presente Cfr Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J Reports, 1997, p. 40-41, para 51-54. Interessante a menção de que neste caso, as partes concordam que a análise da existência do estado de necessidade deveria ser feita em consonância com os critérios descritos pela CDI no artigo 33 do Projeto de Artigos de 2001. Cfr. Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project (...)p.39, para 50.

Em conclusão e no que se refere às normas de carácter *jus cogens* pertinente a menção ao entendimento de Eduardo Correia Baptista, segundo o qual o carácter *jus cogens* de uma norma não é, por si só, fundamento apto à proibição da invocação do estado de necessidade, em que pese o entendimento geral da doutrina em sentido oposto. O autor entende que a atribuição do carácter *jus cogens* a uma norma não tem a função de limitar a actividade estadual no plano da ilicitude, mas sim da validade, ou seja, relativizar a autonomia jurídica dos sujeitos internacionais, proibindo qualquer derrogação voluntária da norma¹⁴⁰.

2.6 O conteúdo da Responsabilidade Internacional do Estados

2.6.1 O dano e o dever de reparar

Uma vez preenchidos os referidos pressupostos e na impossibilidade de invocar uma das causas de exclusão da ilicitude ou da responsabilidade analisadas, a entidade a quem o acto ilícito for imputado assume várias obrigações secundárias que integram o conteúdo da relação jurídica de responsabilidade internacional de que é titular passiva em relação às entidades lesadas pelo acto, titulares activas.¹⁴¹

O capítulo II da Parte 2 dos *Draft Articles* trata da matéria em questão, de onde se extrai que o artigo 34 adota uma clara sequência no que tange às medidas de reparação, que podem ser adotadas isoladamente ou em conjunto. São elas: a) restituição; b) compensação e c) satisfação.

Inicialmente, cumpre mencionar que o dever de reparação está associado à ideia de eliminação ou diluição, ao máximo possível, dos efeitos danosos da prática do ato ilícito. Desse modo, percebe-se uma ordem de preferência lógica que leva o dever de reconstituição natural a um patamar de prioridade, obviamente, dentre as medidas reparatórias possíveis, posto que nem sempre é possível uma reversibilidade (*status quo ante*) dos efeitos danosos advindos do incumprimento da obrigação.

¹⁴⁰ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Vol II...cit.*, pp. 617-629. Vale a menção de que, a respeito dos interesses que são considerados essenciais a um Estado e, portanto, insuscetíveis de serem atingidos sob o contexto de estado de necessidade, aduz ao chamado “núcleo essencial”, qual seja: a independência, integridade territorial ou subsistência do Governo.

¹⁴¹ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional, Vol II ..cit.*, p 654.

Nesse sentido, a CDI parece ter querido afastar um entendimento punitivo da responsabilidade internacional, procurando, acima de tudo, remediar a situação do lesado de acordo com o princípio da reparação integral. A responsabilidade internacional do Estado tem preponderantemente um objectivo reparatório ou compensatório¹⁴².

Desse modo, o artigo 35 do Projeto trata da primeira medida reparatória, qual seja, a restituição. Note-se:

Um Estado responsável por um ato ilícito internacional tem a obrigação de efetuar a restituição, isto é, de restabelecer a situação que existia antes do ato ilícito ser cometido, desde e na medida em que a restituição: (a) não seja materialmente impossível; (b) não envolva um ônus desproporcional ao benefício decorrente da restituição em vez da indemnização.

Ou seja, a restituição é a medida reparatória mais adequada e só não terá lugar, via de regra, quando materialmente impossível o seu cumprimento ou a sua performance acarretar um ônus desproporcional ao Estado culpado.

A restituição pode assumir a forma de restauração material ou devolução de território, pessoas ou bens, ou a reversão de algum ato jurídico, o mesmo a combinação destas medidas. Um bom exemplo de restituição envolve a libertação de pessoas que, por alguma razão, encontravam-se detidas ou retidas em um país estrangeiro e o seu retorno ao Estado de origem.

Dando-se continuidade à análise das medidas reparatórias, percebe-se que a compensação se revela a medida mais adequada e utilizada quando, diante do caso concreto, a restituição se mostra inviável, conforme exposto.

A compensação tem se revelado uma medida reparatória amplamente reconhecida e aplicada, o que se pode inferir da jurisprudência internacional¹⁴³. A forma mais usual por meio da qual a compensação tem sido realizada é através da indemnização, a qual consiste no pagamento de uma quantia correspondente ao

¹⁴² Cfr. MACHADO, Jónatas E. M, *Direito Internacional..cit.*, p 658.

¹⁴³Cfr Case Concerning the Factory at Chorzów, (Merits), Judgment of 26 July 1927, P.C.I.J Series A, nº17, p. 27, no qual a Corte afirmou que “[é] um princípio de direito internacional que a reparação de um dano pode consistir numa indemnização.”; ver igualmente Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J Reports, 1997, p.81, para 152. A CIJ empossou o entendimento no sentido de que é uma regra muito bem estabelecida no Direito Internacional que o Estado lesado tem o direito de obter uma compensação pelo dano sofrido por parte do Estado responsável pelo cometimento do ato internacionalmente ilícito.

valor dos bens, interesses ou direitos lesados (a forma mais usual de reparação de danos patrimoniais). O cálculo deve ser feito com base em regras próprias de Direito Internacional e deve incluir os danos emergentes e o lucro cessante (artigo 36, n. 2 dos *Draft Articles*).¹⁴⁴

Em continuação, Jónatas Machado afirma que a compensação financeira poderá ainda cobrir os danos morais, apesar de os mesmos não serem mensuráveis. Tal possibilidade existe, segundo o autor, em que pese a norma que directamente disciplina a indemnização não se referir expressamente a danos morais, referindo-se apenas a danos quantificáveis (art. 36 dos *Draft Articles*).¹⁴⁵

Por fim, e em relação à jurisprudência da CIJ, uma recente decisão proferida no dia 09 de fevereiro de 2022 é digna de menção por bem ilustrar a complexidade que envolve, por vezes, a fixação da indemnização a título de compensação. A mencionada decisão foi proferida no âmbito do caso Atividades Armadas no Território do Congo (RDC v. Uganda), tendo a Corte fixado uma indenização cujo montante envolveu danos resultantes da quebra de diversas violações de obrigações internacionais. Desse modo, a Corte determinou que o Estado de Uganda deveria indemnizar a República Democrática do Congo por danos que envolveram: a) a vida e integridade física (inclusive, sexual) das pessoas; b) a propriedade privada e c) a exploração ilícita de recursos naturais (danos ambientais), sendo esta última fixação um bom indicativo da evolução da jurisprudência da Corte, a qual encarou a temática ambiental pouquíssimas vezes nas últimas décadas¹⁴⁶.

No tocante à medida reparatória da satisfação, cumpre, inicialmente, ressaltar que, em certos casos, a indemnização é inadequada para reparar um prejuízo puramente moral. Entra em cena, por conseguinte, a satisfação, que constitui um modo de reparação apropriado, sobretudo, nas relações interestatais, onde a honra, a dignidade e o prestígio se revestem de uma importância particular¹⁴⁷.

A satisfação, portanto, pode assumir diversas formas, como a verbalização de um arrependimento, o pedido de desculpas, saudação à bandeira do Estado

¹⁴⁴ Cfr. BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público...cit.*, p.489.

¹⁴⁵ Nesse sentido, Cfr. MACHADO, Jónatas E. M, *Direito Internacional...cit.*, p. 660.

¹⁴⁶ Cfr. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, order 9 February 2022, Reparations, I.C.J Reports 2022, p.22, paras 405-408.

¹⁴⁷ Cfr. DINH, Nguyen Quoc.; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain. A.. *Direito Internacional, cit. p.816*.

lesado, medidas estas as quais denotam a imprescindibilidade do seu carácter público, formal e expresso.

Em conclusão, cumpre a mencionar que tal medida se encontra disciplinada por meio do artigo 37 dos *Draft Articles*¹⁴⁸. Dos comentários do projeto, percebe-se a visão da CDI quanto ao carácter extremamente excepcional da satisfação, e sua relação com o princípio da reparação integral, o que se depreende da frase “na medida em que a lesão não possa ser compensada por restituição ou compensação”. Ou seja, a satisfação ganha espaço apenas nos casos em que essas duas medidas não tenham conseguido fornecer a reparação integral ao Estado Lesado, o que é relativamente raro, cumpre ressaltar¹⁴⁹.

2.6.2 Em particular, os interessados nas obrigações *erga omnes*

Via de regra, o lesado pelo incumprimento de uma obrigação internacional é o titular do direito primário em questão, tendo sido a sua esfera jurídica afetada pelo dano. Entretanto, faz-se extremamente necessário abordar situações especiais que envolvem a violação das obrigações *erga omnes* e os possíveis lesados em questão.

Conforme abordado anteriormente, faz-se uma distinção entre obrigações *erga omnes* imediatas (que tutelam interesses colectivos directos dos Estados) e mediatas (que tutelam interesses colectivizados, por exemplo humanitários, em que não faz sentido um Estado considerar-se como lesado directo)¹⁵⁰.

Eduardo Correia Baptista nos expõe que, diante da violação de obrigações *erga omnes* imediatas, todos os Estados têm o direito de protestar, podendo exigir uma reconstituição natural e uma satisfação colectiva pelos seus danos morais, entretanto, apenas os lesados materiais, em princípio, terão o direito a uma compensação. Vigora, portanto, um regime de solidariedade, por meio do qual cada um dos contitulares pode exigir, isoladamente, a concretização da compensação ao

¹⁴⁸ Da redação do art.37 se extrai que: o Estado responsável por um processo internacional ato ilícito tem a obrigação de dar satisfação pelo dano causado por esse ato, na medida em que não possa ser compensado por restituição ou compensação. 2. A satisfação pode consistir num reconhecimento da violação, uma expressão de pesar, um pedido formal de desculpas ou outra modalidade apropriada. 3. A satisfação não deve ser desproporcional à lesão e não pode assumir uma forma humilhante para o Estado responsável.

¹⁴⁹ Nesse sentido, Cfr. *Draft articles on(...)*, cit, p.105.

¹⁵⁰ Cfr. BAPTISTA, *Ius cogens...cit*, p.284-286.

responsável, sendo certo que são criadas obrigações de indemnização autónomas em relação aos lesados materiais directos, com um conteúdo parcialmente diferente do da intitulada¹⁵¹.

Com relação às obrigações *erga omnes* mediatas, decorrentes de normas *jus cogens* de natureza costumeira, as entidades não são titulares de um direito de indemnização, podem apenas pedi-la em nome do sujeito efectivamente lesado. O que importa é que, tratando-se de normas que tutelam um interesse público colectivizado, todos os Estados possuem legitimidade e interesse jurídico em cobrar a responsabilidade internacional do Estado culpado, e mais: todos os Estados possuem um dever de cooperação que envolve a promoção do seu cumprimento por parte dos outros Estados e mesmo organizações internacionais, desde logo aquelas em que sejam membros¹⁵².

Importa lembrar que o artigo 41 dos *Draft Articles* faz referência não apenas ao mencionado dever de cooperação, mas também à proibição de cumplicidade e assistência por parte dos Estados em relação à perpetuação de violação de obrigações *erga omnes*, o que se revela um ponto de extrema importância em matéria de responsabilidade internacional.

Quanto à jurisprudência internacional e, especialmente, no que tange à busca do reconhecimento da responsabilidade internacional por parte de um Estado terceiro não diretamente afetado pela violação de obrigações *erga omnes*, o tema será abordado no próximo capítulo, com ênfase ao recente e paradigmático caso *Gâmbia v. Myanmar*.

3. A Corte Internacional de Justiça e as obrigações *erga omnes*

3.1 Barcelona Traction (Bélgica v. Espanha)

Definitivamente, não há como se discorrer acerca da jurisprudência da CIJ no que tange às obrigações *erga omnes*, sem a devida menção ao paradigmático caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* de 1970 (Bélgica v. Espanha).

¹⁵¹ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional*, Vol II...*cit.*, p.664-665.

¹⁵² *Idem.* pp.666-669.

No caso em questão, que envolveu questões relativas à proteção diplomática das sociedades e seus acionistas, a CIJ empossou o seguinte entendimento em sua decisão final de mérito:

(...) Em particular, uma distinção essencial deve ser delimitada entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo e aquelas que surgem em relação a outro Estado no domínio da proteção diplomática. Pela sua própria natureza, as primeiras são de preocupação de todos os Estados. Tendo-se em conta a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados possuidores de um interesse legal na sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*¹⁵³.

Em continuação, cumpre ressaltar a importância da menção, por parte da Corte, acerca de alguns direitos e proibições que perfazem normas de eficácia *erga omnes*, como a proibição de atos de agressão e de genocídio, e regras relativas a direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a proibição da escravatura e da discriminação racial¹⁵⁴.

Nesse sentido, a CIJ empossou, pela primeira vez em sua jurisprudência, o entendimento acerca da distinção das chamadas “obrigações bilaterais” das obrigações devidas à comunidade internacional como um todo, qual seja, as obrigações *erga omnes*, cujo grande reflexo se traduz no interesse legal de todos os Estados em relação ao seu cumprimento¹⁵⁵. Sobre o caso, cumpre trazer as palavras de Stephen M. Schwebel, que atuou como juiz na CIJ:

(..)Este é outro aspecto de suma importância para o direito internacional relativo aos direitos humanos. Com ele, o tribunal concluiu que as regras relativas aos direitos humanos básicos da pessoa humana são de interesse de todos os Estados; que as obrigações decorrentes desses direitos são *erga omnes*. Ou seja, são devidas a todos os Estados. Segue-se assim que, quando um Estado protesta que outro está a violar os direitos humanos básicos dos próprios cidadãos deste último, o primeiro Estado não está a intervir nos seus assuntos internos; pelo contrário, procura reivindicar as obrigações internacionais que lhe são impostas, bem como a de todos os outros Estados¹⁵⁶.

¹⁵³ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 33, para 34.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁵ Nesse sentido, Cfr. CRAWFORD, James; OLLESON Simon, *The Character and forms of international Responsibility*. In “*International Law*” 5º Ed. Edit: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, Oxford, 2018. p. 445. Os autores fazem referência ao artigo 48 (1)(b) dos *Draft Articles* e sua conexão com as obrigações *erga omnes*.

¹⁵⁶ Cfr. SCHWEBEL, Stephen M, *Justice in International Law: selected writing of judge Stephen M. Schwebel*, Cambridge, Grotius Publications, 1994, p.164.

Valério Mazzuoli, ao comentar o caso *Barcelona Traction*, remonta a um importante ponto:

(...) A CIJ reluta em qualificar como *jus cogens* certas obrigações internacionais, atribuindo-lhes o caráter (menor) de obrigações *erga omnes*. Por exemplo, no caso *Barcelona Traction* de 1970, entendeu a Corte que o contemporâneo direito das gentes impõe aos Estados certas obrigações *erga omnes* derivadas especialmente da ilegalidade dos atos de agressão, genocídio, dos princípios e normas relativos aos direitos básicos da pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Para nós, tais valores (como a proibição da agressão, do genocídio e a proteção contra a escravidão e a discriminação racial) seriam verdadeiros *jus cogens*, para além de obrigações *erga omnes*¹⁵⁷.

De fato, como veremos na continuação do presente trabalho, a CIJ vem se mostrando relutante em atribuir o caráter *jus cogens* a certas obrigações internacionais, em que pese se possa alegar a existência de um entendimento doutrinário majoritário a respeito do referido caráter, o que ocorre, em termos exemplificativos, em relação à proibição do genocídio. Não obstante, o reconhecimento e a definição muito claros feita pela Corte acerca das obrigações *erga omnes* possui um valor incalculável sobre a matéria, podendo-se afirmar que o caso *Barcelona Traction* simboliza o ponto de partida na jurisprudência da CIJ sobre o reconhecimento das obrigações *erga omnes* no Direito Público Internacional.

3.2 Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (Solicitação de Parecer Consultivo)

No que toca à competência consultiva da CIJ¹⁵⁸, o Parecer relativo às Consequências Jurídicas sobre a Construção do Muro no Território Palestino Ocupado goza de especial importância por refletir a opinião da Corte sobre diversas questões que envolvem desde algumas normas dos direitos humanos e do direito internacional humanitário (e as consequências de seu incumprimento) à ocupação de um território pelo uso da força, vista como ilícita pela Corte em relação ao território palestino.

¹⁵⁷ Cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional...*cit, p. 176.

¹⁵⁸ O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexo na Carta das Nações Unidas, em seu artigo 65, parágrafo 1º diz que “a Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizadas, estiver em condições de fazer tal pedido”.

Pode-se afirmar que o ponto chave no referido parecer foi o entendimento empossado pela CIJ acerca da eficácia *erga omnes* do direito à autodeterminação dos povos¹⁵⁹. Cumpre trazer este trecho da decisão:

A respeito do princípio da autodeterminação dos povos, a Corte assinala que ele foi consagrado na Carta das Nações Unidas e reafirmado pela Assembleia Geral na Resolução 2625 (XXV) supracitada, segundo a qual “todo Estado possui o dever de evitar qualquer ação forçada que prive os povos referidos [nesta resolução] ... do seu direito de autodeterminação”. O artigo 1º comum à Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e à Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos reafirma o direito dos povos à autodeterminação, e coloca sobre os Estados Partes a obrigação de promover a realização desse direito e a respeitá-lo, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas¹⁶⁰.

Em seguimento, a Corte enfatizou que os desenvolvimentos atuais no “direito internacional acerca de territórios que não se governam, como consagrado na Carta das Nações Unidas, tornaram o princípio da autodeterminação aplicável a todos [estes territórios]”, e que o direito dos povos à autodeterminação é um direito *erga omnes*¹⁶¹.

Outro ponto de extrema relevância diz respeito às consequências jurídicas direcionadas a Israel em virtude da construção, de forma ilícita, sob a ótica da CIJ, do muro na Palestina. Nesse sentido, a Corte enfatizou, em primeiro lugar, o dever, por parte de Israel, quanto ao cumprimento das obrigações internacionais que haviam sido violadas. As referidas obrigações envolvem, sobretudo, o respeito ao direito do povo palestino à autodeterminação, bem como o cumprimento de diversas normas relativas aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário. O dever de cessação imediata da construção do muro em questão foi claramente determinado pela Corte, o qual inclui a parte construída no interior do território palestino e nos arredores de Jerusalém Oriental. A Corte enfatizou, ainda, o dever de reparação que deflui da quebra das mencionadas obrigações internacionais, tendo como foco o princípio da reparação integral. Segundo a Corte, caso não fosse

¹⁵⁹ Vale salientar que a CIJ já havia se convencido quanto ao caráter *erga omnes* do direito à livre determinação dos povos no caso Timor Leste. Cfr. East Timor (Portugal v. Australia) Judgment of 30 June 1995, ICJ Reports (1995), p.102 para 29.

¹⁶⁰ Cfr. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion of 9 July 2004), I.C.J. Reports p. 39-40 para 88.

¹⁶¹ *Idem*.

possível a restituição, por exemplo, das propriedades confiscadas, Israel teria a obrigação de compensar as pessoas físicas e jurídicas pelos danos sofridos¹⁶².

Quanto ao parecer, cumpre, por fim, ressaltar a menção, feita pela Corte, ao caso *Barcelona Traction*, e ao fato de que as obrigações violadas por Israel incluem obrigações de eficácia *erga omnes* (como a violação de certas normas de direito internacional humanitário), e que tais obrigações, por sua própria natureza, “dizem respeito a todos os Estados” e, “em vista da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados juridicamente interessados na sua proteção”¹⁶³.

No entendimento de Cançado Trindade, alguns dos pareceres consultivos da CIJ têm contribuído decisivamente à evolução do Direito Internacional. Nas palavras do autor “ainda que distintos das sentenças, em razão da natureza consultiva, os Pareceres da CIJ são dotados de validade, e nenhum Estado (ou outro sujeito do Direito Internacional) pode de boa-fé desconhecê-los ou minimizá-los”¹⁶⁴.

Nesse sentido, não obstante o seu denominado “caráter não vinculativo”, entendemos que o Parecer Consultivo sobre a Construção do Muro no Território Palestino Ocupado representa um marco na jurisprudência da CIJ. O referido parecer pôde nos fornecer um claro posicionamento da Corte acerca da complexa questão referente à ocupação do território palestino e das consequências fáticas e jurídicas decorrentes da conduta de Israel como Estado ocupante, consequências estas que envolvem a obstacularização ao povo palestino de diversos serviços que envolvem, por vezes, os direitos humanos mais básicos para a concretização de uma vida digna.

Por fim, cumpre uma breve menção ao fato de que, no dia 30 de dezembro de 2022, a Assembléia Geral da ONU aprovou a resolução A/RES/77/247, por meio da qual solicitou à CIJ um novo parecer consultivo a respeito da antiga disputa entre palestinos e judeus. Desse modo, o Parecer Consultivo relativo às Consequências Jurídicas decorrentes das Políticas e Práticas de Israel no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental, encontra-se pronto para

¹⁶² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion of 9 July 2004). I.C.J Reports p. 67-68 .para 154-159

¹⁶³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion of 9 July 2004). I.C.J Reports p. 67 .para 155.

¹⁶⁴ Nesse sentido, Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Os tribunais internacionais contemporâneos*, Brasília, FUNAG, 2013. pp.19-20.

deliberação pela CIJ, após a apresentação de declarações orais por parte de 50 países.

3.3 Gâmbia v. Myanmar

No dia 11 de novembro de 2019, o Ministro para Assuntos Exteriores do Estado da Gâmbia, Mamadou Tangara, protocolou a aplicação que deu início ao caso Gâmbia v. Myanmar na CIJ. Na referida aplicação, mencionou-se que a perseguição ao povo rohingya incluía atos de assassinato, causadores de sérios danos mentais e físicos, imposição de medidas anticonceptivas, transferências forçadas, entre outros atos os quais que configurariam a violação a diversas obrigações sob o manto da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948¹⁶⁵.

Nesse sentido, da alegação de que todos estes atos seriam atribuíveis ao Myanmar, Gâmbia concluiu pela violação de diversas obrigações dispostas na Convenção sobre o Genocídio, incluindo neste rol: a tentativa de cometer genocídio; conspiração, incitação e cumplicidade, bem como a omissão em evitar e punir o referido crime¹⁶⁶.

Cumprir mencionar que o caso Gâmbia v. Myanmar se encontra pendente na lista de casos da CIJ, o que não retira, contudo, o caráter paradigmático por ele apresentado, de onde se extrai um importante avanço dentro da jurisprudência da CIJ no que tange à proteção e a responsabilidade internacional no âmbito das obrigações *erga omnes*.

Antes de adentrarmos nas especificidades do caso, cumpre frisar que a referida aplicação apresentada por Gâmbia volta-se à proteção do povo rohingya, que representa uma minoria étnica muçulmana no Estado de Rakhine, uma província costeira a oeste de Myanmar, na fronteira com Bangladesh. Sucessivos governos em Myanmar, um país de maioria budista, recusaram-se a reconhecer os rohingyas como um oficial grupo étnico, e uma lei de 1982 os privou da cidadania e de outros direitos básicos. Mesmo dentro do Estado de Rakhine, os Rohingya são uma minoria; a população local é principalmente étnica Rakhine (e envolvido no seu

¹⁶⁵ Cfr. Gâmbia v. Myanmar., Application instituting proceedings and request for provisional measures (11 November 2019). I.C.J Reports, 2019, p. 4, para.2.

¹⁶⁶ *Idem*.

próprio conflito com o governo central). Os rohingya em Myanmar enfrentam décadas de discriminação e opressão sistêmica marcadas por episódios ocasionais de violência sancionadas pelo Estado¹⁶⁷.

Nesse sentido, o sofrimento do povo rohingya apresenta-se, continuamente, como umas das maiores crises humanitárias na atualidade. Perseguidos e não reconhecidos como cidadãos em lugar algum, esta população caiu no difícil e assombroso *status* de maior comunidade apátrida do mundo¹⁶⁸, além de representarem um fluxo impressionante de refugiados, acolhidos, sobretudo, em Bangladesh, não obstante os recursos financeiros bastante limitados deste país.

Diante desse cenário de persistente degradação dos direitos humanos e da patente vulnerabilidade dos indivíduos em questão, cujo acesso à justiça se revela bastante difícil e limitado, o Estado de Gâmbia, signatário da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, acionou a CIJ, dando início a este processo emblemático, com contornos técnico-jurídicos bastante peculiares.

O fato é que a Gâmbia ajuizou, em nome próprio, uma ação para defender os direitos de uma população apátrida, ou seja, sem vínculo jurídico-político consigo ou com qualquer outro país. A única aproximação existente entre os rohingyas e o povo da Gâmbia é o fato de serem muçulmanos. O Myanmar, como veremos, defendeu-se alegando que Gâmbia não teria legitimidade para propor a ação, pois entre os dois países não havia disputa jurídica ou incumprimento de obrigações recíprocas¹⁶⁹.

Nesse sentido, cumpre, primeiramente, destacar que em sua aplicação, os representantes de Gâmbia afirmaram que ambos países em disputa são membros das Nações Unidas e que se encontram vinculados ao Estatuto do Tribunal, incluindo o artigo 36 (1), que estabelece que a jurisdição da Corte “compreenderá

¹⁶⁷ Nesse sentido, Cfr. BECKER, Michael, *The Plight of the Rohingya: Genocide Allegations and Provisional Measures in The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice*, Melbourne Journal of International Law, vol. 21, n. 2, 2020. p.2 [consultado em 30-04-2024] Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3688935>

¹⁶⁸ A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1954 estabelece, em seu artigo 1, que o termo apátrida designará toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como nacional.

¹⁶⁹ Cfr. REIS, Roberta Cerqueira, *A proteção dos Direitos Humanos na Corte Internacional de Justiça: comentários ao julgamento das medidas provisórias de proteção à população Rohingya no caso Gâmbia vs. Myanmar sobre a violação da Convenção de Genocídio (1948)*, Rev. Carta Internacional., v. 15, n. 3, Belo Horizonte, 2020. p.109. [consultado em 02-05-2024], disponível em DOI: 10.21530/ci.v15n3.2020.1061.

todas as questões que as partes submeterem a ela e todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções vigentes”. Alegou-se, outrossim, que ambos os Estados são partes na Convenção sobre o Genocídio, tendo sido enfatizado que nem Gâmbia nem Myanmar pretenderam inserir qualquer reserva ao Artigo IX da referida Convenção, o qual estabelece a jurisdição da CIJ para o julgamento de disputas entre as Partes Contratantes relativas à sua interpretação, aplicação ou cumprimento, incluindo aquelas relativas à responsabilidade dos Estados pelo genocídio ou por qualquer outro ato enumerado no artigo III da mesma¹⁷⁰.

Em continuação, Gâmbia expressou, de maneira enfática, a sua preocupação em relação ao padrão de condutas descrito em sua aplicação, deixando claro que a proibição do genocídio tem o carácter de norma imperativa e as obrigações decorrentes da Convenção são de eficácia *erga omnes*. No entendimento de Gâmbia, as ações perpetradas pelos agentes públicos do Myanmar revelam uma clara violação de suas obrigações ao abrigo da Convenção sobre o Genocídio.

Ou seja, Gâmbia buscou, no carácter *jus cogens* da norma proibitiva do genocídio e na eficácia *erga omnes* das obrigações correlatas, o fundamento da sua legitimidade de acionar, perante a CIJ, o Estado do Myanmar com fulcro no reconhecimento da sua responsabilidade, o que envolve, por certo, a determinação do eventual dever de prestação de medidas reparatórias às vítimas e o oferecimento de garantias de não repetição das violações em questão¹⁷¹.

Outro ponto de extrema importância na aplicação de Gâmbia reside no requerimento de determinação de medidas provisórias, com base no art. 41 do Estatuto da CIJ. Baseando-se em relatórios de órgãos de investigação da ONU¹⁷², os quais indicavam a perpetração de atos ilícitos cometidos pelos agentes públicos do Myanmar em relação ao povo rohingya, atos estes que, no entendimento do aplicante, claramente expunham a intenção genocida em relação àquela população,

¹⁷⁰ Cfr. Gâmbia v. Myanmar. Application instituting proceedings and request for provisional measures (11 November 2019). I.C.J Reports, 2019, p. 7, para.16-19.

¹⁷¹ *Idem.* p. 7-9, para 20.

¹⁷² Gâmbia se referiu à conclusão tirada da Missão de Apuração de Fatos da ONU, a qual mencionou que “a brutalidade com os quais os atos subjacentes foram executados fornece suporte adicional para uma conclusão de que foram cometidos com intenção genocida”. No seu relatório de Setembro relatório de 2019, a Missão confirmou que “o Governo continua a nutrir intenção genocida e que os Rohingya continuam sob sério risco de genocídio”. cfr. Gâmbia v. Myanmar. Application instituting proceedings and request for provisional measures (11 November 2019). I.C.J, Reports, 2019, p.66, para.131.

os representantes de Gâmbia alegaram a existência dos requisitos de risco de dano irreparável e urgência aptos a fundamentar a determinação de medidas provisórias por parte da Corte¹⁷³.

Pode-se alegar que, no dia 23 de janeiro de 2020, a CIJ proferiu uma importante decisão na história de sua jurisprudência. Nesse sentido, quando da análise do pedido indicação das medidas provisórias requeridas por Gâmbia, a Corte fundamentou, primeiramente, a sua jurisdição *prima facie* sobre a disputa em questão.

Em continuação, a CIJ focou-se na principal objeção feita por Myanmar quanto à admissibilidade do caso, qual seja: a de que faltaria legitimidade *prima facie* por parte de Gâmbia face à disputa, tendo-se em vista que o Estado não seria diretamente afetado pelas condutas alegadas, o que traria implicações no que se refere ao interesse jurídico do Estado aplicante quanto ao caso. Cumpre trazer o trecho mais importante desta emblemática desta decisão:

(...) o Tribunal recorda que todos os Estados partes na Convenção sobre o Genocídio possuem o interesse comum em garantir que os atos de genocídio sejam evitados e que, caso ocorram, seus autores não gozem de impunidade; que o interesse comum implica que as obrigações relevantes no âmbito da Convenção sobre o Genocídio sejam devidas por qualquer Estado Parte a todos os outros Estados Partes na Convenção (obrigações *erga omnes* partes). Isto implica que qualquer Estado Parte na Convenção sobre Genocídio pode invocar a responsabilidade de outro Estado Parte com vista a apurar o alegado incumprimento das suas obrigações *erga omnes* partes, e pôr fim a tal incumprimento. O Tribunal conclui, dessa forma, que Gâmbia possui legitimidade *prima facie* para submeter a disputa com Myanmar com base em alegadas violações de obrigações decorrentes da Convenção sobre Genocídio¹⁷⁴.

Observa-se que a CIJ teve a oportunidade de aplicar, em um caso contencioso, o entendimento firmado no Parecer consultivo sobre as Reservas à Convenção sobre a Prevenção e Punição ao crime de Genocídio, segundo o qual:

¹⁷³ Cfr. Gâmbia v. Myanmar. Application instituting proceedings and request for provisional measures (11 November 2019). I.C.J Reports, 2019, p. 64, para.128. Também conferir: Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), p. 645, para. 77). Na ocasião, a CIJ entendeu que o Tribunal, nos termos do artigo 41 do seu Estatuto, tem competência para indicar medidas provisórias quando o prejuízo irreparável versar sobre direitos que sejam objeto de processo judicial ou quando o alegado desrespeito a tais direitos puder acarretar consequências irreparáveis aos lesados.

¹⁷⁴ Cfr. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) - The Court indicates provisional measures in order to preserve certain rights claimed by The Gambia for the protection of the Rohingya in Myanmar, Press Release 23 January 2020). p.3.

[n]esta convenção, os Estados contratantes não têm quaisquer interesses próprios; eles apenas têm, todos e cada um, um interesse comum, a saber, a realização daqueles propósitos elevados que são a razão de ser da convenção. Consequentemente, numa convenção deste tipo, não se pode falar em vantagens ou desvantagens individuais para os Estados, ou da manutenção de um equilíbrio contratual perfeito entre direitos e deveres. Os elevados ideais que inspiraram a Convenção proporcionam, em virtude da vontade comum das partes, a base e a medida de todas as suas disposições¹⁷⁵.

Da análise da presente decisão, depreende-se que a Corte centralizou sua fundamentação quanto à legitimidade de Gâmbia se tendo em vista a eficácia *erga omnes* partes da proibição do genocídio, a qual se encontra positivada por meio de um instrumento normativo multilateral. Pensamos, contudo, que a CIJ perdeu a oportunidade de se aprofundar na questão, tendo-se em vista que o interesse jurídico quanto à proteção de determinadas normas advém, substancialmente, do caráter *jus cogens* dos direitos ou obrigações em questão.

Desse modo, tratando-se de normas de fonte costumeira, como a proibição do genocídio, o pertencimento à comunidade internacional se revela, por si só, como elemento ensejador da legitimidade para se invocar a responsabilidade de outro Estado perante órgãos jurisdicionais internacionais¹⁷⁶.

Feitas tais considerações e, tendo-se por base, notadamente, os relatórios oficiais elaborados pela Comissão Internacional Independente da ONU para Apuração dos Fatos em Myanmar¹⁷⁷, a CIJ entendeu que os requisitos de urgência e perigo de dano irreparável estavam presentes no caso, o que culminou na determinação das medidas provisórias, que incluíram a cessação dos atos que

¹⁷⁵ Cfr Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J., Reports, 1951, p. 23.

¹⁷⁶ Recorde-se que, neste ponto, o art.48(1) dos *Draft Articles* confere aos Estados não diretamente lesados a legitimidade para invocação da responsabilidade em virtude do incumprimento de obrigações constantes em tratados multilaterais (eficácia *erga omnes* partes) ou devidas à comunidade internacional como um todo (eficácia *erga omnes*).

¹⁷⁷ Cfr. ONU. United Nations High Commissioner for Human Rights. Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. doc. A/HRC/42/50, 2019. §18, p. 107. Ver também ONU. United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner. Myanmar: UN Fact-Finding Mission releases its full account of massive violations by military in Rakhine, Kachin and Shan States, 18 Sept. 2018. [consultado em 2024-05-04] Disponível em: [ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23575&LangID](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23575&LangID)

configurariam, *a priori*, a violação das obrigações constantes na Convenção sobre o Genocídio¹⁷⁸.

Uma decisão unânime da CIJ é sempre surpreendente, e tal unanimidade no caso Gâmbia v. Myanmar sugeriu fortemente um consenso dentro da Corte de que a gravidade das alegações significava que não se poderia deixar a situação sem solução. Quer seja intencional ou não, a decisão também teve o efeito de reconhecer formalmente o sofrimento do povo rohingya – um ato de considerável peso simbólico¹⁷⁹.

Maria de Assunção do Vale Pereira nos traz um importante ponto ao recordar que, no caso relativo à aplicação da Convenção sobre o Genocídio, que opôs a Bósnia-Herzegovina à Sérvia e Montenegro, foi suscitada a questão de saber se um Estado poderia ser condenado pela prática de genocídio sem ter havido ainda a condenação de qualquer indivíduo por esse crime, ao que o Tribunal respondeu que se algum dos atos proibidos pelo artigo III da Convenção sobre o Genocídio fosse cometido por um órgão ou uma pessoa em termos de ser imputável ao Estado, este seria responsável¹⁸⁰.

Para a autora, no caso em análise, e apesar de ainda não estarmos perante a sentença final de mérito, o Tribunal parece orientar-se – e bem, a seu ver – no mesmo sentido. Esta questão decorre de, a nível internacional, a jurisdição criminal estar afirmada em relação aos indivíduos, embora possa recordar-se que os *draft articles* da CDI chegaram a conter uma disposição em que a ilicitude era graduada conforme a distinção entre crimes (entendido como “um facto internacionalmente ilícito que resulte da violação, por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional que a sua violação seja reconhecida como ceie por essa comunidade no seu conjunto”) e delitos, enunciando-se, como exemplo dos primeiros, o genocídio. No entanto, uma imensa oposição dos Estados impediu a sua consagração¹⁸¹.

Conforme anteriormente mencionado, o caso Gâmbia v. Myanmar se encontra pendente na CIJ. Cumpre ressaltar que as últimas decisões da Corte em

¹⁷⁸Cfr. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Request for the indication of provisional measures, order of 23 January 2020, I.C.J Reports, 2020 pp. 31-32, para 86.

¹⁷⁹ Nesse sentido, Cfr. BECKER, Michael. The Plight of the Rohingya ...*cit.*, pp.9-10.

¹⁸⁰ Cfr. PEREIRA, Maria Assunção do Vale, *Breve análise sobre o caso relativo ao genocídio rohingya perante o Tribunal Internacional de Justiça*. pp.141-142. Disponível em <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.7>

¹⁸¹ *ibidem*.

relação ao caso dizem respeito à declaração conjunta de intervenção feita pelo Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Países Baixos e o Reino Unido, e o subsequente pedido das Maldivas nesse mesmo sentido. Interessante notar que os referidos países valeram-se do direito de intervenção no caso com base no artigo 63 (2) do Estatuto da CIJ¹⁸².

Nesse sentido, e tendo-se em vista a gravidade indiscutível dos fatos narrados e evidenciados na aplicação de Gâmbia, os declarantes alegaram¹⁸³:

(...) Além disso, tendo em conta o carácter *jus cogens* da proibição do genocídio, e a natureza *erga omnes* partes das obrigações decorrentes da respectiva Convenção, todos os Estados Partes têm um interesse comum na realização dos elevados objectivos da mesma. Em sua resolução sobre medidas provisórias no presente caso, a Corte fez a seguinte declaração relativa aos interesses de todos os Estados Partes na Convenção sobre Genocídio.

Desse modo, é de se concluir que o interesse manifestado por Gâmbia e outros Estados partes da Convenção sobre o Genocídio em fazer valer o cumprimento das obrigações dela decorrentes é um positivo sinalizador quanto à evolução da proteção dos valores mais essenciais consagrados pela Comunidade Internacional. Nesse sentido, citem-se os valores que dizem respeito à proteção da pessoa humana, particularmente quando, no caso em tela, estão envolvidos grupos que se encontram em patente vulnerabilidade, como os rohingya.

A potencialidade deste caso reside, precisamente, na maneira como a Corte administrou o choque entre a dinâmica interestatal e a dinâmica universalista dos Direitos Humanos. As prerrogativas de soberania do Myanmar não o autorizam a cometer genocídio contra os Rohingya e as normas internacionais de Direitos Humanos impõem ao Estado a proteção de uma população apátrida. A decisão da CIJ favoreceu as normas do regime de Direitos Humanos, restringindo a liberdade do Myanmar no trato da população Rohingya¹⁸⁴.

Cumprido ressaltar que esta não foi primeira vez em que a CIJ se convenceu sobre a legitimidade e o interesse jurídico de um Estado em recorrer à sua jurisdição

¹⁸² Diz-no a redação do artigo 63 do Estatuto da CIJ que “quando se tratar da interpretação de uma convenção, da qual forem partes outros Estados, além dos litigantes, o escrivão notificará imediatamente todos os Estados interessados. Cada Estado assim notificado terá o direito de intervir no processo; mas, se usar deste direito, a interpretação dada pela sentença será igualmente obrigatória para ele”.

¹⁸³ Cfr. *Gambia v. Myanmar (Joint declaration of intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands and the United Kingdom)*, 15 November 2023, I.C.J. p. 2, para 9.

¹⁸⁴ Cfr. REIS, Roberta Cerqueira, *A proteção dos (...)...*, cit., p.118.

sob o fundamento do interesse na proteção das obrigações *erga omnes*, não obstante o Estado aplicante não ter sido diretamente lesado no caso em comento.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que no caso sobre as Questões relacionadas com a obrigação de Processar ou Extraditar (Bélgica v. Senegal), a Bélgica defendeu o seu interesse legal no caso devido ao fato do Senegal não ter cumprido o seu pedido ao abrigo da Convenção contra a Tortura para extraditar Hissène Habré (Presidente do Chade entre os anos de 1982 e 1990), interesse este reconhecido pela CIJ. Desse modo, a Corte entendeu que o caráter *erga omnes* partes das obrigações do Senegal advindas da Convenção contra a Tortura autorizava a Bélgica, ou qualquer outra parte do tratado, a invocar a responsabilidade do Senegal e a fazer uma reclamação, independentemente de um interesse especial.

A CIJ, no julgamento do caso, deixou claro o entendimento que as disposições relevantes da Convenção contra a Tortura eram “semelhantes” às da Convenção sobre o Genocídio. O Tribunal considerou que estas disposições geram “obrigações [que] podem ser definidas como 'obrigações *erga omnes* partes' no sentido de que cada Estado Parte tem interesse em cumpri-las em qualquer caso”¹⁸⁵.

Contudo, o que se observa, em certos casos, é que, ainda que o Estado aplicante não seja diretamente afetado pelos fatos em questão, estando, portanto, em uma posição de legitimado para a defesa de obrigações *erga omnes*, comumente se depreende algum interesse ou conexão extrajurídica (seja histórica ou geográfica, por exemplo) que ajuda a explicar a sua vontade de levar a questão às cortes internacionais. No caso mencionado, percebe-se, claramente, que a decisão da Bélgica de instaurar o caso está conectada à existência de processos judiciais nacionais naquele país que diziam respeito a reclamações contra Habré. Por sua vez, a decisão da Gâmbia de abrir o caso – ao custo potencial de problemas políticos, reação negativa ou retaliação de outros atores – pode encorajar outros Estados não feridos a, cada vez mais, buscar a jurisdição da CIJ para fazer cumprir obrigações cujo respeito representa um “interesse comum” da Comunidade Internacional¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cfr. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, Merits, I.C.J Reports, 2012, p. 449, para 68.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Cfr. BECKER, Michael, *The Plight of the Rohingya...cit*, p.10-11.

Em continuação, conforme ocorrido no mencionado caso *Bélgica v. Senegal*, no qual a CIJ expressamente se referiu à natureza *jus cogens* da proibição da tortura, postura que não lhe é usual, pensamos que a CIJ poderia ter avançado mais, expressando, igualmente, o caráter *jus cogens* da norma proibitiva do genocídio, o que poderá ser feito na decisão final de mérito, independente do reconhecimento ou não da responsabilidade Myanmar sobre os fatos alegados.

O convencimento acerca do dolo específico exigido na Convenção sobre o Genocídio irá exigir da Corte uma profunda análise quanto às evidências trazidas por Gâmbia, tendo-se em vista que a sua jurisprudência tem revelado uma postura bastante rigorosa em casos que envolvam alegações de violação massiva de direitos humanos¹⁸⁷.

Nesse sentido, a CIJ tem conferido a si um “alto nível de certeza” para a responsabilização de um Estado quanto ao crime do genocídio,¹⁸⁸ o que tornará a decisão deste caso particularmente interessante e complexa, tendo-se em vista que, se por um lado, a Corte tem se inclinado para uma visão mais tradicionalista do dolo direto do crime de genocídio, não se pode negar a existência de um robusto material probatório quanto a atos de perseguição e assassinato por motivos étnicos e religiosos no caso em análise.

Em conclusão, e independente de qual posicionamento a CIJ adotará na decisão de mérito em *Gâmbia v. Myanmar*, acreditamos que o caso marca uma incontornável tendência dentro da sua jurisprudência: a de que, cada vez mais, os Estados acionem a CIJ em busca da responsabilização pelo incumprimento de obrigações *erga omnes*, em que pese tais aplicantes não serem diretamente lesados pelas violações em questão. Tal tendência, aliás, vem apresentando um notório (e positivo) desenvolvimento, o que será observado quando da análise dos casos a seguir.

3.4 África do Sul v. Israel

¹⁸⁷ Nesse sentido, Cfr. *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 241, para. 210, and p. 249, para. 237.

¹⁸⁸ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 129-130, para. 209-210.

No dia 29 de dezembro de 2023, a África do Sul apresentou sua aplicação, perante a CIJ, contra o Estado de Israel, dando-se, dessa forma, início ao caso sobre a Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel).

O caso em questão possui, como pano de fundo, a sequência de atos adotados por Israel em resposta ao ataque terrorista do grupo Hamas, em território israelense, no dia 07 de outubro de 2023. Tal sequência, no entendimento dos representantes da África do Sul, configurariam uma sistemática quebra das obrigações constantes nos artigos I, III (a), III (b), III(d) , III(e), IV e V da Convenção sobre o Genocídio, da qual ambos os países em disputa são signatários.

Em um primeiro momento, insta ressaltar que, devido à semelhante base jurídica entre os casos, Gâmbia v. Myanmar foi significativamente citado, tanto pela África do Sul, quando da sua aplicação inicial, quanto pela CIJ na decisão de indicação de medidas provisórias.

Resumidamente, em sua aplicação inicial, a África do Sul cita o ataque, por parte do exército israelense, à população e às instalações civis palestinas, o que inclui prédios dedicados à religião, arte, ciência, história e, até mesmo, hospitais. Cita-se que o bloqueio de 16 anos da Faixa de Gaza é permeado por graves violações de obrigações constantes em diversos instrumentos normativos internacionais, incluindo a Quarta Convenção de Genebra. No entendimento da África do Sul, esta sistemática violação e privação de direitos humanos mais fundamentais representam uma intenção específica (*dolus specialis*) por parte de Israel de destruir os palestinos, que representam um grupo nacional e étnico distinto¹⁸⁹.

Em sequência, a África do Sul solicitou que a CIJ indicasse medidas provisórias, dentre as quais, a de que Israel assegurasse que qualquer exército sob sua direção, apoio ou influência atuasse em um contexto que não levasse ao desrespeito aos direitos da população palestina e às obrigações constantes em

¹⁸⁹ Cfr Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)-(Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023). I.C.J Reports. p. 1 para 2. Conferir, também, para um melhor aprofundamento na questão, o relatório “Anatomy of a Genocide”, de Francesca Albanese, apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra. Disponível em: <https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-unedited-version-a-hrc-55/>

diversos instrumentos normativos internacionais, com foco na Convenção sobre o Genocídio¹⁹⁰.

Nesse sentido, no dia 26 de janeiro de 2024, a Corte proferiu sua decisão acerca do pedido de indicação de medidas provisórias, conforme mencionado.

Interessante observar que a decisão da CIJ fez diversas referências ao caso *Gâmbia v. Myanmar*, sobretudo quando da análise da legitimidade, *prima facie*, da África do Sul em levar Israel à disputa em análise. Insta observar que o recente caso *Canadá e Holanda v. Síria* também poderia ter sido objeto de menção na referida decisão. No caso, a CIJ seguiu a mesma linha de entendimento: os países aplicantes possuem legitimidade e o interesse legal de levar a Síria a uma disputa relativa à eventual quebra de obrigações constantes na Convenção contra a Tortura, tendo em vista o caráter *erga omnes* partes das obrigações envolvidas¹⁹¹.

Nesse sentido, a Corte teve a oportunidade de reafirmar o entendimento estabelecido em *Gâmbia v. Myanmar* de que as obrigações decorrentes da Convenção sobre o Genocídio representam obrigações *erga omnes* partes, o que implica a legitimidade e o interesse legal por partes de todos os Estados em fazer valer o seu cumprimento dentro da jurisdição da CIJ. Posteriormente, houve a indicação de medidas provisórias e, neste sentido, subjaz um ponto merecedor de reflexão¹⁹².

A CIJ, na mencionada decisão, determinou quatro medidas provisórias a serem cumpridas, as quais incluíram, fundamentalmente, o dever do Estado israelense de garantir, com efeito imediato, que os seus militares não cometessem quaisquer atos que envolvessem condutas proibidas sob o manto da Convenção sobre o Genocídio, bem como o dever de adoção de medidas que viabilizassem a promoção da assistência humanitária à população civil palestina.

Nesse sentido, observa-se que, em um primeiro momento, a Corte, quando da determinação das medidas provisórias, absteve-se de determinar a própria cessação da atuação do exército israelense no território palestino, em que pese a

¹⁹⁰ Cfr Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)-(Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023). I.C.J Reports. p. 82 para 144.

¹⁹¹ Cfr. Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic),Provisional Measures, Order of 16 November 2023. I.C.J Reports 2023, p. 14-15, para 50-51.

¹⁹² Cfr Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)-,Order of 26 January 2024, Provisional Measures,. I.C.J Reports, 2024, p.12, para 33 e p. 24-26 para 86.

licitude da própria invasão possa - e deva ser - discutida sob o ponto do direito internacional. Nesse sentido, não nos parece, tendo-se em mente os contornos da legítima defesa insculpidos na Carta das Nações Unidas e concebidos pela doutrina majoritária, que o Estado de Israel possa justificar a sua atuação sequer sob a alegação da legítima defesa¹⁹³.

Não se nega, obviamente, as atrocidades perpetradas pelo grupo Hamas no dia 07 de outubro de 2023 e não se pretende, de maneira alguma, justificá-las sob qualquer ponto de vista razoável. Entretanto, faz-se necessário uma análise profunda sobre a posição de Israel, considerado pela própria CIJ como Estado ocupante e perpetuador de diversas violações de obrigações internacionais em território palestino¹⁹⁴, e como a realidade dos fatos demonstra que se trata de um Estado muito mais opressor do que, de fato, ameaçado.¹⁹⁵

Ou seja: independente da existência ou não de uma conduta genocida por parte de Israel, o que será analisado em momento oportuno pela Corte, é de se questionar se a própria ilicitude da invasão e do ataque armado é justificável e, não o sendo, o porquê da não determinação da sua cessação quando do deferimento das medidas provisórias pela CIJ.

Em continuação, no dia 10 de maio de 2024, a África do Sul submeteu à Corte um pedido urgente de indicação de novas medidas provisórias, visando, particularmente, a suspensão da ofensiva militar israelense em Rafah, pedido este que foi objeto de deliberação pela CIJ em decisão proferida no dia 24 de maio de 2024.

Segundo os representantes da África do Sul, a incursão militar em Rafah representaria um extremo risco aos serviços básicos e à prestação de ajuda humanitária em Gaza, ao passo que Israel sustentou a alegação de que Rafah, cidade palestina situada ao sul da Gaza, ainda serviria como uma importante base

¹⁹³ Nesse sentido, seguindo o entendimento exposto quando da análise da legítima defesa como causa de justificação do ato ilícito internacional, entendemos que a contínua atuação militar de Israel no território palestino, após o ataque, pontual e consumado no dia 07 de outubro de 2023, por parte do grupo Hamas, muito mais se aproxima da “represália”, vedada pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência da CIJ.

¹⁹⁴ No que se refere a este ponto, cf. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion of 9 July 2004). I.C.J Reports p. 35 .para 78.

¹⁹⁵ No dia 03 de Julho de 2024, O grupo israelense Peace Now, um órgão de vigilância contra assentamentos judeus em territórios palestinos, publicou relatório no qual afirma que o Governo Israelense aprovou a anexação ilícita de 12,7 quilômetros quadrados de terras no Vale do Jordão, o que seria a maior apreensão de terras na Cisjordânia ocupada em mais de três décadas.

Disponível em <https://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2024/06/Annexation-of-the-WB-Peace-Now-June-2024.pdf>

do grupo Hamas, o qual representaria uma significativa ameaça aos cidadãos israelenses¹⁹⁶.

A CIJ, por sua vez, observou que a escalada dos fatos envolvendo o conflito em questão se mostra extremamente grave, trazendo o deslocamento, em larga escala, da população palestina, que já se encontrava em patente vulnerabilidade nos mais diversos aspectos sociais¹⁹⁷.

Desse modo, à luz das considerações analisadas, a Corte concluiu que a recente situação levantada a partir da ofensiva militar de Israel implicava o aumento do risco de dano irreparável aos “plausíveis direitos” alegados pela África do Sul e que haveria urgência em virtude da extensão deste dano. Desse modo, a Corte considerou que, em conformidade com as obrigações decorrentes da Convenção sobre o Genocídio, Israel deveria cessar imediatamente sua ofensiva militar e qualquer outra ação no território de Rafah, ação esta que poderia acarretar na destruição física, total ou parcial, dos palestinos em Gaza¹⁹⁸.

Lamentavelmente, a ordem da CIJ não apenas foi descumprida pelo governo israelense, como, no dia 27 de maio de 2024, dezenas de civis, incluindo crianças, morreram em um ataque em Rafah, em um ato de má fé e completo desrespeito do Estado israelense quanto à jurisdição da CIJ e aos direitos humanos mais básicos e elementares, cujo respeito, obviamente, permanece vinculativo em tempos de guerra.

Diante deste cenário, pensamos, antes de tudo, ser de extrema importância que a CIJ se aprofunde sobre a questão do instituto da legítima defesa, sob pena de continuarmos em um vicioso ciclo no qual alguns países, sob a alegação do combate ao terrorismo, ocupem e ataquem Estados bastante inferiores do ponto de vista militar e econômico, e o façam sob o argumento de uma legítima defesa que se revela insustentável juridicamente.

Nesse sentido, é de se concluir que, possivelmente, um dos principais argumentos de defesa trazidos por Israel será uma atuação militar pautada sob o manto da legítima defesa, o que exigirá da Corte uma apurada análise sobre

¹⁹⁶ Cf Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the modification of the Order of 28 March 2024, I.C.J Reports, p.7, para 24-25.

¹⁹⁷ *Idem.* p.7, para 9.

¹⁹⁸ Cfr Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Request for the modification of the Order of 28 March 2024, I.C.J Reports, p.13, para 47-50.

diversos fatores, o que inclui o respeito ao importante binômio da necessidade e da proporcionalidade¹⁹⁹.

É de se questionar se a atuação militar israelense na faixa de Gaza obedece a tais parâmetros, o que, ao nosso ver, leva-nos à conclusão de que a ocupação e o bombardeio desenfreado daquele território se revela muito longe do necessário para garantir a Israel, país de pujante capacidade tecnológica e militar, a almejada proteção contra o grupo Hamas.

Nesse sentido, convém se ter em mente, mais uma vez, que o contexto de invocação de uma causa de justificação como a legítima defesa exige daquele que a invoca, no mínimo, um sopesamento que leve em conta a pretendida vantagem militar prevista ante os danos esperados para a população civil.

Cumprir resgatar, desse modo, o reconhecimento da CIJ quanto a uma regra bastante assente pelo direito internacional consuetudinário segundo a qual a legítima defesa somente autoriza as medidas que sejam proporcionais ao ataque armado sofrido por aquele que dela se pretende lançar mão²⁰⁰.

Ademais, o instituto da legítima defesa não pode ser uma carta branca que autoriza a quebra e o completo desrespeito dos direitos da população civil, sob pena de uma completa desproporcionalidade entre ação e reação. Revela-se crucial, portanto, que a legítima defesa, ao sancionar o uso da força, obedeça ao máximo possível o requisito da proporcionalidade, uma vez que estão em jogo a vida e a integridade física da população civil no território em conflito.

Claro está, portanto, que o massacre de quase 40 mil vidas em Gaza, o que inclui, brutalmente, a vida de milhares de crianças, não possui qualquer justificação seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista jurídico. Não havendo, pois, justificação, não há licitude.

Desse modo, concluímos que o rastro de morte, danos à saúde física e psicológica e a fome generalizada observado no contexto do conflito em análise é revelador de, no mínimo, um cenário de perpetuação de crimes de guerra. Tal cenário, aliás, há muito tempo se revela notório e cristalino, não sendo concebível

¹⁹⁹Questionada sobre se o uso de armas nucleares seria necessariamente uma violação das obrigações ambientais devido aos danos massivos e a longo prazo que essas armas podem causar, a CIJ manifestou que “o respeito pelo meio ambiente é um dos elementos que permitem avaliar se uma ação está em conformidade com os princípios da necessidade e da proporcionalidade”. Nesse sentido, Cf. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 242, para. 30.

²⁰⁰Nesse sentido, Cfr *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, Merits I.C.J. Reports, 1986, p.94, para. 176.

que falte à principal corte internacional de justiça um posicionamento firme quanto à cessação da atuação militar israelense em território palestino - e não limitado ao território de Rafah.

São inúmeros os relatórios da ONU sobre a situação dos civis no território palestino e, também, sobre a sistemática desobediência por parte do exército israelense aos princípios da distinção, proporcionalidade e precaução nos ataques realizado no território em questão.²⁰¹ Enquanto permanece em aberto qual será o entendimento da CIJ quanto ao mérito da acusação feita pela África do Sul, é certo que o ódio e o desprezo ao povo palestino, materializado por meio de ataques diretos à população civil, inclusive em campos de refugiados, e a intencional obstacularização da ajuda humanitária e do funcionamento de serviços públicos vitais são circunstâncias que, seguramente, devem ser analisadas pela Corte e que são indicadoras de um processo que pode revelar o genocídio do povo palestino²⁰².

3.5 Nicarágua v. Alemanha

Feitas as observações e considerações referentes ao recente caso África do Sul v. Israel, cumpre mencionar que, no dia 1º de março de 2024, o Estado da Nicarágua apresentou uma aplicação contra a Alemanha na Corte Internacional de Justiça, dando-se início ao caso Nicarágua v. Alemanha.

Nesta aplicação, o aplicante alega que a Alemanha tem descumprido diversas obrigações decorrentes da Convenção sobre o Genocídio e do Direito Internacional Humanitário, no particular contexto da incursão militar israelense na Palestina, após os ataques de 07 de outubro de 2023 feitos pelo grupo Hamas.

Desse modo, faz-se referência à quebra de diversas obrigações constantes nas Convenções de Genebra de 1949 (e seus protocolos de 1977), as quais positivaram diversas normas de caráter *jus cogens* do Direito Internacional Humanitário. Nicarágua entende que tais falhas, atribuídas à Alemanha, dizem

²⁰¹ O relatório publicado no dia 19.06.2024 pelo Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos trata dos ataques indiscriminados e desproporcionais durante o conflito em Gaza no período de outubro a dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20240619-ohchr-thematic-report-indiscrim-disprop-attacks-gaza-oct-dec2023.pdf>

²⁰² Nesse sentido, torna-se válido conferir o relatório “Genocide in Gaza”, publicado e conduzido pela University Network of Human Rights. [consultado em 20.06.2024] disponível em <https://static1.squarespace.com/static/5b3538249d5abb21360e858f/t/66475850eceb152a52fd55fe/1715951696844/Genocide+in+Gaza+-+Final+version+051524.pdf>

respeito, também, ao não impedimento da manutenção de um regime ilegal de *apartheid* imposto ao povo palestino e a consequente privação ao seu direito à autodeterminação. Enfatizou-se, desse modo, que, bem antes da atuação militar em curso, a CIJ já havia firmado o entendimento de que a Palestina se trata de um território ocupado e que todos os Estados possuíam o dever de não prestar ajuda ou assistência para a manutenção dessa situação, conforme exposto no Parecer Consultivo de 2004²⁰³.

Em suma, os representantes da Nicarágua alegaram que a Alemanha forneceu apoio político, financeiro e militar a Israel plenamente consciente, no momento da sua autorização, de que os equipamentos militares seriam utilizados na prática de grandes violações de obrigações decorrentes do direito internacional público, o que abarcaria a proibição do genocídio e a obediência ao direito internacional humanitário. Exposto tal quadro, o aplicante finalizou suas considerações com o pedido de indicação de medidas provisórias²⁰⁴.

Em conclusão, cremos que África do Sul v. Israel e Nicarágua v. Alemanha representam uma grande oportunidade para a CIJ desenvolver um melhor aprofundamento teórico sobre diversas questões que vão além do crime do genocídio, considerado o crime dos crimes no Direito Internacional, e dos seus elementos constitutivos, sobretudo o dolo exigível para a sua configuração e consequente responsabilização.

Nesse sentido, acreditamos que tais casos representam uma oportunidade para a CIJ se posicionar de forma mais assertiva quanto ao caráter *jus cogens* da proibição do crime de genocídio, e dos efeitos decorrentes da violação das obrigações *erga omnes* decorrentes, o que vale, igualmente, para as normas *jus cogens* do direito internacional humanitário. Em ambos os casos, a Corte terá, inevitavelmente, que se debruçar sobre a análise do crime de *apartheid*, incluído pela CDI na lista exemplificativa de normas de caráter *jus cogens*, conforme citado no primeiro capítulo deste trabalho.

²⁰³ Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, I.C.J Reports, 2024. p. 1-2, para 3-4.

²⁰⁴ Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, I.C.J Reports, 2024. p. 6, para 43.

Em continuação, cumpre resgatar a própria jurisprudência da CIJ no que tange ao dever de não reconhecimento, por parte dos Estados, do ato ilícito internacional. Além do anteriormente analisado Parecer Consultivo de 2004, no Parecer Consultivo de 1971, cuja análise se voltou às consequências legais da presença da África do Sul na Namíbia, a Corte empossou o entendimento de que tal ocupação criou uma obrigação por parte de todos os Estados “de reconhecer a ilegalidade e a invalidade da presença contínua da África do Sul”²⁰⁵. Seguindo o Parecer Consultivo, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 301, que apelava aos Estados que se abstivessem de quaisquer atos e, em particular, quaisquer negociações com o Governo da África do Sul cuja implicação fosse o reconhecimento da legalidade da situação, bem como a prestação de apoio ou assistência à referida presença e administração²⁰⁶.

Neste diapasão, inferimos o dever que cabe aos Estados de não reconhecer a atuação militar israelense em Gaza, ainda que sob a alegação de uma legítima defesa, a qual vem sendo invocada por um Estado: a) que se perpetua como Estado ocupante de um território que não lhe pertence; b) atua em desconformidade com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas e c) tem violado, de maneira grosseira e sistemática, diversas obrigações internacionais relacionadas aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário.

Como no caso da Namíbia, o dever de não reconhecimento da conduta de Israel em Gaza estende-se ainda à abstenção de quaisquer atos ou negociações com o Governo de Israel que possam implicar o reconhecimento da legalidade de sua conduta, o que, no particular contexto do caso Nicarágua v. Alemanha joga luz sobre a extensão da licitude da conduta do governo alemão em prestar apoio político e militar à ofensiva israelense em Gaza.

Neste particular, compete a CIJ a análise detalhada do procedimento de licenças para exportação de armamento militar conduzidos pela Alemanha, uma vez que a sua defesa se debruça na alegação de que, conforme o ordenamento jurídico interno, para cada licença que seja concedida, é realizada uma avaliação pelo Governo alemão com o intuito de se averiguar a existência de um claro risco de que

²⁰⁵ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J Reports, p.40 para 119.

²⁰⁶ S.C. Res. 301, para. 6(2) (Oct. 20, 1971).

o item específico sujeito a licenciamento será utilizado na prática de genocídio, crimes contra a humanidade ou violações graves das quatro Convenções de Genebra²⁰⁷.

Outro ponto de defesa da Alemanha se baseou na alegação de que 98% das licenças concedidas desde o dia 7 de Outubro de 2023 consistiram em “outros equipamentos militares” e não a “armas de guerra”²⁰⁸. Pensamos, entretanto, que tal questão se mostra irrelevante, de modo que, exceto no caso de equipamentos usados estritamente para situações de defesa, todos os Estados deveriam se abster de promover quaisquer atos que impliquem em um fortalecimento de uma estrutura militar que tem sido utilizada de maneira altamente destrutiva e muito pouco ponderada.

Em continuação, no dia 30 de abril de 2024, a CIJ proferiu decisão na qual considerou que não havia razões para a determinação de quaisquer medidas provisórias²⁰⁹, o que, ao nosso ver, não nos pareceu o posicionamento mais acertado. Nesse sentido, e tendo-se em vista seu anterior reconhecimento quanto à escalada do conflito Israel-Palestina, o que culminou na determinação da cessação da atuação militar israelense em Rafah, cremos que, diante da urgência e gravidade dos fatos, a CIJ deveria ter determinado a suspensão do fornecimento de quaisquer equipamentos de uso militar a Israel, até posterior avaliação e apuração das acusações em questão.

Na referida decisão, a CIJ se limitou ao seguinte ponto:

Além disso, o Tribunal considera particularmente importante lembrar a todos os Estados as suas obrigações internacionais relativas à transferência de armas para as partes num conflito armado, a fim de evitar o risco de que tais armas possam ser utilizadas para violar as Convenções acima mencionadas. Todas estas obrigações incumbem à Alemanha como Estado parte das referidas Convenções no seu fornecimento de armas para Israel²¹⁰.

Por fim, observamos que o caso *Nicarágua v. Alemanha* nos traz algumas reflexões não apenas no que tange ao dever de não cumplicidade e assistência por

²⁰⁷ Cfr. *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, Public sitting held on Tuesday 9 April 2024, I.C.J. Reports, 2024, p.18 para 17.

²⁰⁸ *Idem.* p. 19 para. 19.

²⁰⁹ Cfr. *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, Provisional measures, Order of 30 April 2024, I.C.J. Reports, 2024, p.7, para 20.

²¹⁰ *Idem.* p.8, para 24.

parte da Comunidade Internacional quanto à perpetuação de graves violações de normas *jus cogens*, mas, também, ao dever de cooperação que incumbe aos Estados com vistas ao fim das referidas violações.

Infelizmente e, ao contrário do ocorrido no contexto da atual Guerra da Ucrânia, a falta de interesse político se reflete em uma patente inércia de boa parte das nações poderosas em adotar medidas que representem um ponto de pressão contra um verdadeiro “estado de ilicitude” em que se encontra Israel no tocante ao território palestino, estado este que, mais uma vez, foi reconhecido pela CIJ no Parecer Consultivo de 2004. Desse modo, e com base no referido dever de cooperação, pensamos que diversas contramedidas poderiam - e deveriam- ser direcionadas a Israel, as quais poderiam incluir, a título exemplificativo, a adoção de sanções econômicas e a determinação da suspensão de assistência militar.

Aliás, um exemplo recente e notável de prática estatal é a resposta unilateral às graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário em Myanmar. Em Agosto de 2018, os EUA impuseram sanções unilaterais sob a forma de congelamento de bens contra altos funcionários militares e policiais, bem como contra duas unidades militares, pelo seu envolvimento na limpeza étnica no Estado de Rakhine e outras graves violações dos direitos humanos cometidas nos estados de Kachin e Shan²¹¹.

No contexto do conflito Israel-Palestina, tais contra-medidas visariam, portanto, não apenas o fim da desastrosa atuação militar israelense em Gaza, como também a necessidade de reconhecimento e respeito ao Estado Palestino e o direito à liberdade e autodeterminação do seu povo.

Nicarágua v. Alemanha revela uma importância que transcende o próprio caso, trazendo-nos a oportunidade de observar o quão a CIJ encontra-se, de fato, alinhada ao regime instituído pelos *Draft Articles*. Neste particular, revela-se um caso que joga luz no reconhecido dever, por parte de todos os Estados, referente ao não reconhecimento do ato internacionalmente ilícito, bem como a não cumplicidade e assistência direcionadas à perpetuação grave e sistemática de normas de caráter *jus cogens*²¹², o que pode trazer, inegavelmente, grandes avanços ao regime da responsabilidade internacional.

²¹¹ Nesse sentido, Cfr BILLS, Amanda, *The Relationship between (...)*, pp. 127-128.

²¹² Cfr. artigos 40 e 41 dos *Draft Articles*.

CONCLUSÃO

Indubitavelmente, vivemos em uma época na qual o sentido de “Comunidade Internacional” ganha, cada vez mais, um propósito dentro do contexto político e jurídico internacional. Neste cenário, os direitos humanos e o fortalecimento dos mecanismos e instituições voltados para sua defesa passam a ser uma pauta diária, uma agenda dentro das políticas públicas e um debate dentro da sociedade civil como um todo.

Curiosamente, este fenômeno escancara um paradoxo do nosso tempo atual: enquanto se percebe o fortalecimento da consciência social e governamental acerca da preservação e do respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, deparamo-nos com a horror da guerra e de conflitos armados que afligem milhares, tolhendo-lhes a paz, a vida, a integridade física e o direito de viver de modo minimamente digno.

Nesse sentido, a análise acerca das obrigações *erga omnes*, da necessidade de sua obediência e a importância da responsabilização quando do seu incumprimento pôde nos revelar o quão complexa se mostra a questão em um mundo politicamente polarizado e economicamente desigual, onde a força de alguns países se sobrepõe, notoriamente, diante da fraqueza de outros.

Neste contexto, a atuação da Corte Internacional de Justiça, através da sua jurisprudência, se revela cada vez mais importante no sentido de reafirmação de que é preciso conferir ao Direito Internacional Público o peso que lhe é devido, que a juridicidade, e mais, a imperatividade de algumas de suas normas não são “letra morta” à disposição da vontade dos países de cumpri-las quando e, apenas se, conveniente lhes forem.

Deparamo-nos, portanto, com um movimento firme e constante da jurisprudência da CIJ acerca do reconhecimento do caráter das obrigações *erga omnes* e daquele que, certamente, é o seu principal reflexo diferenciador: o interesse legal por parte de toda Comunidade Internacional em zelar pelo seu cumprimento e buscar, na jurisdição das cortes internacionais, o reconhecimento da responsabilidade dos Estados infratores.

Desse modo, algumas reflexões e conclusões devem ser pontuadas.

Primeiramente, ressaltamos a importância de um posicionamento expresso por parte da CIJ no que se refere ao caráter *jus cogens* de determinados direitos e proibições, como é o caso do genocídio e *apartheid*. Tratando-se de obrigações *erga omnes*, que tutelam interesses coletivos da comunidade internacional, revela-se importante que a CIJ indique que a legitimidade e o interesse jurídico na proteção de tais valores independem dos Estados serem partes em um instrumento multilateral (obrigações *erga omnes* partes).

Ademais, concluímos pela necessidade da CIJ se debruçar sobre o instituto da legítima defesa como causa de justificação, sobretudo em contextos que envolvam conflitos entre Estados ocupantes e territórios ocupados, e quais as repercussões dessa ocupação ilícita. No contexto atual do conflito Israel-Palestina, cremos que atuação militar israelense vem, repetidamente, se afastado dos critérios de necessidade e proporcionalidade, ocasionando a morte de milhares de civis, o que denota a necessidade da determinação da cessação da referida operação por parte da CIJ em sede de medida provisória.

No âmbito do caso Nicarágua v. Alemanha, a discussão acerca do dever dos Estados de não reconhecimento e assistência à perpetuação de graves violações de normas *jus cogens* têm obtido destaque necessário, revelando, a nosso ver, a importância de grande alinhamento entre a jurisprudência da CIJ com o regime proposto pelo Projeto de 2001 da CDI referente à responsabilidade internacional dos Estados.

O referido dever, portanto, leva-nos a crer que é preciso um posicionamento rigoroso e firme por parte da CIJ contra o fornecimento de armas e equipamentos militares em conflitos onde se observam grandes indícios de crimes de guerra e, sobretudo, do crime de genocídio.

Este último ponto, o crime de genocídio, revela-se figura central dos casos Gâmbia v. Myanmar e África do Sul v. Israel. A análise de tais casos nos trouxe profundas reflexões sobre a necessidade de um olhar apurado no que toca a componentes indicadores de atos de perseguição e extermínio ligados a componentes de natureza étnica ou religiosa. Não se nega, portanto, a importância de uma decisão amparada em claras evidências do dolo direto exigível para a responsabilização dos Estados pelo cometimento do crime de genocídio. Por outro

lado, espera-se que, presentes tais evidências, não falte à CIJ a firmeza para decidir de modo técnico, imparcial e justo.

REFERÊNCIAS

1. Obras literárias e artigos jurídicos

ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G.E; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012.

BADESVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris, Sirey, 1960.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Ed. Lex, 1997.

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

_____, *Direito Internacional Público- Conceitos e Fontes*, vol. I, reimp, Lisboa, AAFDL, 2015.

_____, *Direito Internacional Público- Sujeitos e Responsabilidade*, Vol II, reimp, Lisboa, AAFDL, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a synthese dos princípios: e a contribuição do Brasil*, Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

BASTOS, Fernando Loureiro, *Direito Internacional do Mar: Guia de estudo*, Lisboa, AAFDL, 2017.

BECKER, Michael. *The Plight of the Rohingya: Genocide Allegations and Provisional Measures in The Gambia v Myanmar at the International Court of Justice*. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3688935>.

BRITO, Wladimir. *Responsabilidade de proteger no Direito Internacional*, Coimbra, Almedina, 2017.

_____. *Direito Internacional Público*. 2ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BROWNLIE, Ian, *System of the Law of Nations- State Responsibility*, Oxford, clarendon press, 1983.

_____. *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1983 (reimp. Ed. 1983).

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

_____. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

_____. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília, FUNAG, 2013.

CASSESE, Antonio, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2005.

_____, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CRAWFORD, James; OLLESON Simon, *The Character and forms of international Responsibility*. In "International Law" 5º Ed. Edit: Malcolm D. Evans, Oxford University Press, 2018.

DE FARIAS, Eduardo Pimentel, *Anotações sobre o jus cogens e o seu recente desenvolvimento pela CDI*, Nº 30, Porto, Revista Jurídica Portuguesa, 2021. disponível em: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(30\)2021.ic-04](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(30)2021.ic-04).

DE SCHUTTER, Olivier, *International Human Rights Law: cases, material, commentary*. Third Edit, Cambridge, 2009.

DE WET, Erika, *The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order*, Leiden Journal of International Law, vol. 19, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Tradução Vítor Marques Coelho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUARTE, Maria Luísa, *Direito Internacional Público- ordem jurídica global do século XXI*, Lisboa, AAFDL, 2016.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

FONSECA, Arnaldo Medeiros, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila, *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus cogens*, 1ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2004.

GARCIA, Emerson, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional*. 3ª ed, São Paulo, Atlas, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*, 5ª ed, Coimbra, Almedina, 2017.

LAFER, Celso, *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 1ª Imp, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LAGE, Délber Andrade. *O movimento de expansão não uniforme e a tensão entre Unidade e Fragmentação do Direito Internacional*. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Vol. 1, nº II, Junho de 2007.

MACHADO, Jónatas E. M, *Direito Internacional - Do paradigma clássico ao Pós-11 de setembro*, 4ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 9ª ed revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, 15ª ed. Vol I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed.. Revista e atualizada, Cascais, Principia, 2012.

MOTA, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed, Coimbra Editora, 1996.

PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in Public International Law, How WTO Law Relates to Others Rules of International Law*, Cambridge, 2003.

PEREIRA, Maria Assunção do Vale. *Breve análise sobre o caso relativo ao genocídio rohingia perante o Tribunal Internacional de Justiça*. Disponível em <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.7>

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, *Direito Internacional Público e Privado*. 3ª.ed, Salvador, JusPodivm, 2011.

QUADROS, de Fausto/ PEREIRA, André Gonçalves, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2015.

RAIMUNDO, Isabel, *Imperativo Humanitário e não ingerência: os novos desafios do Direito Internacional*, Lisboa, Cosmos, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____, *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

RAMMINGER, Erica. O conceito de auto-defesa na Carta da ONU e a Guerra no Iraque: Guerra preventiva ou preemptiva?, 2007, disponível em 2007. Disponível em :
<http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/artigos/O%20CONCEITO%20DE%20AUTO%20DEFESA%20NA%20CARTA%20DA%20ONU%20E%20A%20GUERRA%20NO%20IRAQUE%20Erica%20Olivia.pdf>.

REIS, Roberta Cerqueira. A proteção dos Direitos Humanos na Corte Internacional de Justiça: comentários ao julgamento das medidas provisórias de proteção à população Rohingya no caso Gâmbia vs. Myanmar sobre a violação da Convenção de Genocídio (1948). Belo Horizonte, Rev. Carta Inter., v. 15, n. 3, 2020, disponível em DOI: 10.21530/ci.v15n3.2020.1061.

REZEK, José Francisco, *Direito internacional público: curso elementar*, 9ª ed., revista, São Paulo, Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Manuel de Almeida, *A ONU e o uso da força pelos Estados: da letra da carta aos novos desafios do século XXI*, em: *Direito Internacional e o uso da força no século XXI*, Coordenadores Maria Luísa Duarte; Rui Tavares Lanceiro, Lisboa, AAFDL, 2018.

SALCEDO, J.A Carrilo. *Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1995.

SCHWEBEL, Stephen M, *Justice in International Law: selected writing of judge Stephen M. Schwebel*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Fourth Ed, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Atlas, 2002.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 2nd ed. Oxford University Press, 2003.

VERDROSS, Alfred. La Doctrina Espanola Clasica Del Derecho Internacional, in Paz y Derecho de Gentes, Volume XVIII. Madrid, 1971-1972.

VIRALLY, Michel. Réflexion sur le Jus Cogens in *Annuaire Français de Droit International*, vol. XII, 1966, disponível em https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1966_num_12_1_1868

ZANINI, Thiago José. *Elementos do Direito Internacional Público e Privado*, São Paulo, Atlas S.A, 2010.

2. Jurisprudência

Case Concerning the Factory at Chorzów, (Merits), Judgment of 26 July 1927, P.C.I.J Series A, nº17,

Barcelona Traction (Belgium v. Spain, ICJ Reports (1970).

Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports (1949).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), ICJ Reports (1980).

GabcíkovoNagymaros Project (Hungary v. Slovakia, ICJ Reports (1997).

LaGrand (Germany v USA), ICJ Reports (1999).

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports (1986).

East Timor (Portugal v. Australia), ,I.C.J, Reports, 1995.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion). I.C.J Reports, 2004.

Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda), 19 de Dezembro de 2005

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), I.C.J. Reports 2007

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) . I,C.J, Reports, 2019.

Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic). I.C.J Reports 2023,

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel),I.C.J Reports, 2023.

Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), I.C.J Reports, 2024.

Rainbow Warrior (New Zeland v. France, 30 April 1990, 20 RIAA 215, 251).

Corte IDH, Parecer Consultivo n. 18º sobre Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados de 17.09.2003.

3. Documentos

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, disponível em: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001 .pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur. International Law Commission Seventy-first session

Geneva, 29 April–7 June and 8 July–9 August 2019. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.4/727>.

“Anatomy of a Genocide”, de Francesca Albanese, apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra. Disponível em: <https://www.un.org/unispal/document/anatomy-of-a-genocide-report-of-the-special-rapporteur-on-the-situation-of-human-rights-in-the-palestinian-territory-occupied-since-1967-to-human-rights-council-advance-unedited-version-a-hrc-55/>

United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner. Myanmar: UN Fact-Finding Mission releases its full account of massive violations by military in Rakhine, Kachin and Shan States, 18 Sept. 2018. Disponível em: ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=23575&LangID