

VOLUME XLII — N.º 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 1



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLII — N.º 2 - 2001

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Janeiro de 2003

I Doutrina

<i>Eduardo García de Enterría</i> — La Justicia Administrativa en el Cambio de Siglo.....	669
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — A situação da propriedade intelectual em Macau	691
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Bases de dados electrónicas: o estado da questão em Portugal e na Europa	735
<i>Ruy de Albuquerque</i> — Direito de Juristas — Direito de Estado.....	751
<i>Jorge Miranda</i> — Deputados e votações parlamentares.....	809
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Direito aplicável à responsabilidade extracontratual na Internet.....	825
<i>Miguel Nogueira de Brito</i> — O patriotismo como civilidade: Egas Moniz, Maquiavel e as Nações Europeias.....	835
<i>Miguel Lopes Romão</i> — O conceito de legitimidade política na Revolução Liberal.....	903
<i>Luís Duarte d'Almeida</i> — Questões de hermenêutica juscomunitária.....	955
<i>Domingos Miguel Soares Farinho</i> — A suspensão de eficácia dos actos administrativos em acção popular	975
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> — Autodeterminação, Soberania e Reforma Institucional das Nações Unidas	1027
<i>Guilherme W. d'Oliveira Martins Jr.</i> — Os Poderes Tributários nas Regiões Autónomas: criar ou adaptar, eis a questão... ..	1085
<i>João Zenha Martins</i> — Cedência ocasional de trabalhadores — algumas notas.....	1123
<i>Sara Guerreiro</i> — O Kosovo e a responsabilidade internacional — Intervenção quase humanitária — Parte II.....	1159
<i>Rita Leandro Vasconcelos</i> — A livre circulação dos advogados na Comunidade Europeia.....	1205
<i>André Teixeira dos Santos</i> — O dever de agir nos crimes omissivos impróprios (breve análise crítica de alguns casos).....	1261
<i>Helena Sousa Nunes</i> — Para uma caracterização da linguagem jurídica. A função dos advérbios na Constituição da República Portuguesa.....	1329

<i>Alexandre Nuno Capucha</i> — Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico constitucional português e o estado de necessidade: poderes e limites de actuação da Administração — Um contributo para o seu estudo	1339
<i>Sofia Tomé D'Alte</i> — O contrato de concessão comercial	1393
<i>Massimo Fragola</i> — Sovranità degli Stati membri e garanzie a protezione dei diritti umani nell'ordinamento comunitario	1435
<i>Adhemar Ferreira Maciel</i> — "Amicus curiae": um instituto democrático... ..	1483
<i>Marcelo Andrade Féres</i> — Ensaio sobre o Novo Estatuto Brasileiro de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte	1489
<i>Carolina Cardoso Guimarães Lisboa</i> — A extradição e a pena de prisão perpétua	1509
<i>Kelly Susane Alflen da Silva</i> — Hermenêutica <i>generalis</i> . Sobre a formação da «opinião» jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI	1517

II Jurisprudência

<i>Eduardo de Melo Lucas Coelho</i> — Competência dos tribunais judiciais para a anulação do casamento católico?	1535
--	------

III Legislação

<i>Pedro Romano Martinez</i> — Apreciação da proposta de novo articulado de uma lei geral do trabalho (relações individuais) apresentada pela Comissão de Análise e Sistematização da Legislação Laboral.....	1563
<i>Maria do Rosário Palma Ramalho</i> — Proposta para um novo articulado da lei geral do trabalho.....	1569
<i>Guilherme Machado Dray</i> — Lei geral do trabalho (relações individuais)... ..	1575
<i>Luís Miguel Monteiro</i> — Proposta de lei geral do trabalho (relações individuais)	1585
<i>Luís Gonçalves da Silva</i> — Breve apreciação do capítulo I (âmbito e fontes) da proposta da Comissão de Análise e Sistematização da Legislação Laboral.....	1591
<i>Rui Pinto</i> — Apreciação do Anteprojecto de Revisão do Código de Processo Civil de Moçambique.....	1607

IV Vida Universitária

Sessão Pública de Apresentação dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gomes da Silva.....	1661
<i>Pedro Soares Martínez</i> — Morreu um Mestre	1671
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Parecer sobre o Relatório apresentado pelo Doutor Eduardo Paz Ferreira ao Concurso para Professor Associado do	

Grupo de Ciências Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito de Lisboa	1675
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório respeitante ao programa, ao conteúdo e aos métodos de uma disciplina de Direitos Fundamentais apresentado pelo Doutor Pedro Carlos da Silva Bacelar de Vasconcelos	1681
<i>Jorge Miranda</i> — Agradecimento em São Luís do Maranhão.....	1687
<i>Fausto de Quadros</i> — Apreciação do Relatório apresentado para provas de agregação em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola do Direito da Universidade do Minho sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de Direito da Função Pública pelo Doutor António Cândido Macedo de Oliveira.....	1689
Parecer do Conselho Pedagógico sobre a proposta do Conselho Científico de Anualização do 2.º e 3.º anos.....	1699

V Trabalhos de alunos

<i>Tiago Fidalgo de Freitas</i> — O desenvolvimento de leis de bases pela Assembleia da República.....	1707
--	------

VI Recensões

<i>Martim de Albuquerque</i> — Simbolismo e ideário político em Portugal no séc. XVIII. Notas a propósito de Fr. João dos Prazeres, <i>O Príncipe dos Patriarcas</i> e o <i>Abecedário Real</i>	1763
<i>Martim de Albuquerque</i> — A propósito de uma pseudo-recensão de Nuno Espinosa.....	1793
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — David Johnston, <i>Roman law in Context</i> , Cambridge University Press, U.K., 1999 (ISBN 052163961 0); A.A. V.V., <i>Identità e Valori: Fattori di Aggregazione e Fattori di Crisi nell'Esperienza Politica Antica</i> , Università, Cattolica del Sacro Cuore, Centro Culturale Nicolò Rezzara, "L'Erma" di Bretschneider, vol. III, "Alle radici della casa comune europea", a cura di Alberto Barzanò, Cinzia Bearzot, Franca Landucci, Luisa Prandi, Giuseppe Zecchini, Roma, 2001 (ISBN 88-8265-154-1); Xavier D'Ors (ed.), <i>Antologia de textos jurídicos de Roma</i> , Madrid, Akal/Classica, 2001, 399 pp., ISBN 84-460-1472-6.....	1797

O KOSOVO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL — INTERVENÇÃO QUASE HUMANITÁRIA — PARTE II (*)

SARA GUERREIRO

SUMÁRIO

	Págs.
1. Introdução.....	1161
2. Responsabilidade Internacional	1162
2.1. O conceito	1162
2.2. Breve evolução histórica.....	1164
2.3. O Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos — versão de 2001	1165
3. Intervenção Humanitária.....	1166
3.1. O conceito	1166
3.2. Intervenções humanitárias autorizadas e não autorizadas.....	1167
3.3. Situação que justifica uma intervenção.....	1168
3.4. Os Princípios em causa	1168
3.4.1. Proibição do uso da força.....	1168
3.4.2. O sistema colectivo de manutenção da paz e da segurança internacionais...	1169
3.5. Admissibilidade da intervenção humanitária como tutela de carácter excepcional dos direitos do homem	1171
3.5.1. Solução adoptada: a colisão de direitos e a técnica da concordância prática	1171
3.5.2. A intervenção — pressupostos e requisitos	1172
4. A Protecção dos Direitos do Homem	1173
4.1. Responsabilidade Internacional pela violação dos direitos do homem	1174
4.1.1. As obrigações <i>erga omnes</i>	1174
4.1.2. As obrigações <i>erga omnes</i> no novo regime do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional.....	1175

(*) Este artigo tem por base o relatório de mestrado em ciências jurídico-internacionais efectuado para a disciplina de Direito Internacional Público, leccionada pelo Prof. Doutor Jorge Miranda no ano lectivo de 2000/2001.

	Págs.
5. Intervenções humanitárias não autorizadas e responsabilidade internacional — o caso <i>Kosovo</i>	1177
5.1. Breve introdução histórica.....	1177
5.1.1. Jugoslávia — a História.....	1178
5.1.2. O movimento nacionalista albanês — O confronto	1179
5.2. A situação.....	1180
5.3. A intervenção	1181
5.3.1. O motivo.....	1181
5.3.2. A operação.....	1183
5.4. As consequências	1184
5.4.1. O processo no TIJ	1184
5.4.2. Em especial: A Jugoslávia <i>versus</i> Portugal.....	1185
5.4.3. Os argumentos sustentando a intervenção.....	1187
5.5. O ponto de vista jurídico.....	1189
5.5.1. A negação da possibilidade.....	1189
5.5.2. A eventual admissibilidade de uma intervenção colectiva não autorizada...	1190
5.5.3. Pressupostos e requisitos específicos.....	1191
5.5.4. O surgimento de um novo costume?.....	1191
5.5.5. Conclusão.....	1193
5.6. A responsabilidade internacional das Organizações Internacionais.....	1194
5.7. A responsabilidade internacional da ONU.....	1196
5.8. O caso particular da responsabilidade da OTAN	1198
5.8.1. A OTAN — uma organização regional ou uma aliança militar?.....	1198
5.8.2. Os limites à actuação da OTAN.....	1199
5.8.3. Responsabilidade da OTAN pela intervenção no <i>Kosovo</i>	1199

Siglas mais utilizadas

AG	— Assembleia Geral das Nações Unidas
CDI	— Comissão do Direito Internacional
CED	— Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CNU	— Carta das Nações Unidas
CS	— Conselho de Segurança das Nações Unidas
DUDH	— Declaração Universal dos Direitos do Homem
EUA	— Estados Unidos da América
NU	— Nações Unidas
OEA	— Organização dos Estados Americanos
ONU	— Organização das Nações Unidas

- OTAN — Organização do Tratado Atlântico Norte
OUA — Organização da União Africana
PDCD — Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos
PDSEC — Pacto dos Direitos Económicos Sociais e Culturais.
RFJ — República Federal da Jugoslávia
RU — Reino Unido
SdN — Sociedade das Nações
SGNU — Secretário-Geral das Nações Unidas
TIJ — Tribunal Internacional de Justiça
UE — União Europeia

1. INTRODUÇÃO

O tema da intervenção humanitária já foi abordado por nós noutra número desta revista (1).

Alertámos então para a controvérsia que esta figura ainda suscitava — e continua a suscitar — e tentámos analisá-la de um ponto de vista jus-internacionalista.

Concluímos na altura ser a nossa posição de princípio favorável à figura em causa, quando a iniciativa parte da Organização das Nações Unidas (ONU), ou é realizada sob a égide desta Organização.

Considerámos ainda que, apesar de admitirmos a existência de alguns argumentos válidos no sentido da admissibilidade da prática de intervenções humanitárias não autorizadas, especialmente quando levadas a cabo por um grupo de Estados nos pareceu que no actual estágio do Direito Internacional este era um facto que devíamos qualificar como internacionalmente ilícito, logo gerador de responsabilidade internacional.

Em jeito de segundo capítulo, e para averiguar as implicações práticas desta responsabilidade parece-nos pertinente analisar a intervenção realizada no *Kosovo* (2) em 1999.

Em primeiro lugar, porque reveste todas as características de uma intervenção humanitária não autorizada, servindo portanto como um exemplo simultaneamente académico.

Em segundo lugar porque o tema é ainda extremamente actual já que assistimos todos os dias a novas irrupções de conflitos antigos naquela zona.

(1) Sara Guerreiro, «Intervenção Quase Humanitária», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI — N.º 2, 2000, p. 887-915.

(2) Utilizamos o termo *Kosovo* em itálico por ser uma palavra estrangeira. O termo correcto em português é *Cossovo*. No entanto correríamos o risco de não sermos compreendidos por grande parte dos leitores, uma vez que a palavra utilizada na generalidade dos livros e artigos portugueses é a palavra estrangeira *Kosovo*.

2. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

«Aqui deve procurar-se a origem da responsabilidade. Esta tarefa de educar e disciplinar um animal que possa fazer promessas, pressupõe outra tarefa: a de fazer o determinado, uniforme, regular, e por conseguinte, apreciável»

Nietzsche

2.1. O conceito

O termo responsabilidade tem no Direito um sentido básico — a possibilidade de responder por alguma coisa ou de prestar contas (7: p. 157).

No direito interno esta matéria encontra-se normalmente regulada de forma exaustiva nos vários ramos do direito, existindo igualmente várias espécies de responsabilidade, classificadas de acordo com vários critérios — responsabilidade contratual ou extra contratual no Direito Civil, responsabilidade penal, mas também responsabilidade subjectiva ou objectiva, individual ou colectiva, de entes privados ou públicos, enfim um sem número de possíveis abordagens que não nos cabe aprofundar neste âmbito.

Na ordem jurídica internacional a matéria não se encontra ainda estruturada, resultando de regras cuja natureza é consuetudinária e prosseguindo as tentativas para a sua codificação. No entanto o ponto de partida é o mesmo.

A. Marques Guedes define a responsabilidade internacional como a situação em que perante a ordem jurídica internacional se coloca todo aquele que ofende ou concorre, imediata ou mediamente, para a ofensa de uma regra material a ela pertencente (9: p. 17). Se a considera a pedra angular de todo o sistema jurídico internacional, afirma porém que a penumbra intencionalmente criada à sua volta, por óbvias razões de ordem política e diplomática cercam este tema de um confuso amontoado de contradições muito difícil de romper (9: p. 1).

Os elementos constitutivos da responsabilidade internacional, como refere Pierre Klein (58: p. 311), são susceptíveis de serem definidos de maneira diferente em função principalmente do objectivo atribuído a esta instituição em cada sistema jurídico. Se a responsabilidade é essencialmente vista como um meio de assegurar a reparação do respectivo prejuízo a exigência de um dano será essencial. Se é vista como subjacente a determinada concepção de ordem social e/ou moral o elemento “infracção” ocupará o lugar central. Finalmente se ambiciona assegurar a defesa do princípio da legalidade no seio da ordem jurídica a noção da ilegalidade ou ilicitude do comportamento será o elemento determinante.

J. A. Azeredo Lopes (29: p. 222) refere a abordagem clássica da doutrina à responsabilidade internacional do Estado, que a divide em dois elementos fundamentais: por um lado a imputação de uma conduta ao Estado (elemento sub-

jectivo do facto ilícito) e, por outro, a violação da obrigação internacional (elemento objectivo do facto ilícito). Acrescenta ainda em processo de formação o regime da responsabilidade internacional por factos lícitos.

Celso Albuquerque de Mello (13: p. 499), adoptando a definição de Rousseau e Basdevant, considera a responsabilidade internacional do Estado como o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um acto ilícito segundo o Direito Internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este acto foi cometido.

Philippe Cahier (57: p. 253) define responsabilidade internacional como a instituição através da qual um sujeito de direito é chamado a responder pelas suas eventuais violações de Direito Internacional.

Shabtai Rosenne (63) considera que a responsabilidade internacional do Estado tem subjacente uma relação jurídica criada por um facto imputável a um Estado ou a outro actor internacional que constitua uma violação do Direito Internacional e que afecte os direitos de outro Estado ou actor internacional — o chamado facto internacionalmente ilícito. Essa relação decorre directamente da acção (ou omissão) do Estado ou entidade internacional.

Temos portanto como comuns às definições expostas alguns elementos que caracterizam a responsabilidade internacional dos Estados — por um lado a existência de um facto, acção ou omissão; imputável a um Estado ou a outro sujeito de Direito Internacional (abordaremos adiante a responsabilidade internacional das Organizações Internacionais); ilícito por violar determinada obrigação a que esse sujeito se encontrava adstrito por força do Direito Internacional; e há quem acrescente a necessidade da existência de um dano, alegando que a responsabilidade permanece teórica se o facto não causa qualquer prejuízo (45: p. 700). A responsabilidade dará então lugar à obrigação de reparar.

Mas para além deste tipo de responsabilidade, por factos ilícitos, começa a admitir-se um outro tipo de responsabilidade já consagrada no direito interno — a responsabilidade por factos lícitos, objectiva, ou como a Comissão de Direito Internacional (CDI) já lhe chamou, por factos não proibidos pelo Direito Internacional. Trata-se nestes casos de admitir uma responsabilidade pelo risco resultante da prática de determinadas actividades que, pela sua natureza, são susceptíveis de causar danos extremamente graves. O lesado beneficiaria de uma reparação sem ter que provar a prática de um facto ilícito. As três actividades tradicionalmente apontadas como exemplos são a utilização pacífica da energia nuclear, a poluição dos mares por hidrocarbonetos e outras substâncias poluentes e os engenhos espaciais (45: p. 700).

Finalmente quanto à responsabilidade penal internacional tem sido objecto de acesas discussões a questão de saber se os Estados são ou não susceptíveis de serem responsabilizados penalmente ou se a responsabilidade penal é por definição uma responsabilidade individual. A pedra de toque desta discussão era o célebre

artigo 19.º do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, que como analisaremos adiante não consta da última versão do projecto.

Simplificando, Rosalyn Higgins afirma que se um Estado viola uma obrigação internacional será responsável por essa violação. E acrescenta como é que uma conclusão tão óbvia levou a 40 anos de labor, ainda incompleto? (60: p. 147)

2.2. Breve evolução histórica

Se o princípio da responsabilidade dos Estados é tão antigo como o da igualdade (ou seu forçoso corolário) (45: p. 680) já uma verdadeira Teoria Geral da Responsabilidade Internacional dos Estados é um tema recente e ainda em desenvolvimento.

A própria expressão «Responsabilidade Internacional do Estado» surge apenas nas últimas décadas do século XIX (38: p. 33), verificando-se até aí geralmente uma resposta pela violência (as chamadas represálias) à prática de factos internacionalmente ilícitos.

No início do século XX a matéria da responsabilidade internacional começa a ser timidamente abordada nalguns instrumentos internacionais, como a Convenção relativa aos Estrangeiros (México, 1902), o Tratado sobre Reclamações por Danos e Prejuízos Pecuniários (México, 1902), ou o Tratado Geral de Arbitragem Interamericana (Washintgon, 1929).

A partir de 1924 o Direito da Responsabilidade do Estado faz definitivamente parte da agenda internacional.

Inicialmente pensou-se que a codificação do direito da responsabilidade internacional estaria completa após a Conferência de Haia de 1930 (63), cujos trabalhos duraram cerca de 30 dias. Mas a Sociedade das Nações (SdN) não conseguiu atingir este objectivo.

Na sua primeira sessão, em 1949, a CDI da ONU seleccionou a responsabilidade internacional dos Estados como um dos assuntos que considerou susceptíveis de serem codificados.

A Assembleia Geral das Nações Unidas (AG) solicitou então à CDI, através da sua Resolução 799 (VIII) de 7 de Dezembro de 1953, que procedesse à codificação dos princípios de Direito Internacional respeitantes à responsabilidade internacional dos Estados.

O estudo da responsabilidade internacional dos estados passou a encontrar-se intimamente ligado aos trabalhos da CDI a este respeito.

Em 1955 a CDI começa efectivamente a laborar sobre a matéria, iniciando-se uma primeira fase, de 1956 a 1961, sob a orientação de Garcia Amador, nomeado como o 1.º relator especial para este tema.

Nesta primeira fase foi apenas abordado o tema da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros ou aos seus bens no seu território.

Em 1962 a CDI nomeia uma sub-comissão que se ocupou nomeadamente da definição das normas gerais sobre a responsabilidade internacional dos Estados.

De 1969 a 1979 os trabalhos decorreram sob a orientação do relator especial Roberto Ago. Nesta segunda fase foi, entre outros temas, abordada a responsabilidade internacional pela violação por um Estado de obrigações respeitantes a outros Estados e devidas à Comunidade Internacional no seu todo.

Em 1980 a CDI adoptou, em primeira leitura, a Parte I do Projecto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, relativa à *Origem da Responsabilidade*.

O relator especial foi substituído em 1979 por Willem Riphagen, que se ocupou das partes II e III do Projecto entre 1980 e 1987.

Em 1987 foi nomeado Gaetano Arangio-Ruiz, que elaborou oito relatórios até 1996. Tentou acima de tudo uniformizar o que já havia sido feito.

Em 1996 o Projecto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados foi aprovado pela CDI em primeira leitura.

Foi também nomeado como relator especial James Crawford, que tem orientado a revisão do projecto até à data. Os resultados desta revisão podem ser encontrados nos vários textos aprovados provisoriamente pelo Comité de Revisão (*Drafting Committee*).

No dia 10 de Agosto de 2001 a CDI encerrou os seus trabalhos da sua 53.^a sessão com uma versão final do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados.

2.3. O Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Factos Internacionalmente Ilícitos — versão de 2001

A última versão conhecida do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por factos internacionalmente ilícitos é assim a adoptada na 53.^a sessão da CDI ⁽³⁾.

A numeração dos artigos foi alterada relativamente às versões conhecidas de Agosto de 2000 e de Julho de 2001 embora não se tenham verificado alterações substanciais.

O Projecto está dividido em quatro partes.

A primeira Parte (artigos 1.^o a 27.^o), sob a epígrafe *O facto internacionalmente ilícito*, está dividida em cinco capítulos respectivamente sobre os seguintes temas: princípios gerais (capítulo I), imputação de uma conduta ao Estado (capítulo II), violação de uma obrigação internacional (capítulo III), responsa-

⁽³⁾ *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.1.

bilidade de um Estado em relação com um facto de outro Estado (capítulo IV) e circunstâncias de exclusão da ilicitude (capítulo V).

Destaca-se o artigo 2.º que define o facto internacionalmente ilícito aderindo à abordagem clássica da doutrina à responsabilidade internacional do Estado — exige por um lado a imputação de uma conduta ao Estado de acordo com o Direito Internacional (elemento subjectivo do facto ilícito) e, por outro, a violação da obrigação internacional (elemento objectivo do facto ilícito).

A segunda Parte (artigos 28.º a 41.º), sob a epígrafe *Conteúdo da responsabilidade internacional do Estado*, está dividida em três capítulos: princípios gerais (capítulo I), reparação por danos (capítulo II), e violações sérias das obrigações decorrentes das normas peremptórias de direito internacional geral (capítulo III) (4).

Destaca-se o artigo 33.º, tratado *supra* a propósito do regime das obrigações *erga omnes* e o capítulo III, analisado em 4.1.1.

A terceira Parte (artigos 42.º a 54.º) trata da *Implementação (ou exercício) da Responsabilidade Internacional* e possui dois capítulos: invocação da responsabilidade do Estado (capítulo I) e contramedidas (capítulo II). Curiosamente foi adicionado um artigo especificamente admitindo o pagamento de juros sobre a quantia a indemnizar (artigo 38.º).

Finalmente a quarta Parte (artigos 55.º a 59.º) contém *Disposições gerais* basicamente salvaguardando regras de direito internacional específicas (artigo 55.º), a responsabilidade de organizações internacionais (artigo 57.º), a responsabilidade individual (artigo 58.º) ou a própria CNU (artigo 59.º).

3. INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA

«Não intervenção é uma expressão diplomática e enigmática que significa pouco mais ou menos o mesmo que intervenção»

Talleyrand

3.1. O conceito

Embora repetindo o que já afirmámos no nosso artigo *Intervenção Quase Humanitária*, não deixamos de considerar pertinente uma referência aos conceitos operativos do presente tema.

(4) Era, na versão anterior, de Agosto de 2000, designado por *violações graves das obrigações essenciais para a comunidade internacional*.

Assim importa lembrar que o termo intervenção humanitária difere do tão utilizado termo ingerência.

Se a ingerência tem pelo menos dois elementos constitutivos, por um lado a utilização de meios de constrangimento, e, por outro a necessidade de incidirem e afectarem, ao menos potencialmente, o «domínio reservado» dos Estados (18: p. 150) este conceito abrange várias formas de acção (22: p. 29) uma das quais é justamente a intervenção humanitária.

Esta última, por sua vez tem como principal característica o uso da força armada ⁽⁵⁾ no território de um determinado Estado com o objectivo de pôr termo a violações graves, maciças e reiteradas dos direitos mais fundamentais da pessoa humana.

Como Isabel Raimundo entendemos que o dever de não-intervenção visa toda a agressão contra o território de um Estado estrangeiro pelas forças armadas de um outro Estado, encarando-se o seu território como coisa ou *dominium*, e sendo assimilável ao princípio do não recurso à força, estabelecido pelo artigo 2.º, n.º 4, da CNU (22: p. 29).

Já a não ingerência toma o território enquanto espaço do exercício das competências nacionais, estando em causa os assuntos internos como objecto do exercício dos poderes soberanos sobre um território, e não o território enquanto tal (22: p. 29).

3.2. Intervenções humanitárias autorizada e não autorizadas

O Embaixador António Monteiro (8: p. 4) divide as intervenções levadas a cabo no pós-guerra fria em intervenções humanitárias autorizadas, i.e. aquelas que incluíram a autorização ou mesmo o mandato do CS, e intervenções humanitárias não autorizadas, as levadas a cabo por uma organização, um país ou grupo de países sem a autorização do CS e sem o consentimento das autoridades do país em causa, cujo exemplo paradigmático continua a ser o *Kosovo*.

No âmbito das intervenções humanitárias autorizadas podemos ainda distinguir dois tipos.

Por um lado as que são levadas a cabo sem o consentimento do Estado objecto da violação (por exemplo a intervenção no Iraque, em 1991 e na Somália em 1992), e, por outro, as que se realizaram com o consentimento da autoridade política do território. Estas últimas devem ser designadas por intervenções de assistência humanitária.

Nas intervenções de assistência humanitária entende-se que a intervenção internacional vem assistir as autoridades locais a pôr cobro a uma situação que

(5) É um conceito semelhante ao da *ingerência material* de Mário Bettati.

as últimas só por si não conseguem controlar. Tecnicamente a intervenção da coligação internacional no território de Timor-Leste correspondeu a este último tipo de intervenção humanitária.

3.3. Situação que justifica uma intervenção

A intervenção humanitária é uma figura excepcional, não se justificando nem perante qualquer violação nem perante a violação de quaisquer direitos.

Temos para nós que a intervenção humanitária só se justifica perante uma violação grave, maciça e reiterada dos direitos mais fundamentais do Homem (adoptando a caracterização de Ferreira de Almeida, semelhante à de Antonio Cassese), características identificadas e analisadas exaustivamente no nosso artigo *Intervenção Quase Humanitária*.

Admitimos que um determinado grupo de direitos não admite hoje mais de uma leitura. São o grupo de direitos do qual decorrem todos os outros. Aqueles que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, e sem os quais os indivíduos perdem a qualidade de homens (31: p. 25).

É exactamente perante a violação desse núcleo fundamental de direitos do homem que entendemos que se justifica a intervenção humanitária.

3.4. Os Princípios em causa

A figura analisada suscita controvérsia exactamente por colocar em causa pelo menos três princípios clássicos do Direito Internacional, consagrados na CNU — a igualdade soberana dos Estados, a não ingerência e a proibição do uso da força. É ainda susceptível de afectar o sistema de manutenção colectiva da paz e segurança internacionais e relaciona-se estritamente com a protecção dos direitos do homem. Uma vez que os dois primeiros princípios clássicos foram já abordados no artigo anterior e são sobejamente conhecidos faremos uma referência apenas à proibição do uso da força e ao sistema de manutenção colectiva da paz e segurança internacionais.

3.4.1. Proibição do uso da força

Na CNU ⁽⁶⁾ este princípio fica consagrado no célebre artigo 2.º, n.º 4, que proíbe todo o recurso à força (e não somente da guerra). O artigo 2.º, n.º 3, complementa este princípio obrigando à resolução pacífica dos conflitos.

(6) A liberdade de fazer a guerra foi uma constante, do século XVI ao século XIX. Nas palavras de Clausewitz não passava da continuação da política por outros meios. É com a Con-

No entanto a CNU admite algumas excepções. As mais importantes são a legítima defesa, prevista no artigo 51.º da CNU (7) e as acções em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e acto de agressão, previstas pelo capítulo VII da CNU, que constituem o coração do sistema de segurança colectiva da ONU (8).

A proibição do uso da força continua a obstar à prática das intervenções humanitárias. O próprio TIJ considerou, no caso do Estreito de Corfu, o direito de intervenção como a manifestação de uma política de força, e no caso da Nicarágua, entendeu que se a intervenção envolvia uma acção militar directa constituía também um ataque armado (9).

3.4.2. O sistema colectivo de manutenção da paz e da segurança internacionais

A interdição do recurso à força apareceria como uma utopia se não fosse acompanhada no plano institucional, de processos e meios destinados a reprimir qualquer recurso à força e assegurar, no lugar dos Estados desde então privados do seu poder de coacção unilateral, o respeito de todas as regras de direito (45: p. 861).

venção Drago-Porter (Convenção de Haia, 1907) que, pela primeira vez, se tenta limitar o emprego do uso da força, mas com um alcance prático muito restrito, uma vez que apenas se applicava à recuperação de dívidas contratuais. Na SdN o respectivo Pacto veio proibir as chamadas guerras ilícitas, admitindo, *a contrario* as guerras lícitas. Com o Pacto Briand-Kellog (1928) assiste-se, pela primeira vez, à interdição geral da guerra consagrada por um tratado multilateral, que, rapidamente adquiriu uma incontestável universalidade mas nunca a pretendida eficácia.

(7) Este artigo autoriza não só a legítima defesa individual como a colectiva (base do artigo 5.º do Tratado do Atlântico-Norte e do mesmo artigo do Tratado de Bruxelas).

(8) Também prevê uma acção contra os Estados inimigos, nos artigos 51.º e 109.º (disposições caducas face à nova realidade), uma acção de polícia internacional para executar uma medida de sanção legal decretada pela ONU (artigo 2.º, n.º 5), e uma acção prévia de segurança decidida pelos 5 grandes.

(9) Os princípios da proibição do uso da força e da não ingerência têm encontrado nas resoluções das NU a sua densificação normativa e definição de conteúdo. Como exemplos podemos apontar a Resolução 2131 (XX) de 21 de Dezembro de 1965, que condena a intervenção armada e todas as outras formas de ingerência ou as tentativas de ameaças políticas, económicas e culturais (coacção política ou económica), a Resolução 2625 (XXV) de 24 de Outubro de 1970, semelhante à anterior, estabelecendo a distinção entre a ingerência e a intervenção, ou, mais recentemente, a Resolução 36/103 de 9 de Dezembro de 1981 alarga a não intervenção à não interferência nos sistemas de informação e meios de comunicação dos países, estabelecendo um dever da abstenção por parte dos Estados de medidas que conduzam ao reforço dos blocos militares ou à criação de novas alianças militares. Reforça, ainda, a proibição ao exercício de pressões políticas ou à coacção através da utilização de programas de assistência económica externa, represálias ou bloqueios unilaterais e até de empresas transnacionais e multilaterais.

A CNU confere ao CS o papel primordial na manutenção da paz e segurança internacionais, remetendo a AG para um segundo plano (artigos 11.º, n.º 3, e 12.º, n.º 2, da CNU).

O capítulo VI da CNU trata da solução pacífica de controvérsias, permitindo que os Estados partes numa controvérsia — antes da qualificação desta como *ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão* — cheguem a uma solução através de meios pacíficos (negociação, inquérito, mediação, etc.).

É o CS quem tem, então, o poder de determinar a existência de *uma ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão* — artigo 39.º da CNU. Para tal pode proceder ao poder de investigação que lhe é conferido pelo artigo 34.º da CNU.

É o primeiro passo do processo previsto no capítulo VII da CNU, considerado comumente o “museu das instituições internacionais”, pela ausência da sua aplicação prática.

O CS deve decidir então pelas medidas a tomar: sanções não militares — previstas no artigo 41.º da CNU — ou militares — previstas no artigo 42.º da CNU — podendo antes disso *instar as partes a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis* (artigo 40.º da CNU). O CS é livre de escolher as medidas a tomar e pode inclusivamente limitar-se a emitir recomendações.

O artigo 47.º refere a Comissão de Estado-Maior destinada a orientar e assistir o CS. No entanto, na prática, esta Comissão não tem desempenhado nenhum papel de relevo, ou mesmo papel nenhum...

O artigo 49.º tenta reforçar a eficácia deste sistema, prevendo a assistência mútua dos membros da ONU na execução das decisões tomadas pelo CS.

O papel das organizações regionais na manutenção da paz e segurança internacionais é regulado pelo capítulo VIII da CNU. É estabelecido uma espécie de *federalismo* (45: p. 872) — mais funcional do que institucional — do qual o CS ocuparia o topo.

Quando o objectivo é a solução pacífica do conflito os organismos regionais têm o direito de intervir em primeira instância, sem mais formalidades, cabendo aos órgãos mundiais poderes residuais de investigação, recomendação, etc. (artigos 34.º e 52.º da CNU).

Se se pretende uma acção coercitiva, as organizações regionais devem obter autorização do CS, já que este pode utilizar os tais acordos/organizações regionais para uma acção coercitiva sob a sua autoridade (artigo 53.º, n.º 1).

Finalmente uma referência à célebre resolução Unidos para a Paz, também conhecida como resolução *Acheson* (377 A, V, 1950), que prevê, em determinadas circunstâncias — basicamente quando se verifique uma falta de acção por parte do CS — que a AG assuma um papel na manutenção da paz e segurança internacionais examinando imediatamente a questão a fim de emitir aos membros reco-

mendações apropriadas sobre as medidas colectivas a tomar, incluindo (...) o emprego da força armada em caso de necessidade, para restabelecer a paz ou a segurança internacional. Muito contestada por força da sua contradição no mínimo com a letra da CNU, esta resolução não deixa de demonstrar a dificuldade prática na aplicação deste sistema colectivo e de espelhar a realidade vivida durante a Guerra Fria — total paralisação do CS.

3.5. Admissibilidade da intervenção humanitária como tutela de carácter excepcional dos direitos do homem

Uma vez que este tema se encontra tratado no nosso artigo anterior passamos a expor apenas a solução adoptada.

3.5.1. Solução adoptada: a colisão de direitos e a técnica da concordância prática

Admitimos que existem dois princípios com carácter imperativo na CNU e no Direito Internacional, por um lado a proibição do recurso à força, por outro o imperativo da protecção dos direitos do homem, e assumimos que, por vezes, o primeiro tem de ceder face ao segundo. Como refere Kofi Annan somos confrontados com um dilema real. Poucos discordariam de que tanto a defesa da humanidade como a defesa da soberania são princípios que têm de ser apoiados. Infelizmente, isso não nos diz qual o princípio que deveria prevalecer quando ambos estão em conflito (35: p. 54).

O problema é semelhante ao da colisão de direitos, conhecida do Direito Constitucional. Por isso mesmo antecipamos, desde já, que, salvo melhor opinião, a técnica de concordância prática nos parece adequada para resolver a contradição encontrada no ordenamento jurídico internacional, em particular no âmbito da CNU (18: p. 159; 49: p. 38).

A ideia base é a de que o ordenamento protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. Como resolver, então, a contradição?

Admitindo que não existe nenhuma hierarquia entre os valores em causa no ordenamento em questão, não se pode resolver o caso sacrificando um dos valores relativamente ao outro, menos importante.

Haverá, então que procurar a solução no quadro da unidade do ordenamento tentando harmonizar, da melhor maneira os preceitos divergentes. Isso poderá ser feito através do princípio da concordância prática, não devendo, este ser entendido como um mecanismo regulador automático, tipo matemático. É apenas um método ou um processo de legitimação das soluções, que impõe a ponderação de todos os valores em causa, e para que a unidade de sentido seja preservada ao máximo.

Este princípio executa-se através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito. Exige-se que o sacrifício de cada um deles seja adequado à salvaguarda dos outros, e a escolha deve ser feita em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa, segundo o seu peso na situação.

Como refere Alexy (59) quando dois princípios entram em colisão — tal como acontece quando segundo um princípio algo se encontra proibido e, segundo outro princípio algo é permitido — um desses princípios tem que ceder face ao outro.

Em conclusão, entendemos que, nas situações que passaremos a descrever e com os pressupostos e requisitos que enunciaremos, é possível afastar a proibição do recurso à força para garantir a protecção de determinados direitos do homem.

E fazendo nossas as palavras de Alexy isto não significa declarar inválido o princípio que cede ou introduzir nele uma cláusula de excepção. O que sucede é que perante determinadas circunstâncias um dos princípios cede face ao outro. Perante circunstâncias diferentes a questão da cedência pode ser resolvida de forma inversa.

3.5.2. A intervenção — pressupostos e requisitos

Sendo necessário fazer uso do tal critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, e, tendo presente que o ideal é comprimir o menos possível o princípio da proibição do recurso à força, há que verificar se se encontram preenchidos alguns pressupostos que já desenvolvemos no nosso artigo *Intervenção Quase Humanitária*, e que passamos a enunciar:

- 1) Necessidade da intervenção
- 2) Intervenção como *ultima ratio*
- 3) Adequação da intervenção
- 4) Proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito
- 5) Máximo consenso possível

Para além de ser necessário que se encontrem reunidos estes pressupostos a intervenção humanitária terá que obedecer aos seguintes requisitos:

- 1) A intervenção terá de ser rigorosamente limitada no tempo e no espaço, o que significa que tem de ser interrompida assim que o fim que a desencadeou tenha sido e que se circunscreverá apenas ao espaço necessário para prosseguir o seu fim;
- 2) Deve ter um efeito mínimo sobre as estruturas locais estaduais.

- 3) O uso da força deve ser proporcional à questão humanitária subjacente e deve respeitar o Direito Internacional dos conflitos armados.

4. A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

«Os impérios justos e equilibrados vivem em todo o lado na tranquilidade e segurança; os que são atormentados pelas injustiças e pelas tiranias são sempre sacudidos por lutas»

John Locke

A protecção dos direitos do homem pelo Direito Internacional, resultado imediato dos traumas provocados pelos regimes totalitários dos anos 30 e 40 e pela Segunda Guerra Mundial, foi assumida como princípio fundamental por parte da ONU, consciente desde o início, da ligação entre estes e a manutenção da paz internacional.

Na CNU esta preocupação encontra-se expressa no preâmbulo e em muitas das suas disposições ⁽¹⁰⁾. É por isso considerada como o instrumento essencial, que lançou as bases do Direito Internacional no domínio dos direitos do homem (66: p. 108).

À CNU seguiu-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, os dois Pactos Internacionais (adoptados em 1966) — o primeiro relativo aos Direitos Cíveis e Políticos e o segundo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais — e uma enorme quantidade de instrumentos sectoriais, como a Convenção relativa à prevenção e repressão do crime de genocídio (1948) ou à abolição do tráfico de seres humanos e à prostituição (1950). O regime onusino de protecção dos direitos do homem é por isso descrito como um regime de cascata, radicado em última análise na Carta e na DUDH e engrossado por instrumentos convencionais e de alcance sucessivamente mais sectorial (34: p. 77).

Ao nível regional a matéria da protecção dos direitos do homem também passou a fazer parte das preocupações dos Estados que, por força da proximidade geográfica normalmente constituem um grupo mais homogéneo, devendo salientar-se a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), que constitui, no seu género, o tratado mais evoluído na matéria.

⁽¹⁰⁾ É, aliás curioso que a opinião pública internacional, quando inquirida numa sondagem em 1999 (realizada pelo Instituto Gallup, interrogando 57000 adultos em 60 países) revelou que a maior parte das pessoas do planeta considera a protecção dos direitos do homem como a tarefa mais importante da ONU.

4.1. Responsabilidade Internacional pela violação dos direitos do homem

Fizemos referência à crescente importância da protecção dos direitos do homem, especialmente após 1945, e à distinção que nos parece forçosa existir no Direito Internacional entre direitos do homem e direitos do homem fundamentais.

Reduzimos ainda mais o âmbito dos direitos do homem fundamentais quando se trata de permitir uma intervenção recorrendo ao uso da força para os proteger.

Este corpo de Direito Internacional tem como característica diferenciadora do restante Direito Internacional o facto de estipular obrigações que são devidas, não aos Estados, mas sim aos indivíduos.

Ora a existência de direitos supõe uma correlativa obrigação por parte do Estado. Como se caracteriza essa obrigação e qual a consequência do seu incumprimento?

4.1.1. As obrigações *erga omnes*

Como refere James Crawford (23), a existência de obrigações, no campo da responsabilidade internacional, dirigidas à Comunidade Internacional no seu todo foi afirmada pelo TIJ no caso *Barcelona Traction* e deve ser considerada como um dado adquirido. O TIJ voltou a fazer-lhes referência nos casos da Bósnia, a propósito do genocídio, e de Timor-Leste, a propósito do direito à auto-determinação.

As obrigações estabelecidas para a protecção dos direitos do homem são consideradas obrigações *erga omnes*, exactamente porque os seus destinatários não se limitam a um ou a um grupo de Estados. Por dizerem respeito aos indivíduos considera-se que a comunidade internacional, no seu todo é afectada pela sua violação.

No Projecto inicial de artigos sobre a responsabilidade do Estado o célebre artigo 19.º tratava dos delitos e crimes internacionais. No elenco dos crimes internacionais, os n.ºs 2 e 3 referiam a violação de obrigações essenciais para a protecção de interesses fundamentais da comunidade internacional.

Entre estas contavam-se as obrigações que protegiam o ser humano, como as que proibiam a escravidão, o genocídio e o *apartheid*.

O artigo 19.º foi, ao longo da “história do projecto”, objecto de acesa polémica, especialmente revelada no relatório da 50.ª sessão da CDI, em 1998.

Uma das principais críticas dizia respeito às eventuais consequências da prática de um dos factos qualificados como crimes. Mesmo os apoiantes da manutenção deste artigo, hesitavam quanto à previsão de um verdadeiro sistema “punitivo” dos Estados pela prática de um suposto crime.

A distinção estabelecida entre crimes e delitos internacionais, bem como a própria redacção do artigo davam azo a interpretações diversas e confusas, que desaconselhavam a manutenção do mesmo.

Finalmente o conceito de crimes de Estado foi, ele mesmo, objecto de crítica na medida em que se consolidava a ideia de que a responsabilidade penal era individual, uma vez que só os indivíduos são susceptíveis de uma específica intenção na prática do facto, e de culpa.

James Crawford foi aliás um dos mais acérrimos críticos da manutenção da noção de crimes do Estado, considerando que sua referência no Projecto era desnecessária, pouco consensual e que tendo, inclusivamente, o perigo de destruir o Projecto no seu todo (23).

Por outro lado, o actual relator especial defendeu sempre a ideia de que determinadas obrigações eram devidas à Comunidade Internacional no seu todo, e não apenas aos Estados, individualmente considerados, e que a violação das mesmas poderia acarretar determinadas consequências.

Na 4.^a adenda ao seu 3.^o relatório sobre responsabilidade internacional ⁽¹¹⁾, ele invoca, como exemplos a proibição do uso da força nas relações internacionais, a proibição do genocídio e da escravatura, o direito à auto-determinação, e os direitos do homem, que, de acordo com o Direito Humanitário, são reconhecidos como inderrogáveis pelo Direito Internacional Geral.

Maurizio Ragazzi considera que as obrigações *erga omnes* são compostas por dois elementos: a sua universalidade — i.e. o facto de vincularem todos os Estados — e solidariedade — por todos os Estados possuírem um interesse jurídico na sua protecção (43: p. 17). Entre outras aponta-lhes as seguintes características: reduzido elenco, carácter negativo — proibições, a sua origem em normas de direito internacional geral, mais precisamente de *ius cogens*, e contidas em tratados multilaterais com um elevado número de ratificações. Refere ainda que o seu carácter *erga omnes* deriva do reconhecimento da validade universal dos valores morais básicos que estas obrigações visam proteger (43: p. 188).

4.1.2. As obrigações *erga omnes* no novo regime do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional

As conclusões do debate levado a cabo na 50.^a sessão da CDI (1998) relativamente ao artigo 19.^o foram as seguintes:

- Não havendo consenso no tratamento dos crimes e delitos internacionais a questão teria de ser objecto de maior estudo e de mais trabalho. Seria, assim, colocada de lado até que fosse levado a cabo esse trabalho;
- Deveria ser averiguada a possibilidade de o desenvolvimento sistemático dos artigos contendo noções chave, como de obrigações *erga omnes*, normas peremptórias, ou uma possível categoria de violações mais sérias

(11) A/CN.4/507/Add.4.

das obrigações internacionais permitiria resolver a questão subjacente ao artigo 19.º

Esta última via foi efectivamente seguida, como demonstra a versão de 2001, do Projecto de Artigos.

O artigo 19.º é eliminado, mas como veremos, o seu conteúdo não é totalmente desaproveitado, fruto de um compromisso entre as posições dos partidários de uma categoria distinta, reservada aos factos ilícitos mais graves e os partidários de um regime único e indiferenciado dos factos internacionalmente ilícitos (24: p. 930).

É no artigo 33.º⁽¹²⁾ do novo Projecto que a matéria em causa é referida pela primeira vez.

Neste artigo, que é uma inovação no Projecto, afirma-se a existência de obrigações que são devidas à comunidade internacional no seu todo.

Mas é o Capítulo III da Parte II que contém os artigos mais importantes relativamente a esta matéria⁽¹³⁾.

O artigo 40.º⁽¹⁴⁾ começa por referir, no seu n.º 1, a violação séria (ou grave) de normas peremptórias. No seu n.º 2 identifica a gravidade da violação com a «*falha grosseira ou sistemática da parte do Estado responsável pelo cumprimento da obrigação*».

O artigo 41.º⁽¹⁵⁾ trata das consequências da violação deste tipo de obriga-

(12) Artigo 33.º (Alcance das obrigações internacionais previstas nesta Parte):

1. *As obrigações do Estado responsável estabelecidas nesta Parte podem ser devidas a outro Estado, a vários Estados, ou à comunidade internacional no seu todo, dependendo do carácter e do conteúdo da obrigação internacional e das circunstâncias da violação.*
2. *Esta Parte não prejudica qualquer direito, emergente da responsabilidade internacional, que caiba a qualquer pessoa ou entidade diferente do Estado.* (tradução livre)

(13) Para uma informação mais detalhada da discussão que precedeu a adopção provisória destes artigos ver p. 40 e ss. do Relatório da Comissão de Direito Internacional na sua 52.ª sessão (2000).

(14) Artigo 40.º (Aplicação do presente Capítulo):

O presente Capítulo é aplicável à responsabilidade internacional devida por violação grave por parte de um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma peremptória de direito internacional geral.

A violação de uma obrigação deste género é grave se envolver uma falha grosseira ou sistemática da parte do Estado responsável pelo cumprimento da obrigação. (tradução livre)

(15) Artigo 41.º (Consequências especiais das graves violações das obrigações reguladas pelo presente Capítulo):

1. *Os Estados devem cooperar no sentido de pôr cobro à violação séria das obrigações previstas no artigo 40.º.*
2. *Nenhum Estado deve reconhecer a legalidade da situação criada pela violação séria das*

ções. Curiosamente este artigo 41.º inspira-se nos antigos artigos 51.º (consequências de um crime internacional) e 53.º (obrigações de todos os Estados), o que bem demonstra a linha de orientação seguida por James Crawford e pela CDI. Retira-se o conceito de crimes de Estado mas é substituído pelo de violações graves de obrigações essenciais para a comunidade internacional.

Curiosamente verificou-se um recuo, no tratamento desta matéria relativamente à versão anterior. Por exemplo o actual artigo 40.º, retirado da presente versão, referia, na versão de 2000 ⁽¹⁶⁾, no seu n.º 1, que a violação séria (ou grave) de obrigações essenciais para a comunidade internacional consistia no «*facto internacionalmente ilícito que constitua uma violação grave por parte de um Estado de uma obrigação devida à comunidade internacional no seu todo e essencial à protecção dos seus interesses fundamentais*», o que só demonstra a falta de consenso em redor destes conceitos.

Esta matéria é, ainda, tratada a propósito da invocação da responsabilidade por outros Estados que não os Estados lesados, pelo artigo 48.º, referindo-se, de novo, a expressão *obrigação devida a comunidade internacional no seu todo*, e permitindo-se a obtenção, da cessação do facto internacionalmente ilícito, compromissos e garantias de não repetição de acordo com o artigo 30.º, e da obrigação de reparação no interesse dos beneficiários da obrigação violada.

5. INTERVENÇÕES HUMANITÁRIAS NÃO AUTORIZADAS E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL — O CASO KOSOVO

«Os conflitos culturais mais perigosos são os que se geram nas linhas de fractura das civilizações»

Samuel Huntington

5.1. Breve introdução histórica

Não se pode analisar a questão do *Kosovo* sem fazer uma breve referência à ex-Jugoslávia e ao seu processo de desintegração.

obrigações previstas no artigo 40.º, nem prestar ajuda ou assistência na manutenção desta situação.

3. *Este artigo não prejudica as consequências referidas no Capítulo II e outras consequências cuja violação deste capítulo envolva, de acordo com o Direito Internacional. (tradução livre)*

⁽¹⁶⁾ A/CN.4/L.600 de 21 de Agosto de 2000.

5.1.1. Jugoslávia — a História

Como disse um dia Nehru — referindo-se à ex-Jugoslávia — a Jugoslávia é um país com sete fronteiras, seis repúblicas, cinco nações, quatro línguas, três religiões, dois alfabetos e um desejo: a independência (21: p. 19)

As linhas de ruptura pelas quais se processou a desintegração da moderna Jugoslávia remontam à separação do Império Romano. Nelas convergem os mundos cristão, ortodoxo e muçulmano (21: p. 19).

Em 395 D.C. o Império Romano foi dividido pela primeira vez, com a morte do Imperador Teodósio: a parte Ocidental passou a caber a Honório e Arcádio ficou com a parte Ocidental.

Em 476 a divisão tornou-se irreversível. O Império Romano do Ocidente — que passaria a dever fidelidade a Roma — caiu às mãos dos “bárbaros”.

O Império Romano do Oriente veio a chamar-se mais tarde Império Bizantino e sobreviveu por outro milénio, até à conhecida queda de Constantinopla, em 1453.

A clivagem acentuou-se com os tempos, vindo a servir de demarcação entre o Império Austro-Húngaro e a Sublime Porta.

A Eslovénia e a Croácia, à esquerda da linha divisória, ficaram tradicionalmente ligadas ao Império Austro-Húngaro e à influência ocidental.

A Sérvia, o Montenegro e os macedónios ligaram-se aos turcos, sofrendo a influência bizantina (gregos ortodoxos).

A Bósnia-Herzegovina assumiu a função de uma zona tampão entre os dois Impérios.

Para entender a importância do fenómeno *Kosovo* há que perceber que estas sociedades viveram, desde sempre, dos seus mitos históricos e do culto do passado.

Entre estes, assume particular importância para os sérvios a batalha do Campo dos Melros — *Kosovo Polje* — que teve lugar no *Kosovo* em 1389, e em que segundo o mito pereceram o Príncipe sérvio Lazar e o Sultão turco. Os turcos venceram, permanecendo na região e subjugando os sérvios durante cerca de cinco séculos. A batalha marcou o fim do Estado Sérvio. Esta data, 28 de Junho, continua ainda hoje a ser festejada como o dia nacional dos sérvios, o dia de *S. Vitus* ou *Vidovdan*.

Com *Karadjordje*, no século XIX, a resistência nacional ganha força, apoiada pela Rússia. Os sérvios passam a principado hereditário e autónomo em 1830. Assim que ganharam a sua autonomia passaram a sonhar de novo com a Grande Sérvia.

Em 1882 a Sérvia transforma-se em monarquia e é o único país dos Balcãs a escolher o seu rei (Milan).

A Jugoslávia surge depois da I Grande Guerra, sendo integrada pela Eslovénia, Croácia, Bósnia, Vojvodina, Sérvia (que, rapidamente, assumiu a hegemonia) e Montenegro. Vinte e três anos mais tarde cai às mãos de Hitler e Mussolini.

Depois da II Grande Guerra, em 29 de Novembro de 1945, a Assembleia Constituinte proclama a República da Jugoslávia, com Tito como presidente. Integrava seis repúblicas e duas regiões autónomas.

Durante o período da Guerra Fria a Jugoslávia desenvolveu um sistema social único e não aderiu a nenhum dos blocos, permanecendo “não-alinhada”, sob a mão de ferro do Marechal Tito.

Com o fim da Guerra Fria inicia-se a desintegração da Jugoslávia. Primeiro a Eslovénia, logo seguida da Croácia. Depois a Bósnia Herzegovina e a República da ex-Jugoslávia Macedónia. Hoje é constituída pela Sérvia e Montenegro, embora também nesta última região se levantem vozes pró-independência.

5.1.2. O movimento nacionalista albanês — O confronto

A população de habitantes albaneses do *Kosovo* ultrapassa os 90%, o que tem sido considerado por Belgrado uma “agressão demográfica”.

Se para os Sérvios o *Kosovo* adquire um carácter quase mítico, também para os albaneses de todas as regiões este lugar reveste um cariz especial.

Cabral de Moncada (21: p. 54) enuncia as seguintes razões:

- A sua riqueza relativamente à Albânia;
- A sua posição geoestratégica;
- A tradição de aí residir o berço de grande parte da intelectualidade albanesa;
- O facto de ter constituído historicamente o centro de onde partiram muitas das revoltas contra o ocupante turco, sendo, por isso, o pólo de irradiação do nacionalismo albanês (razão principal).

O movimento nacionalista albanês iniciou-se em 1878, em Prizren, no sul do *Kosovo* (na altura província otomana), quando os habitantes albaneses do *Kosovo* aí proclamaram um “Governo Autónomo Albanês”. Aí tiveram igualmente lugar em 1912 as primeiras grandes revoltas albanesas.

O *Kosovo* ganhou a sua autonomia no Estado da Sérvia em 1946, e este seu estatuto especial foi confirmado pelo regime de Tito na Constituição Jugoslava de 1974.

A Constituição terá então criado uma verdadeira “discriminação positiva” a favor *Kosovo* o que exacerbou o sentimento de cerco dos sérvios, principalmente daqueles que aí habitavam.

Referindo-se à antiga rivalidade entre os habitantes albaneses e sérvios do *Kosovo* Edith Durman terá dito já em 1908, *there is no place for you both. You must kill or be killed* (65: p. 18).

Será esta verdadeiramente a tragédia do *Kosovo*?

5.2. A situação

Em 1989 Belgrado revogou a autonomia da província justificando essa revogação com uma suposta convicção do Presidente Slobovan Milosevic de que a minoria sérvia no *Kosovo* estava em risco — convicção que por ele foi fabricada através da gigantesca máquina da propaganda sérvia.

Lançou de seguida a chamada “revolução anti-burocrática”, com o objectivo de eliminar dos quadros do aparelho do Estado todos os que contrariassem os seus intentos.

Os albaneses do *Kosovo*, enfrentado a sua discriminação em cargos públicos e privados e no exercício dos seus direitos recorreram ao desenvolvimento de instituições paralelas — que incluíam escolas, hospitais, imprensa, etc. — e muitos começaram a pugnar pela independência usando as familiares técnicas da insurreição.

É conhecida a realização de um referendo clandestino, em 1991 após o qual foram convocadas eleições paralelas e legislativas, em 1992, que elegeram como presidente dum governo clandestino Ibrahim Rugova, apóstolo da via da resistência pacífica e conhecido como o “Gandhi albanês”. A sua Liga Democrática do *Kosovo* (LDK) conquistou 75% dos lugares no Parlamento. Em Março de 1998, uma nova ida à urnas confirmaria a mesma opção.

O colapso financeiro e governamental da vizinha Albânia, em 1997, facilitou a entrada de homens, apoio logístico e armas através das fronteiras.

O Exército de Libertação do *Kosovo* (ELK) iniciou então ataques periódicos⁽¹⁷⁾.

As forças jugoslavas responderam em larga escala e, em 1998, forçaram mais de 200.000 albaneses do *Kosovo* a fugirem das suas aldeias e a procurarem refúgio nas montanhas.

A Comunidade Internacional, começando por acompanhar com alguma distância a situação, radicaliza a sua pressão em Janeiro de 1999, com a notícia do massacre de *Racak*, alegadamente perpetrado pelos sérvios contra os habitantes albaneses do *Kosovo*.

Numa tentativa de solução temporária do conflito Belgrado concordou na presença de observadores internacionais no *Kosovo* para garantirem que a acção da

(17) Este exército começou a ganhar força e projecção depois das negociações de Dayton, alegadamente terem traído as pretensões da LDK e dos albaneses-kosovares. É descrita por alguns (Judah) como uma organização parcialmente terrorista e parcialmente de guerrilha. Podem identificar-se duas facções no ELK (normalmente conhecido como UCK). Como refere Noam Chomsky (48: p. 52), citando Hedges, por um lado uma facção fascista, liderada entre outros, por herdeiros daqueles que lutaram nas milícias fascistas da Segunda Guerra e na divisão da SS, criada pelos nazis, e uma facção de antigos estalinistas, outrora financiados por Enver Hoxha, que congrega a maior parte de líderes do ELK no exílio.

polícia sérvia não iria abusar dos civis e para permitir o regresso dos albaneses do *Kosovo*.

Em Janeiro de 1999 o chamado grupo de contacto, formado pelos EUA, RU, França, Alemanha, Itália e Rússia iniciou negociações conducentes a um acordo entre os albaneses do *Kosovo* e o governo jugoslavo, visando uma solução política para uma autonomia do *Kosovo* durante um período “experimental” de 3 anos enquanto se chegaria a um acordo final.

Os termos peremptórios do grupo de contacto em *Rambouillet* (França) eram bastante exigentes, prevendo-se num anexo que a OTAN teria o direito de intervir na Jugoslávia para garantir os termos do acordo.

Se inicialmente os dois lados se recusaram a assinar, os albaneses finalmente aceitaram o acordo.

Belgrado permaneceu intransigente.

Se há quem refira indicações de que a Sérvia tinha iniciado numa ofensiva militar com o aparente propósito de expulsar uma larga porção de albaneses do *Kosovo* (61: p. 829), há também quem defenda que *Rambouillet* não passou de uma manobra e está hoje completamente desmascarada (12: p. 197).

5.3. A intervenção

A intervenção da OTAN no *Kosovo* ocorreu a 24 de Março de 1999 e durou 78 dias.

O verdadeiro motivo desta operação, justificada oficialmente por razões humanitárias, bem como a brevidade do processo prévio de negociações são factos que permanecem por esclarecer. A violência dos *ataques cirúrgicos* e os chamados *danos colaterais* permanecem na memória do povo jugoslavo e do mundo inteiro. No entanto não apagam outra memória — a dos massacres cometidos pela RFJ no *Kosovo*.

5.3.1. O motivo

O *Kosovo* é, na verdade, uma região pouco industrializada e dotada de uma agricultura de subsistência, onde a taxa de desemprego é muito alta.

Embora possua uma considerável riqueza em jazigos de minérios, minas de prata, crómio, chumbo, zinco e carvão, estas minas nunca foram devidamente exploradas.

Afinal qual é então a importância estratégica do *Kosovo*?

Para Ignácio Ramonet esta é uma das duas regiões, juntamente com o Magrehb, que possui maior potencial de “exportar” para a Europa, instabilidade, caos político, insegurança crónica, emigração clandestina, delinquência, redes ligadas à droga, etc.

Outros autores desvalorizam a questão do nacionalismo em detrimento de outras motivações. Cabral de Moncada entende que a questão do *Kosovo* não advém tanto de uma suposta predestinação para servir de palco ao desenrolar de conflitos entre sérvios e habitantes albaneses do *Kosovo* alegadamente incontornáveis, porque imputáveis a profundos ódios étnicos e religiosos, mas sim por força da sua posição geoestratégica e da sua proximidade geográfica e étnica em relação à Macedónia, o que o transforma num instrumento relativamente à eventual concretização dos eixos muçulmano⁽¹⁸⁾ e ortodoxo⁽¹⁹⁾.

Como refere Misha Glenny (44: p.) Belgrado receia a concretização do eixo muçulmano (ZETRA), não só porque teme o quebrar do eixo ortodoxo, mas também por recear que se transforme numa ponta de lança da penetração islâmica na região.

O *Kosovo* situa-se, ainda, nas rotas petrolíferas do Médio Oriente (21: p. 61). Kaplan adverte que com um Médio Oriente cada vez mais frágil, teremos (EUA) necessidade de bases e de direitos de passagem nos Balcãs para proteger o petróleo do Cáspio mas não teremos essas bases se os russos reconquistarem a Europa de Sudeste (12: p. 240).

Finalmente e por força da sua localização geográfica o *Kosovo* assume para os EUA e mesmo para a Europa uma importância determinante. Em primeiro lugar a barreira de montanhas dos Balcãs forma um obstáculo natural que separa a Rússia e a Europa do Nordeste do Mediterrâneo. As comunicações existentes apenas encontram três falhas importantes nesta barreira, o canto do nordeste do Adriático e Fiume, a bacia do Vardar que se estende em direcção a Tessalónica, os Estreitos do Mar Negro ao pé de Constantinopla (21: p. 59). Conclui-se que Trieste, os Estreitos e a Macedónia constituem as três zonas de perigo do sudeste europeu. Esta zona tem sido entendida como de grande importância para o controlo da Albânia e da Bósnia-Herzegovina.

Quanto aos americanos, em particular, um dos motivos primordiais parece ter sido a reafirmação da OTAN, e da sua supremacia nela (como referem, entre outros, Ignácio Ramonet e Florence Hartman). Por isso também o “Novo Conceito Estratégico”, que contribui para o delinear de um novo intervencionismo.

Noam Chomsky defende que a intervenção no *Kosovo* se enquadra num novo padrão de actuação dos EUA assimilável a um tipo renovado de interven-

(18) Apelidado pelos sérvios de ZETRA. Comporta uma bifurcação cujo início tanto pode ter lugar na Bósnia-Herzegovina e *Sandzak* dirigindo-se para a Macedónia através do *Kosovo* e da Albânia, ou ter início mais a sul, no porto albanês de *Durres*, no Adriático, rumo à Macedónia. Daqui prolonga-se, através da Bulgária para alcançar a Turquia e daí continuar até ao Médio Oriente.

(19) Começa em Belgrado e dirige-se verticalmente para sul, passando por *Skopje*, capital da Macedónia e termina no porto grego de *Tessalónica*.

cionismo, que apelida de “Novo Humanismo Militar”, e que teve a sua expressão na era de Clinton sob a influência de Anthony Lake (*National Security Adviser*) (48: p. 28/29).

Efectivamente, como refere Paulo Moura no jornal “O Público” (56) só há uma arma mais mortífera e mais fácil de manipular do que a Kalashnikov: a História. Nos Balcãs, ela fornece com a mesma abundância munições para matar e para ser morto.

5.3.2. A operação

Após o fracasso da Conferência de *Rambouillet* ⁽²⁰⁾, a OTAN, sem mandato da ONU, que seria com quase toda a certeza vetado pela Rússia ou pela China, desencadeou, a 24 de Março de 1999, a Operação Força Aliada (*Operation Allied Force*), que consistiu numa operação maciça de bombardeamentos aéreos contra a RFJ.

Esta operação prolongar-se-ia durante 78 dias.

O seu objectivo era o de obrigar Belgrado a voltar à mesa de negociações ⁽²¹⁾.

Curiosamente passou-se quase imediatamente da diplomacia para a força, ao contrário do que aconteceu na Bósnia-Herzegovina, em que se assistiu a um nítido período de escalada.

Esta abrupta passagem foi criticada pela Comunidade Internacional. Cabral de Moncada refere que poderiam ter existido patamares intermédios, como a condenação da política de Belgrado, a retirada dos embaixadores acreditados em Belgrado ou o congelamento das contas bancárias jugoslavas no estrangeiro (21: p. 85).

⁽²⁰⁾ O seu fracasso ficou a dever-se a vários motivos entre os quais, como aponta Cabral de Moncada, em obra citada, o “timing” concedido às partes que foi demasiado curto, em contradição profunda com a psicologia balcânica e com os seus hábitos e velocidade negociais, e refere ainda os sérvios e também os albaneses são dados a vastas dissertações de tom auto vitimizador e longas perorações de carácter histórico que a par de discussões detalhadas sobre os mais pequenos pormenores, administrativos, cartográficos e outros, são tidos como imprescindíveis para qualquer compromisso sério.

⁽²¹⁾ Na página oficial da OTAN na Internet estão descritas as suas motivações oficiais na questão do Kosovo. São invocadas as seguintes: (1) *a verifiable stop to all military action and the immediate ending of violence and repression; the withdrawal from Kosovo of the military, police and paramilitary forces;* (2) *the stationing in Kosovo of an international military presence;* (3) *the unconditional and safe return of all refugees and displaced persons and unhindered access to them by humanitarian aid organisations;* (4) *the establishment of a political framework agreement for Kosovo on the basis of the Rambouillet Accords, in conformity with international law and the Charter of the United Nations.*

Por outras palavras, e em linguagem própria da responsabilidade internacional, talvez se pudesse ter recorrido em primeiro lugar a contramedidas admissíveis, à luz do Direito Internacional, em vez de passar logo às contramedidas coercivas, que, por recorrerem ao uso da força são proibidas por este mesmo ordenamento, pelo já conhecido artigo 2.º, n.º 4, da CNU.

Durante os bombardeamentos foram tomadas algumas medidas políticas, tais como o embargo naval, a condenação de Milosevic e vários outros elementos da estrutura de comando militar sérvia como criminosos de guerra pelo Tribunal Internacional Penal para a ex-Jugoslávia em 27 de Maio de 1999, ou a interdição da difusão via satélite (EUTELSAT) dos programas de televisão de Belgrado.

5.4. As consequências

As consequências da intervenção foram inúmeras e graves. O governo jugoslavo acusou os Estados que a levaram a cabo de uma série de violações do Direito Internacional e invocou a respectiva responsabilidade internacional, num processo que ainda corre no TIJ e cujo desfecho não se avizinha próximo.

5.4.1. O processo no TIJ

A 29 de Abril de 1999 a República Federal da Jugoslávia (RFJ) propôs, no Tribunal Internacional de Justiça, uma acção contra os EUA, Reino Unido, França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica, Canadá, Portugal e Espanha, acusando estes Estados de bombardearem o território jugoslavo violando a obrigação de não usar a força contra outro Estado.

Invocou, em particular, a violação das seguintes obrigações internacionais:

- Proibição do uso da força contra outro Estado — violação da CNU e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969;
- Não intervenção nos assuntos internos de outro Estado — violação da CNU;
- Violação da soberania de outro Estado — violação da CNU;
- Obrigação de protecção da população e objectos civis em tempo de guerra e de protecção do ambiente (Protocolo I adicional às Convenções de Genebra de 1977);
- Obrigações relacionadas com a livre navegação dos rios internacionais (Convenção de 1948 sobre a livre navegação no rio Danúbio);
- Obrigações relacionadas com direitos e liberdades fundamentais, como a violação da obrigação de respeitar a vida humana, o direito ao trabalho, o direito à informação, o direito a beneficiar de cuidados de saúde, e

outros direitos básicos do homem (Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais);

- Obrigação de não usar armas proibidas;
- Obrigação de não criar, deliberadamente, condições que, previsivelmente, causem a destruição física de um grupo nacional (Convenção do Genocídio).

A RFJ responsabilizou estes dez Estados pela violação das obrigações enunciadas. Pediu não só que fossem imediatamente suspensas as acções em curso (solicitando medidas cautelares), como que estes Estados ficassem obrigados a indemnizar pelos danos causados.

Em traços gerais a RFJ alegou que tinham sido atingidos tanto alvos militares como civis, causando inúmeras baixas: cerca de 1.000 civis, incluindo 19 crianças foram mortas durante os ataques e mais de 4.500 ficaram seriamente feridas.

Para além dos danos pessoais, foram provocados enormes estragos em escolas, hospitais, estações de rádio e televisão, monumentos históricos e lugares de culto. Um grande número de pontes, estradas e caminhos de ferro foram atingidos, bem como refinarias de petróleo e fábricas químicas, daí resultando sérios perigos para o ambiente e saúde públicas.

O TIJ rejeitou o pedido de medidas cautelares, a 2 de Junho de 1999.

Em dois dos casos (Espanha e EUA) o TIJ considerou que manifestamente lhe faltava jurisdição e ordenou que estes casos fossem retirados do processo.

Nos restantes oito casos o TIJ considerou que apesar de lhe faltar *prima facie* jurisdição, o que seria um pré-requisito para decidir sobre as medidas cautelares, a questão da jurisdição para julgar sobre o segundo pedido seria apreciada posteriormente.

O TIJ advertiu, no entanto, que mesmo que os Estados não aceitem a jurisdição do Tribunal, eles permanecem, de qualquer forma, responsáveis pelos factos praticados que lhes sejam atribuíveis em violação do Direito Internacional, incluindo o Direito Humanitário.

5.4.2. Em especial: A Jugoslávia *versus* Portugal

Um dos países que a RFJ acusou foi Portugal.

O TIJ rejeitou o pedido de medidas cautelares, por considerar que lhe faltava *prima facie* jurisdição.

No entanto, e ao contrário do que se passou com os EUA e a Espanha ⁽²²⁾,

⁽²²⁾ Uma vez que, relativamente a este caso concreto, estes Estados não aceitaram a jurisdição do TIJ, conforme o disposto no artigo 38.º, parágrafo 5, do Estatuto deste Tribunal. Para

o TIJ remeteu a apreciação do mérito da causa para uma fase posterior. Até ao presente não se assistiu a mais nenhum desenvolvimento neste caso.

As obrigações que a RFJ considerou terem sido violadas foram as apontadas acima, relativamente aos restantes Estados.

Curiosamente, na sua *application*, a que provavelmente chamaríamos petição inicial, a Jugoslávia faz referência ao uso de munições contendo urânio empobrecido, e alega, já nessa altura, que esta utilização pode ter consequências imprevisíveis no futuro para a vida humana (é igualmente um dos fundamentos para a acusação da prática do genocídio).

A defesa de Portugal consistiu basicamente em questões formais ⁽²³⁾.

Em primeiro lugar defendeu a inexistência de jurisdição *prima facie* do TIJ, por considerar que a RFJ não era nem membro da ONU ⁽²⁴⁾, nem parte do Estatuto do TIJ (só podendo intentar uma acção com a autorização da AG e do CS).

Em segundo lugar colocou em causa a eficácia da declaração de aceitação da jurisdição internacional por parte da RFJ (de acordo com o artigo 36.º, n.º 2, do ETIJ), uma vez que o objecto da acção (os bombardeamentos) tinha sido iniciado bastante antes (24 de Março de 1999) desta declaração, que remontava a 25 de Abril de 1999. Invocou a este propósito uma situação de abuso de processo, por a declaração ter sido entregue poucos dias antes do intentar da acção no Tribunal.

Alegou, em segundo lugar, que o artigo IX da Convenção do Genocídio não constituía base suficiente para a jurisdição do TIJ, não só porque Portugal não era ainda parte desta Convenção (embora já tivesse depositado o respectivo instrumento de adesão), e o referido artigo não revestia um carácter consuetudinário, não possuindo, deste modo, um carácter vinculativo *per se*.

Quanto ao mérito dessa alegação da RFJ, o nosso país referiu que a acusação da prática do crime de genocídio não tinha fundamento uma vez que este crime exigia uma específica intenção, cuja existência a RFJ não tinha conseguido provar. Alegou assim que as acções levadas a cabo pela OTAN eram claramente pouco adequadas à prática de um crime que implicava um esforço selectivo na escolha das vítimas, incompatível com o efeito do contingente e com os meios empregues.

além disso os EUA fizeram uma reserva ao artigo XI da Convenção do Genocídio, que prevê a submissão ao TIJ de qualquer questão que surja da violação desta Convenção.

⁽²³⁾ *International Court of Justice, Public Seating held on Tuesday 11 May 1999, in the case concerning Legality of the Use of Force Yugoslavia v. Portugal, Oral Pleadings, CR 99/21.*

⁽²⁴⁾ Por não ter renovado o seu estatuto de membro junto desta Organização depois da desintegração da antiga RFJ, como foi recomendado pela AG das NU.

Portugal fez ainda uma referência ao facto de a RFJ ter omitido que as por si alegadas medidas ilícitas dos membros da OTAN tinham como antecedentes factos praticados pela própria RFJ, e pelos quais este país era responsável.

Afirmou que a operação levada a cabo pela OTAN constituía uma intervenção excepcional com o objectivo de colocar fim e minimizar uma maciça violação dos direitos do homem efectuada pela RFJ. Deste modo nem o critério das “mãos limpas” permitia que o pedido da Jugoslávia pudesse ser considerado legítimo.

Em resumo, foi sustentado que esta intervenção não devia ser dissociada das atrocidades ocorridas no *Kosovo*, e que foi justificada pela intransigência de RFJ na aceitação de uma solução política negociada em *Rambouillet*.

Para além disso, e numa clara tentativa de colagem à ONU, outro dos argumentos utilizados por Portugal, foi o de que a intervenção teve apenas como intenção dar apoio aos objectivos políticos definidos pelo CS, e evitar a escalada da repressão e violência no *Kosovo* onde as populações civis estavam a sofrer, e que a intervenção seria suspensa logo que a RFJ parasse com os massacres.

5.4.3. Os argumentos sustentando a intervenção

Dos argumentos apresentados por Portugal e pelos restantes Estados, escolhemos fazer referência à defesa da Bélgica, que nos parece possuir a melhor fundamentação jurídica para a intervenção (25). Em resumo, a argumentação apresentada por este país foi a seguinte:

- A intervenção não fez mais do que prosseguir os objectivos enunciados nas resoluções do CS da ONU, em especial nas resoluções n.º 1160 (31 de Março de 1998), n.º 1199 (23 de Setembro de 1998) e n.º 1203 (24 de Outubro de 1998), e expressos variadas vezes pelo Secretário-Geral da ONU;
- Para além da crise humanitária que se vivia no *Kosovo*, o massacre de *Racak* alertou a consciência da Comunidade Internacional precipitando as tentativas de resolver o conflito;
- A primeira tentativa consubstanciou-se na constituição do grupo de contacto em *Rambouillet* e no esforço para chegar a um acordo entre as partes que falhou por força da intransigência de Belgrado;
- Os objectivos da intervenção foram atingir a paz e permitir a convivência das etnias e a democracia no *Kosovo*, por forma a que qualquer que

(25) Nesse sentido ver também o artigo de Jonathan, I. Charney, «Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo» (26).

- seja a origem racial, étnica ou religiosa as pessoas possam viver pacificamente e em respeito pelos direitos do homem;
- A necessidade da intervenção ficou confirmada pela rejeição, pelo CS da proposta de resolução russa que visava obrigar ao fim dos bombardeamentos (26 de Março de 1999);
 - Relativamente à acção interposta pela RFJ falta ao TIJ competência *prima facie* para decidir sobre a aplicação das medidas provisórias, porque a nova RFJ não é ainda membro da ONU;
 - Quanto à invocação da competência do TIJ por força da Convenção do Genocídio, é entendido que o crime de genocídio possui um âmbito distinto, pela intenção que pressupõe, das medidas levadas a cabo pela OTAN;
 - No que diz respeito à intervenção humanitária armada, a sua justificação reside na necessidade de proteger os valores essenciais do Direito Internacional, erigidos, inclusivamente, como *ius cogens*, que são os direitos mais fundamentais da pessoa humana, a saber o direito à vida, à integridade física, à interdição de torturas — no fundo aquele núcleo de direitos que são direitos absolutos e inderrogáveis mesmo em tempo de guerra;
 - A intervenção não visa colocar em causa a integridade territorial, a independência, ou, no fundo a soberania da Jugoslávia, pelo que não se deve considerar violado o artigo 2.º, n.º 4, da CNU (interpretação restritiva deste artigo);
 - Existia ainda uma potencial ameaça à paz e estabilidade daquela região;
 - E, caso estes argumento não vençam ou não convençam é ainda invocado subsidiariamente o estado de necessidade previsto pelo artigo 33.º, original do «Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados»;
 - Partindo do princípio que a regra violada é a proibição do recurso à força considera-se:
 - Que o perigo imediato se relaciona com a iminente catástrofe humanitária e também com a séria ameaça à segurança colectiva de toda a região;
 - Considera-se ainda respeitado o requisito da proporcionalidade da resposta ⁽²⁶⁾;

(26) Como é referido por Ergéc durante as alegações orais da Bélgica *elle (OTAN) se limite à des bombardements aériens dirigés uniquement, exclusivement, contre la machine de guerre de l'agresseur et contre son complexe militaro-industriel.*

Para terminar não resistimos a citar uma frase que consta das alegações orais da Bélgica: *nous sommes dans une situation tout à fait opposée, nous sommes plutôt, les pays membres de l'OTAN, pays démocratiques dont les gouvernements sont librement élus contre un régime qui renie les valeurs les plus fondamentales de l'humanité.*

5.5. O ponto de vista jurídico

Vários são os argumentos que do ponto de vista jurídico-internacional serviram e servem para justificar ou tornar injustificável a figura extremamente controversa da intervenção humanitária não autorizada, muitas vezes designada como intervenção humanitária unilateral.

5.5.1. A negação da possibilidade

Como refere Rosalyn Higgins (60: p. 238), depois da II Guerra foram conferidos às Nações Unidas poderes que tinham como objectivo permitir aos Estados evitar o recurso ao uso unilateral da força para garantirem a sua segurança — em particular no capítulo VII da CNU, como analisado *supra*. Passava, portanto, a não ser suposto os Estados sentirem a necessidade de recorrer à força de forma unilateral.

A negação da admissibilidade de uma intervenção unilateral ou colectiva, mas fora do contexto da CNU, é, digamos, a tese clássica, defendida por todos os que vêm na intervenção no *Kosovo* um facto ilícito e gerador de responsabilidade internacional.

Para sustentar esta posição é invocada a ausência de previsão no direito positivo internacional da competência das alianças militares, das organizações regionais e especialmente dos Estados para assumirem a missão de proteger os direitos do homem nas situações atrás caracterizadas como crises humanitárias, e acima de tudo a flagrante contradição desta tese com a letra da CNU.

J. A. Azeredo Lopes não (...) acredita portanto na legitimidade dos que, ao arrepio dos mecanismos da CNU (como aconteceu no *Kosovo*), tomam a iniciativa de pegar em armas contra o Mal (27).

(27) J. A. Azeredo Lopes refere ainda é de desconfiar muito, quando um grupo de Estados começa a bramar o ai-jesus, perante o que, no seu entender, representa um atentado dos direitos humanos num determinado país, sem que o Conselho tome posição sobre o assunto. Aí, de duas, uma: Se entra nas preocupações de uma organização regional (diga-se: como a OTAN) terá de se submeter ao espartilho do cap. VIII da CNU — que estabeleceu uma ligação umbilical com o CS; Ou não entra, e estamos vistos quanto à (i)legalidade da intervenção que se anuncia.

Na opinião de Adriano Moreira a supremacia dos EUA apontou no sentido de substituir a instância da ONU, como sede de legitimidade, pela instância da OTAN, que assim ultrapassou a natureza de organização de segurança e defesa regional. Diz ele que a transferência para uma sede de segurança regional, a caminho de a função poder ser assumida por uma potência dominante ou um directório, seria uma perda irreparável, com o regresso de Leviatã no seu mais desembaraçado estilo (3: p. 14) ⁽²⁸⁾.

Jorge Miranda, a propósito ainda do *Kosovo*, considera que nenhum mal justifica outro mal e refere que foram evidentes o desrespeito pelos mais elementares princípios de Direito Internacional, a criação de um perigoso precedente e, adiante, não menos nítidas são a inadequação e a desproporção dos meios em face dos fins pretendidos (27: p. 30).

5.5.2. A eventual admissibilidade de uma intervenção colectiva não autorizada

Os autores que admitem esta figura — entre outros Canelas de Castro ⁽²⁹⁾ — fazem-no com base na necessidade de proteger um interesse colectivo, de toda a comunidade internacional, e com o argumento de que o CS se encontra bloqueado.

No entanto são escassos na apresentação de um argumento jurídico que compatibilize este interesse com a proibição do recurso à força fora dos moldes previstos pela CNU.

Entendemos que é nosso dever, embora com reservas quanto a esta figura em especial analisar os argumentos que podem levar a uma sua possível legitimação.

⁽²⁸⁾ Diz ainda por isso foi tão grave o facto de a intervenção no Kosovo ter dispensado a declaração de legitimidade da ONU, por isso é alarmante que o conceito de guerra cirúrgica, como se está vendo com a questão do urânio empobrecido, coloque em primeiro plano a salvaguarda das forças da potência dominante, ignorando a malévola lei da reflexividade que reexporta os efeitos chamados colaterais para os utilizadores.» (...) «A controvérsia mal arrumada sobre a instância de decisão, implica esforços continuados para que a ONU, único lugar do mundo onde todos falam com todos, seja repensada mas não remetida para uma nova neutralização como aconteceu durante a vigência da Ordem dos Pactos Militares.

⁽²⁹⁾ Canelas de Castro refere, em obra citada (54), a Comunidade Internacional gerou consuetudinariamente uma nova Constituição, uma CNU-bis, que, salvaguardando o essencial da CNU de 1945, a adequa a dois elementos cuja incortonabilidade se foi afirmando progressivamente no período de tempo de guerra fria: (1) a paralisia do sistema de segurança colectiva e (2) a necessidade de encontrar mecanismos de substituição para protecção dos valores comunitários que se foram afirmando na consciência de uma comunidade cada vez mais exigente consigo própria e exemplifica com o sistema das operações de paz, os pactos de defesa colectiva ou o alargamento das situações de legítima defesa. No entanto ele fala antes da intervenção no Kosovo.

5.5.3. Pressupostos e requisitos específicos

Admitindo que se verifica a paralisação dos mecanismos colectivos da ONU e que, uma vez realizada a intervenção, a organização ou aliança comunica a sua acção ao CS, como refere Canelas de Castro assim permitindo à comunidade internacional uma primeira avaliação sumária da licitude da acção e que funcione, ainda que tardiamente, o seu «sistema de alarme» social ou a má-consciência perante a sua demissão ou adormecimento que a “ratifica” *a posteriori* (54: p. 112) será, ainda assim ilegítima a intervenção?

Para que exista uma paralisação do CS basta que este esteja impedido de agir por força do direito de veto, o que efectivamente não é difícil — sendo suficiente que um dos membros permanentes esteja em desacordo. Seria este, digamos assim, um pressuposto específico da intervenção não autorizada.

Ainda específico deste tipo de intervenções seria a necessidade de um imediato esclarecimento do CS relativamente à situação existente, para que este possa verificar se realmente se verifica a tal grave, maciça e reiterada violação dos direitos do homem, e se estavam reunidos os pressupostos atrás enunciados.

Assim submeter-se-ia à consideração do órgão, que — concorde-se ou não — detém a competência para deliberar sobre a questão. E agora das duas uma: ou a maioria dos Estados estaria de acordo quanto à ilegitimidade da intervenção e daí se retiraria que a intervenção devia ser imediatamente suspensa.

Ou a maioria dos Estados se revelaria favorável, e então teríamos a intervenção legitimada *a posteriori* pelo órgão competente para a autorizar, e evitaríamos o mecanismo responsável pela paralisação, o veto — o consentimento *a posteriori* deste órgão demonstraria o assentimento da Comunidade Internacional⁽³⁰⁾.

Se tal não se verificasse a situação teria de ser reposta na medida do possível e os “interventores” sujeitar-se-iam à responsabilidade que daí adviesse.

5.5.4. O surgimento de um novo costume?

Relativamente às intervenções autorizadas pelo CS pensamos ter encontrado a base jurídica na própria CNU, através do recurso à concordância prática de princípios, que lhe dá o fundamento, e ao capítulo VII que lhe confere os meios, embora continuemos a defender a necessidade da sua autonomização.

⁽³⁰⁾ Contra a possibilidade de existência desta autorização implícita e *a posteriori* do CS ver, entre outros, Olivier Corten e François Dubuisson, «L'Hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une “autorisation implicite” du Conseil de Sécurité» (50).

Já quanto às intervenções não autorizadas é mais difícil, no estado actual do direito internacional encontrar uma base jurídica suficiente.

Se considerarmos que os dois princípios em causa, o da proibição do recurso à força e o da protecção dos direitos do homem, são princípio de *ius cogens*, e foram aceites pelos Estados membros, vinculando-os assim em todas as ocasiões o fundamento está encontrado⁽³¹⁾. Falta, no entanto, o suporte legal que lhes confira o direito de intervir nas circunstâncias tratadas e com os condicionamentos referidos.

O costume é normalmente reconhecido como a principal fonte do Direito Internacional, integrando-o dois elementos fundamentais, a prática e a *opinio iuris* (convicção de obrigatoriedade).

Para que se possa falar em prática são apontados tradicionalmente como necessários três requisitos, a generalidade, a reiteração e a consistência. A maior parte da Doutrina entende ainda que, para distinguir o costume do mero uso, é necessário descobrir neste um elemento psicológico, a chamada *opinio iuris*, i.e., a convicção sentida pelos Estados de que uma certa forma de conduta é requerida pelo Estado.

Neste caso concreto da intervenção humanitária, tendo presente as características brevemente referidas atrás será que podemos falar numa nova regra de carácter consuetudinário cuja formulação seria mais ou menos a seguinte (?):

«A violação grave, maciça e reiterada dos direitos do homem mais fundamentais permite uma intervenção armada colectiva com a única finalidade de pôr cobro a essa situação, desde que estejam esgotados todos os meios pacíficos de resolução de conflitos e essa intervenção se mostre indispensável para acabar com a situação. Esta intervenção deve ser limitada no tempo e no espaço ao objectivo que visa prosseguir e deve ter o menor efeito possível nas estruturas do território onde a situação se encontra. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de intervenção devem reunir o máximo consenso da Comunidade Internacional, devendo para isso ser comunicadas o mais brevemente possível ao CS e não prejudicam a autoridade e a responsabilidade atribuídas ao Conselho para levar a efeito a qualquer momento a acção que julgar necessária para repor o respeito pelos direitos do homem.»

É certo que a prática é escassa, e esta temática está ainda muito longe de suscitar um consenso generalizado. Mas, apesar da escassez da prática, o argumento decisivo para considerar que está em processo de criação uma norma de

(31) Como referem A. Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *os princípios gerais contidos na CNU (...) não são exclusivos das Nações Unidas porque constituem princípios fundamentais de toda a Comunidade Internacional e, por isso, dão corpo a um Direito Constitucional Internacional.*

carácter consuetudinário não será o da ausência de reacção da Comunidade Internacional ⁽³²⁾?

Efectivamente, conseguimos detectar algo de comum na prática tanto das intervenções não autorizadas como das autorizadas — a necessidade de fazer face a situações de crise humanitária, ou melhor de violação grave, maciça e reiterada dos direitos do homem mais fundamentais.

E mesmo nas intervenções não autorizadas assistimos a uma ausência de reacção institucionalizada da Comunidade Internacional.

No dia 26 de Março de 1999, a Rússia exigiu perante o CS a imediata cessação do uso da força contra a RFJ, e submeteu um projecto de resolução aos CS contendo esta exigência ⁽³³⁾.

Em defesa de uma tal resolução o representante da Rússia alegou que as tentativas de justificar a acção militar sob o pretexto de uma catástrofe humanitária roçavam a chantagem e que todos os que votassem contra o projecto ficariam colocados numa situação de ilegalidade.

Este projecto de resolução exigia a imediata cessação do uso da força contra a RFJ e foi rejeitado por doze votos contra, apenas três votos a favor (da China, Rússia e Namíbia) e nenhuma abstenção.

O argumento não é suficiente para demonstrar o carácter consuetudinário desta prática. No entanto não nos esqueçamos que a necessidade de fazer face a este tipo de crises é frequente e é imperativa uma resposta institucional adequada, por parte da ONU.

Não nos esqueçamos igualmente que no caso em análise foi decidido pelo CS nada fazer e que as decisões de não agir são uma parte da prática dos Estados e demonstram a sua *opinio iuris* (61: p. 833) ...

5.5.5. Conclusão

Antes de concluir quanto aos factos cometidos pelos Estados durante a operação Força Aliada, é importante lembrar que os alegados massacres cometidos no *Kosovo* pela RFJ constituem factos internacionalmente ilícitos, por con-

⁽³²⁾ Como se provou no conhecido caso das pescarias, no qual a Noruega com seguinte argumento provou a existência de um costume: *the method of straight lines, imposed by geography, has been established in the Norwegian system and consolidated by a constant and sufficiently long practice. The application of this system encountered no opposition from other States. Even the United Kingdom did not contest it for many years: it was only in 1933 that the United Kingdom made a formal and definite protest.* e principalmente que *the general toleration of the international community therefore shows that the Norwegian system was not regarded as contrary to international law.*

⁽³³⁾ In: Press release SC/6659 de 26 de Março de 1999.

substanciarem uma violação grave de uma obrigação devida à comunidade internacional no seu todo, e essencial à protecção dos seus interesses fundamentais (artigo 41.º do Projecto). Em cima vimos as consequências deste facto, a propósito exactamente das chamadas obrigações *erga omnes*.

Resumidamente esta violação cria para todos os outros os Estados as obrigações previstas no n.º 2 do artigo 42.º do «Projecto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional» (não reconhecer a legalidade da situação, não prestar ajuda ao Estado que mantém esta situação e cooperar em pôr fim à mesma), e, para o Estado responsável, a obrigação de reparar o prejuízo causado nos termos gerais da responsabilidade.

Pelo facto de esta violação dizer respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, os outros Estados podem invocar a responsabilidade internacional do Estado responsável (artigo 49.º do Projecto), e, consistindo esta violação dos direitos do homem uma ameaça à paz e segurança internacionais, os mecanismos institucionais podem e devem ser accionados.

Concluiu-se assim que a ONU poderia autorizar uma intervenção com o objectivo de colocar cobro às violações referidas, mas que, no actual estágio do Direito Internacional, mais nenhuma organização, aliança ou Estado isolado o poderia fazer.

Assim chegamos à conclusão várias vezes enunciada: a intervenção no *Kosovo* foi um facto internacionalmente ilícito, logo gerador de responsabilidade internacional.

Vimos, seguidamente, que a própria RFJ, intentou no TIJ uma acção com vista ao reconhecimento desta responsabilidade. O TIJ ainda não se pronunciou quanto à questão de fundo.

Vimos atrás alguns dos argumentos utilizados por vários Estados para justificar a intervenção. No entanto, é de notar que a própria OTAN não fez nenhum esforço para sustentar do ponto de vista do Direito Internacional a operação por ela levada a cabo.

Passaremos agora à análise da responsabilidade da OTAN em concreto.

5.6. A responsabilidade internacional das Organizações Internacionais

O artigo 57.º do «Projecto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional», sob a epígrafe «responsabilidade de ou pelo comportamento de uma organização internacional», refere que os mesmos artigos *não prejudicam qualquer questão surgida a respeito da responsabilidade de acordo com o direito internacional de um organização internacional, ou de qualquer Estado pela conduta de uma organização internacional*.

Manuel Vallejo define as organizações internacionais como associações voluntárias de Estados estabelecidas por acordo internacional, dotadas de órgãos

permanentes, próprios e independentes, encarregados de gerir interesses colectivos e capazes de expressar uma vontade juridicamente diversa dos seus membros (39: p. 41).

Não só a prática internacional como, cada vez mais, a doutrina jus-internacionalista têm vindo a reconhecer a susceptibilidade das organizações internacionais de se tornarem sujeitos activos e passivos em matéria de responsabilidade.

No célebre caso da reparação por prejuízos sofridos ao serviço das Nações (1949) o TIJ reconheceu a relação causal e necessária ⁽³⁴⁾ entre a capacidade da organização de apresentar uma reclamação internacional e a sua personalidade jurídica internacional ⁽³⁵⁾.

Manuel Vallejo enuncia as três posições clássicas sobre a personalidade jurídica das organizações internacionais (39: p. 62).

A primeira reconheceria a estas organizações uma capacidade plena, e caracterizar-se-ia por assimilar as organizações internacionais aos Estados.

A segunda iria num sentido completamente contrário, recusando a subjectividade internacional das organizações, e considerando-as meras formas de actuar dos Estados colectivamente.

Finalmente, uma terceira tendência defenderia que as organizações internacionais são dotadas de personalidade jurídica na medida em que esta personalidade é diferente da dos Estados, por ser circunscrita ao cumprimento dos objectivos traçados nos instrumentos constitutivos. O mesmo autor, aderindo a esta tese (39: p. 63), considera que a personalidade jurídica da organização pode estar expressamente reconhecida no seu instrumento constitutivo, ou deduzir-se implicitamente deste instrumento, mas também que o fundamento das competências da organização se encontra nas suas regras, contidas nos instrumentos referidos e nas suas decisões ou resoluções adoptadas de acordo com estes e na sua prática habitual.

A propósito especificamente da responsabilidade das organizações José Heredia (39: p. 77) refere que a natureza derivada e funcional da personalidade jurídica da organização provoca determinadas incertezas, tanto no que diz respeito à sua situação como sujeito demandante como demandado nas relações de responsabilidade internacional. Concretamente quanto à sua situação como sujeito passivo a questão essencial que se coloca ao atribuir o facto ilícito à organiza-

⁽³⁴⁾ Nesse sentido, ver Manuel Perez Gonzalez, «Les Organisations Internationales et le Droit de la Responsabilité» (40).

⁽³⁵⁾ Mais concretamente é referido no Parecer que *accordingly the Court concludes that the Organization possessing as it does rights and obligations, has at the same time a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane, although it is certainly not a super-State.*

ção será a da distinção entre a responsabilidade entre esta e os Estados membros, i.e. se a organização internacional é a única responsável ou se também o serão os Estados membros, e, neste caso se o são a título subsidiário ou solidário.

Finalmente quanto ao exercício desta responsabilidade estarão disponíveis determinados meios como o protesto, a negociação, o recurso à arbitragem ou a uma solução judicial. Uma vez que o ETIJ impede que as organizações internacionais proponham acções no TIJ, parece preferível recorrer a uma solução combinada, à negociação e à arbitragem, para resolver os diferendos em matéria de responsabilidade.

5.7. A responsabilidade internacional da ONU

Di Blase refere que as soluções favoráveis quer a uma responsabilidade exclusiva das organizações internacionais quer a uma responsabilidade exclusiva dos Estados membros dependem da forma como é concebida a organização — como um ente jurídico independente relativamente aos Estados que a compõem — caso da ONU — ou, pelo contrário, como um ente meramente instrumental.

Um dos casos que nos pode ajudar a compreender esta questão é o caso das operações militares autorizadas pela ONU e levadas a cabo pela Força de Emergência para o Médio-Oriente no Médio-Oriente (FENU) e pelas Operações das Nações Unidas no Congo (ONUC).

Neste caso os factos praticados pela ONU eram afinal levados a cabo por outros sujeitos de direito internacional ligados à organização — os Estados membros da ONU. No entanto a ONU assumiu a responsabilidade pelos factos ilícitos praticados pelas forças no terreno.

O juiz Koretsky, na sua declaração de vencido no mesmo caso conhecido como *Certas despesas da ONU*, considerou que uma vez que não existia uma verdadeira força da ONU as forças colocadas à disposição do CS continuariam a ser forças dos Estados membros, não se transformando em verdadeiras forças da ONU.

Manuel Perez Gonzalez conclui no seguimento da análise deste caso que o grau de dependência da actividade relativamente à finalidade funcional da organização e o grau de sujeição das pessoas ou entidades à autoridade ou ao controlo institucional são os factores fundamentais a ter em conta para a imputação do facto à organização, ou, contrariamente aos Estados que a compõem (40: p. 84).

Como refere Pierre Klein desde a guerra da Coreia até à guerra do Golfo que se assistiram a actividades levadas a cabo por coligações de Estados habilitadas pelo CS. No primeiro dos casos existia uma ligação formal unindo a coligação à ONU e, no entanto, foi aos EUA e não à ONU que foram imputadas as violações do direito internacional cometidas durante o conflito (basicamente

violações de *jus ad bellum*). A solução foi justificada por se considerar que os EUA exerciam de facto um controlo completo das operações militares levadas a cabo no terreno enquanto a ONU se limitava essencialmente a uma cobertura política da operação (58: p. 378).

Também na guerra do Golfo o mesmo autor considera que eventuais actos ilícitos praticados devem ser imputados ao Estado sob cuja direcção agiram as forças em coligação. E foi atendendo exactamente a este princípio que a ONU recusou que lhe fossem imputados alegados factos ilícitos cometidos pelo contingente francês no Ruanda, em Junho de 1994, durante a conhecida Operação Turquesa.

Já a distinção deve ser feita no que respeita às operações de manutenção de paz. Relativamente a estas a cadeia de comando clássica concretiza o controlo exercido pela organização, uma vez que os oficiais dos contingentes nacionais recebem as suas ordens de um comandante militar designado pela ONU, que se encontra, por sua vez, submetido às instruções do Secretário-Geral, e, através deste último, ao CS ou à AG.

Assim, os factos ilícitos cometidos neste tipo de operações devem ser imputados à ONU e não aos Estados.

O critério decisivo é, portanto, o grau de controlo efectivo sobre as forças no terreno. P. De Visscher considera este controlo formado necessariamente por um feixe de competências e de atribuições, o que não significa que os diversos elementos tenham de se encontrar necessariamente presentes em cada caso particular, mas em que o conjunto seja suficientemente coeso e coerente para justificar uma efectiva dependência do agente em relação à organização ⁽³⁶⁾.

Na maioria das vezes porém a aplicação prática deste critério não será totalmente isenta de dúvidas. Como refere Condorelli a imputação de determinados factos à ONU não exclui por completo a sua imputação aos Estados a que pertence o contingente em causa, desde que esse Estado conserve um controlo efectivo paralelo ao da Organização sobre as forças colocadas à sua disposição. Tudo dependerá da cadeia de comando e da forma como esse comando é efectivamente exercido.

Questão diferente é a de saber por que tipo de factos responde a ONU. Serão todos os factos normalmente praticados numa operação de paz, ou apenas os factos ilícitos. Isto é, estaremos perante uma responsabilidade por factos lícitos ou apenas perante a clássica responsabilidade por factos internacionalmente ilícitos?

⁽³⁶⁾ Tradução livre de «*le contrôle sera nécessairement formé d'un faisceau de compétences et d'attributions dont les divers éléments ne devront pas nécessairement être présents dans chaque cas d'espèce mais dont l'ensemble global devra être suffisamment ferme et cohérent pour justifier une allégeance effective*».

A prática sugere que nos encontramos apenas perante a clássica responsabilidade por factos internacionalmente ilícitos. Efectivamente se a ONU assume a responsabilidade pelos factos ilícitos cometidos durante as operações de paz, como por exemplo violações do Direito dos Conflitos Armados, já se recusa categoricamente a assumir a responsabilidade pelos prejuízos resultantes de necessidades militares. A questão já foi colocada concretamente a propósito das operações da ONU na Bósnia-Herzegovina e da Somália.

5.8. O caso particular da responsabilidade da OTAN

A OTAN é hoje o exemplo paradigmático de uma aliança militar com meios que lhe permitem proceder a uma intervenção humanitária sem a colaboração de mais nenhuma entidade.

Por isso mesmo, e em virtude do papel que parece pretender assumir num mundo em mudança, é necessário rever as suas características e determinar se a sua natureza ainda é a mesma.

5.8.1. A OTAN — uma organização regional ou uma aliança militar?

A OTAN foi concebida como uma aliança defensiva e constituída com base no artigo 51.º da CNU.

A sua primeira razão de ser é sem dúvida ainda, como o demonstra o recente e infeliz caso do ataque terrorista aos EUA a propósito do qual muito se falou do artigo 5.º do Tratado do Atlântico-Norte, a legítima defesa colectiva.

No entanto é evidente que, ultimamente, a OTAN tem assumido um papel que a faz de alguma forma ultrapassar essa primeira missão.

E isto não só se verifica na prática, como foi expressamente assumido no novo Conceito Estratégico da OTAN (23 e 24 de Abril de 1999), que se refere hoje à possibilidade de levar a cabo operações de resposta a crises não previstas no artigo 5.º — entre elas a OTAN menciona expressamente as emergências humanitárias.

Alguns autores, como Ove Bring, entendem que a OTAN, como organização de legítima defesa colectiva, se deveria aceitar como uma organização regional para a segurança ao abrigo do sistema de segurança colectiva do capítulo VIII da CNU. Refere inclusivamente que os oficiais da OTAN podem ter uma certa relutância em considerar a OTAN como uma organização regional, ao abrigo do capítulo VIII da CNU, com a preocupação de que uma tal qualificação possa implicar obrigações adicionais no contexto das NU. No entanto entende que esta preocupação não tem razão de ser (53: p. 26).

Para Manuel Vallejo a OTAN reveste as características de uma organização de âmbito regional (o que não é o mesmo que organização regional), intergo-

vernamental e com fins específicos de cooperação defensiva e de assistência mútua (39: p. 428).

O autor refere como demonstrativos dos seus objectivos ainda essencialmente militares os artigos 3.º, 4.º e 5.º do Tratado.

O carácter intergovernamental da organização resulta da regra de unanimidade necessária à adopção das decisões.

5.8.2. Os limites à actuação da OTAN

Embora se entenda que a OTAN mantém as características e a natureza de uma aliança defensiva é importante referir que mesmo que fosse possível considerá-la uma organização regional, a OTAN teria de estar autorizada previamente pelo CS para que a intervenção no *Kosovo* pudesse ser considerada um acto conforme ao Direito Internacional.

A OTAN encarada como uma mera aliança defensiva devia ter obtido a autorização do CS, ao abrigo do capítulo VII, e não VIII, se bem que, como refere Bruno Simma, o artigo 53.º pudesse ser utilizado por analogia.

Para quem entenda que a OTAN é, hoje uma verdadeira organização regional, por força do seu actual carácter e das novas missões assumidas, a sua acção no *Kosovo* poderia ser descrita como um precedente para uma intervenção humanitária colectiva (e não unilateral), conduzida por uma organização regional. Mas, mesmo que fosse possível considerar que a OTAN estendeu o seu raio de acção para além das missões definidas pelo artigo 5.º do Tratado, e deixou a relativa liberdade de acção garantida pelo artigo 51.º ela não deixa de se encontrar totalmente submetida aos limites legais estabelecidos pelo Direito contido na CNU (artigo 103.º) e, nomeadamente ao princípio da proibição do uso da força, a não ser autorizada pelo CS.

A este propósito refere Adriano Moreira que a legitimidade regional da OTAN é da CNU que decorre, e a natureza defensiva da Aliança ainda não evoluiu suficientemente de conceito para se transformar numa organização defensiva de interesses seleccionados, nem poderá em qualquer caso caminhar no sentido de se proclamar com legitimidade autónoma e global (3: p. 28).

5.8.3. Responsabilidade da OTAN pela intervenção no *Kosovo*

Já analisámos com algum pormenor os argumentos que levam a concluir pela ilicitude da operação levada a cabo no *Kosovo*.

Basicamente entendemos que a violação da proibição do uso da força sem o recurso aos mecanismos institucionais previstos na CNU não encontra justificação aceitável à luz do actual Direito Internacional.

Os problemas surgem quando se pretende responder à questão concreta: quem responde?

A Convenção de Otava de 1951 reconhece à OTAN personalidade jurídica no seu artigo 4.º ⁽³⁷⁾. Não obstante a actuação no *Kosovo* só foi possível através da utilização dos meios e das forças dos seus Estados membros.

A chave do problema parece estar, portanto, e por semelhança aos casos analisados a propósito da ONU, no grau de controlo exercido pela organização relativamente às forças no terreno.

Parece-nos neste caso e por analogia com as intervenções autorizadas pelo CS, que a responsabilidade deverá recair sobre os Estados membros da OTAN.

Em primeiro lugar a regra da unanimidade exigida para a tomada de decisões significa que cada um dos Estados detinha um verdadeiro poder de impedir a intervenção. Naturalmente que aqui funcionam sempre as esferas de influência dos grandes sobre os pequenos, e que na prática estes países acabam por se submeter à vontade daqueles — veja-se o caso da Grécia — mas o poder que detêm não é meramente teórico. Um só Estado podia ter evitado a operação.

Por força desta exigência de unanimidade acaba necessariamente por existir uma identificação entre a vontade da OTAN e a vontade dos Estados membros. Estes não podem por isso alegar um compromisso menor ou mesmo terem sido “ultrapassados pelos acontecimentos”.

Mas o factor determinante está no controlo efectivamente exercido pelos Estados sobre os seus contingentes, e aí parece não haver muito lugar para dúvidas. Os Estados cedem a quase totalidade dos meios e das forças e durante a operação são eles que têm a “última palavra”, embora haja uma coordenação por parte da OTAN.

Por isto mesmo os factos internacionalmente ilícitos praticados no *Kosovo* devem ser imputados aos Estados membros que participaram na operação atrás descrita ⁽³⁸⁾.

BIBLIOGRAFIA

- [1] A. G. PEREIRA, F. QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Almedina, 1993.

⁽³⁷⁾ Confere-lhe igualmente capacidade de disposição e alienação dos seus bens móveis e imóveis, e legitimidade activa perante os tribunais.

⁽³⁸⁾ No entanto, como referia Olivier Corten numa conversa informal tida em Agosto do presente ano em Haia, convém-lhes alegar exactamente o contrário, i.e. que os factos podem e devem ser imputados à OTAN, “por motivos óbvios”...

- [2] ADRIANO MOREIRA, «O Direito de Intervenção», Comunicação proferida no colóquio *Intervenção e Direitos Humanos — Realidade ou Utopia?*, Associação dos Juristas Católicos, Universidade Católica, 19 de Janeiro de 2001.
- [3] — «O Kosovo e a legitimidade», *Ordem dos Advogados*, n.º 3, Mai/Jun 1999.
- [4] — *Teoria das Relações Internacionais*, 3.ª edição, Almedina, Novembro 1999.
- [5] ANDRÉ DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- [6] ANTÓNIO CASSESE, «*Ex inuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*», *European Law Journal*, Vol. 10, No. 1, 1999.
- [7] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., AAFDL, 1990.
- [8] ANTÓNIO MONTEIRO, «Nações Unidas: Desafios e Perspectivas da Intervenção Humanitária», Comunicação proferida no colóquio *Intervenção e Direitos Humanos — Realidade ou Utopia?*, Associação dos Juristas Católicos, Universidade Católica, 19 de Janeiro de 2001.
- [9] ARMANDO M. A. MARQUES GUEDES, *Responsabilidade Internacional*, Empresa Nacional da Publicidade, 1950.
- [10] BRUNO SIMMA, «NATO, The UN and the Use of Force: Legal Aspects», *Policy Roundtables*, United Nations Association of the U.S. in New York and Washington D.C., 11 and 12 March 1999.
- [11] CARLOS BLANCO DE MORAIS, ANTÓNIO DE ARAÚJO e ALEXANDRA LEITÃO, *O Direito da Defesa e das Forças Armadas*, Coordenação de Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes, Edições Cosmos, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, 2000.
- [12] CARLOS SANTOS PEREIRA, *Os novos muros da Europa. A expansão da NATO e as oportunidades perdidas do pós-guerra fria*, Edições Cotovia, Lisboa, 2001.
- [13] CELSO D. ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, 12.ª edição, RENOVAR, 2000.
- [14] DI BLASE, «Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LII, 2, 1974.
- [15] DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A nova ordem internacional», *Ordem dos Advogados*, n.º 3, Mai/Jun 1999.
- [16] EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997.
- [17] FRANCIS KOFI ABIEW, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Kluwer Law International, 1999.
- [18] FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, «O Princípio da Não Ingerência e o Direito Internacional Humanitário», *A Ingerência e o Direito Internacional*, XVI Jornadas IDN-CEDEN, Nação e Defesa, 1995.
- [19] GUSTAV RADBRUCH, «Cinco minutos de Filosofia do direito», *Filosofia do Direito*, 6.ª edição, Armênio Amado-Editor Sucessor, Coimbra, 1997.
- [20] HENRY KISSINGER, *Diplomacia*, Gradiva, Lisboa, 1996.
- [21] HUGO SOLANO CABRAL DE MONCADA, *Algumas Considerações Sobre o Conflito do Kosovo no Quadro da Desintegração da Jugoslávia*, Almedina, Janeiro 2001.
- [22] ISABEL RAIMUNDO, *Imperativo Humanitário e Não Ingerência — os novos desafios do direito internacional*, Lisboa, edição Cosmos, 1999.
- [23] JAMES CRAWFORD, «Revising the Draft Articles on State Responsibility», *European International Law Journal*, Vol. 10, No 2, 1999.
- [24] JAMES CRAWFORD, PIERRE BODEAU, JACQUELINE PEEL, «La Seconde Lecture du Projet D'Articles Sur La Responsabilité Des États de La Commission De Droit International — Evolutions ou bouleversement?», *Revue générale de Droit International Public*, tome 104, 4, 2000.
- [25] JOHN RAWLS, *A Lei dos Povos*, Quarteto editora, 2000.

- [26] JONATHAN, I. CHARNEY, «Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo», *American Journal Of International Law*, vol. 93, n.º 4, October 1999.
- [27] JORGE MIRANDA, «Nenhum mal justifica outro mal», *Ordem dos Advogados*, n.º 3/99, Mai/Jun 1999.
- [28] ——— *Direito Internacional Público I*, Lisboa, 1991.
- [29] JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, «Imputação de Condutas ao Estado e Responsabilidade Internacional», *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, XVI a XIX, 1990-1993.
- [30] ——— «Nota mais ou menos pessimista sobre o direito de intervenção humanitária», *Ordem dos Advogados*.
- [31] JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983.
- [32] JOSÉ GOMES CANOTILHO, «Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária», *A Ingerência e o Direito Internacional*, XVI Jornadas IDN-CEDEN, Nação e Defesa, 1995.
- [33] JOSÉ LAMEGO, «Discussão sobre os princípios jurídicos», *Revista Jurídica*, n.º 4, Outubro/Dezembro, Nova Série, 1985.
- [34] JOSÉ MANUEL PUREZA, *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Edições Afrontamento, 1998.
- [35] KOFI A. ANNAN, «Nós os povos, O papel das Nações Unidas no Século XXI», publicado pela ONU, *Departamento de Informação Pública*, Setembro 2000.
- [36] LOUIS HENKIN, «Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention — Kosovo and the Law of "Humanitarian Intervention"», *American Journal of International Law*, vol. 93, n.º 4, October 1999.
- [37] LUIGI CONDORELLI, «Imputation à l'État d'un Fait Internationalement Illicite», *Cours Générale de Droit International Public*, *Recueil des Cours*, Dordrecht, t. 189, n.º 6, 1984.
- [38] LUIZ CEZAR RAMOS PEREIRA, *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e as suas Consequências no Direito Internacional — A Saga da Responsabilidade Internacional do Estado*, Editora São Paulo, 2000.
- [39] MANUEL DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Las Organizaciones Internacionales*, Décima Edición, Tecnos.
- [40] MANUEL PEREZ GONZALEZ, «Les Organisations Internationales et le Droit de la Responsabilité», *Revue Générale de Droit International Public*, tome XCII, 1998.
- [41] MARIO BETTATI, *O Direito de Ingerência — Mutação da Ordem Internacional*, Instituto Piaget, 1996.
- [42] MARTHA BRENFORNS, MALENE MAXE PETERSEN, «The Legality of Unilateral Humanitarian Intervention — A Defense», *Nordic Journal of International Law*, 69, 2000.
- [43] MAURIZIO RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* Oxford, Clarendon Press, 1997.
- [44] MISHA GLENNY, «The fall of Yugoslavia», *Foreign Affairs*, Vol. 74, n.º 3.
- [45] N. Q. DINH, P. DAILLER, A. PELLET, *Direito Internacional Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- [46] NICHOLAS J. WHEELER, *Saving Strangers, Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press, 2000.
- [47] NIELS BLOKKER, «Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by Coalitions of the Able and Willing», *European International Law Journal*, Vol. 11, No 3, 2000.
- [48] NOAM CHOMSKY, *O Novo Humanismo Militar, Lições do Kosovo*, Campo das Letras, 2001.
- [49] NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES, *Direito de Ingerência Humanitária — O papel da ONU*, Relatório da Disciplina de Relações Internacionais, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995/1996.
- [50] OLIVIER CORTEN, FAŊÇOIS DUBUISSON, «L'Hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une "autorisation implicite" du Conseil de Sécurité», *Revue générale de Droit Internationale Public*, tome 104, 4, 2000.

- [51] OLIVIER CORTEN, P. KLEIN, *Droit d'Ingérence ou Obligation de reaction?*, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992.
- [52] OSCAR SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- [53] OVE BRING, «Should Nato take the lead in formulating a doctrine on humanitarian intervention?», *Nato Review*, n.º 3 Autumn 1999.
- [54] PAULO CANELAS DE CASTRO, «Da não intervenção à intervenção? — o movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da Comunidade Internacional», *A Ingerência e o Direito Internacional*, XVI Jornadas IDN-CEDEN, Nação e Defesa, 1995.
- [55] — em *Mutações e Constâncias da Neutralidade*, II vol., Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada na Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990.
- [56] PAULO MOURA, «Na Macedónia a História é uma Arma», *Público*, 27 de Abril de 2001.
- [57] PHILIPPE CAHIER, «La Responsabilité Internationale des États», *Changements et Continuité du Droit International Public: Cours Générale de Droit International Public*, *Recueil des Cours*, Dordrecht, t. 195, n.º 5, 1985.
- [58] PIERRE KLEIN, *La Responsabilité des Organisations Internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Editions Bruylant, Université de Bruxelles, 1998.
- [59] ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, tradução castelhana *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993.
- [60] ROSALYN HIGGINS, *Problems and process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- [61] RUTH WEDGWOOD, «NATO's Campaign in Yugoslavia», *American Journal Of International Law*, vol. 93, n.º 4, October 1999.
- [62] SAMUEL P. HUNTINGTON, *O Choque das Civilizações e a Mudança na Ordem Mundial*, Gra-diva, 1996.
- [63] SHABTAI ROSENNE, *General Course on Public International Law: The Perplexities of Modern International Law*, Curso de Verão de Direito Internacional Público na Academia de Haia de Direito Internacional, 23 de Julho a 10 de Agosto de 2001.
- [64] STANLEY HOFFMAN, *The Ethics and Politics on Humanitarian Intervention*, Notre Dame Press, 1996.
- [65] — *The Economist*, April the 3rd, 1999, «No place for them both».
- [66] THEODOR C. VAN BOVEN, «Os critérios de distinção dos direitos do homem», KAREL VASAK, *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, Manuais LTC, UNESCO, 1978.