

Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI

Márcio P. P. Garcia

Sumário

1. Abertura. 2. Introdução. 3. As Nações Unidas e a codificação do direito internacional. 3.1. Preliminar: a noção de código no plano internacional. 3.2. Antecedentes. 4. Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI). 4.1. Notícia histórica. 4.2. Organização e método de trabalho. 5. CDI e responsabilidade dos Estados. 5.1. Tentativas: García Amador (1956/62), Roberto Ago (1963/79), Willen Ripphagen (1980/86), Arangio-Ruiz (1987/96) e James Crawford (1998/2001). 5.2. “Projeto Crawford”. 6. Conclusão.

“In dream begins responsibility”.
W. B. Yeats (*Responsibilities*, 1914)

1. Abertura

Considerando tratar-se de “*liber amicorum*”, permito-me nota pessoal, que, na falta de título melhor, chamo de abertura.

Pela mão de Anna Maria, tive o privilégio de ingressar no mundo do direito internacional. E mais, de ter contato com a pesquisa e com o estudo. Mulher frontal, corajosa e independente. Exemplo de coerência, de verticalidade. Trata-se de alguém que venceu muitas das tentações que nos rondam, algumas mais veementes do que as de Hieronymus Bosch. Ela soube estar acima do gosto do dia. Seguiu sua carreira sem espalhafato. Semeou dúvidas, não colheu certezas. Essa a missão do verdadeiro mes-

tre. Dizia o que pensava, sem concessões, nem eufemismos. Era, em derradeira análise, amante da verdade à Newton (“Amicus Plato amicus Aristóteles magis amica veritas”).

2. Introdução

O incremento das relações entre os Estados, sobretudo no período pós-Segunda Guerra, demanda maior segurança jurídica nos relacionamentos interestatais. Conscientes da necessidade de se proporcionar estabilidade na condução da vida internacional, os redatores do tratado constitutivo da Organização das Nações Unidas (ONU) prescreveram a necessidade de se incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação [art. 13 (1-a)]. Para tanto, foi criado, no âmbito daquela organização, órgão com a missão de dar consequência ao disposto na Carta da ONU. Em 1949, passa a funcionar a Comissão de Direito Internacional (CDI) com essa finalidade.

Em seus cinquenta e cinco anos de existência, a Comissão produziu projetos de codificação para distintas áreas do direito das gentes. Com maior ou menor êxito, a síntese do trabalho da CDI é, até aqui, positiva. Ela, na pior das hipóteses, proporcionou debate sobre temas importantes do direito internacional deixando para o legislador futuro material a ser pesquisado. No cenário favorável, produziu minutas que, transformadas em tratados, foram fundamentais na busca da segurança jurídica almejada pelos autores da Carta de São Francisco. Direito dos tratados, imunidade e privilégios diplomáticos e consulares, direito do mar, entre outros, são temas que contaram com a contribuição fundamental do órgão.

O tema da responsabilidade internacional dos Estados esteve sempre presente na agenda da Comissão. Cuida-se de assunto difícil. Como ponderou Pierre-Marie Dupuy (1984, p. 21), a responsabilidade constitui o “epicentro” de um sistema jurídico: a natu-

reza dos direitos, a estrutura das obrigações, a definição das sanções por sua violação, tudo converge e se mistura nela em conexões lógicas e de estreita interdependência. Desse modo, parece razoável compreender a longa gestação que a matéria teve no âmbito da Comissão.

O presente trabalho visa analisar a produção da CDI nesse domínio. Principia por introduzir o tema da codificação do direito internacional no campo da responsabilidade internacional do Estado. Parte de estudo inicial do papel das Nações Unidas na conversão de normas consuetudinárias em tratados. Aborda, em seqüência, a atuação da Comissão de Direito Internacional com enfoque particular no seu método de trabalho. Mais adiante, cuida do assunto propriamente dito: a atuação da CDI na codificação da responsabilidade internacional do Estado. A análise vai centrada na leitura das participações dos diversos relatores indicados nos quase quarenta anos de debate da matéria na Comissão. A ênfase, no entanto, recai sobre os projetos de 1996 (inspirado na obra de Roberto Ago) e, sobretudo, na proposta final de James Crawford de 2001.

3. As Nações Unidas e a codificação do direito internacional

3.1. Preliminar: a noção de código no plano internacional

O tema da codificação não tem pertinência exclusiva com o direito interno dos Estados. O assunto relaciona-se, por igual, com o direito das gentes. Assim, parece correto iniciar o presente capítulo com tentativa de definição. Para tanto, invocamos descrição oferecida pelo Professor Marotta Rangel. Para ele, codificação “consiste na conversão, em um corpo sistemático de regras escritas, das normas vigentes com pertinência a determinada matéria ou determinada relação”. Arremata observando que “tais normas, ainda que em vigor, nem sempre são escritas como ocorre, *verbi gratia*, com as

de natureza consuetudinária” (RANGEL, 1999, p. 191).

Nessa ordem de idéias, a codificação consiste na tendência de reunir, em lei, matéria concernente a uma área do direito. Tal propósito tem por objetivo dar unidade de tratamento às relações jurídicas que dela advêm. Nesse ponto, cabe uma primeira advertência: no plano interno, a codificação consubstancia de maneira inovadora, numa só lei, parte considerável do direito. Diferencia-se, desse modo, tanto da compilação quanto da consolidação.

A compilação tem como pressuposto situação em que existe incerteza sobre as normas jurídicas efetivamente vigentes à vista de sua multiplicação desorganizada ou excessiva. Cabe, pois, ao compilador a tarefa de agrupar o material normativo existente. Depois, passa à etapa de seleção das normas jurídicas (revogadas, não eficazes etc.). Por fim, organiza o resultado obtido mediante ordenação de todo o material devidamente unificado poupando o investigador ou o aplicador do direito da consulta a fontes distintas. A compilação não reelabora as normas jurídicas. Os textos compilados são reproduzidos em seus termos originais. O objetivo é, tão-só, facilitar a consulta, a pesquisa e a aplicação das normas jurídicas.

Por sua vez, a consolidação vai adiante na medida em que cuida de reelaboração do material jurídico existente. A consolidação dá nova redação às normas e as unifica em um só corpo legislativo. O conteúdo do direito consolidado não é, de modo necessário, criador. Ao contrário da codificação, a consolidação não inova. Ela apenas agrega de maneira uniformizada. Isso se dá, de modo geral, em momento de exaustão legislativa.

Dessa forma, o código oferece, no direito doméstico, a idéia de coleção unitária, orgânica, sistemática, de disposições de caráter legislativo, relacionadas a determinado ramo do direito positivo (penal, civil, tributário, processual). De outro modo, o código

implica a regulação unitária de determinado setor da ordem jurídica, “a qual espelha a sua autonomia material, conferida pela especificidade das suas respostas aos problemas de ordenação social que deve resolver” (GOUVEIA, 1993, p. 7). Ele proporciona material legislativo novo. É animado por espírito criador. Apresenta-se como um sistema, é dizer, uma exposição de matérias jurídicas de um ponto de vista ordenado. Almeja conter o conjunto das normas jurídicas sobre determinada matéria (“Princípio da Totalidade”). A elaboração de obra global se depara com alternância de visões restritivas e ampliativas do problema¹.

Na perspectiva internacional, sobretudo na do direito internacional público, tal concepção não se aplica de modo necessário. Isso se depreende, por exemplo, do fato de inexistir, ainda hoje, código de direito das gentes. Entretanto, a idéia de codificação também se apresenta nesse ramo do direito mesmo que em patamar menos abrangente. Nesse domínio, a noção de código relaciona-se à formalização ? via texto escrito ? de normas consuetudinárias em conformidade com princípios comuns.

Tal situação é fácil de compreender à vista do caráter inorganizado da sociedade internacional nos dias de hoje. Assim, a regra geral propõe que a ordenação normativa no plano externo, quando intencional, será feita por meio de tratados, em que os sujeitos envolvidos ocupam a mesma posição jurídica. Com isso, parece razoável sugerir que a idéia de codificação internacional nada mais é do que uma atividade de compilação de normas consuetudinárias de acordo com critério cronológico ou temático. De outro lado, o crescente alargamento do domínio de campos temáticos internacionalmente regulados inviabiliza a realização de um código que contemple todas as suas normas.

Em resumo, pode-se dizer que a principal função da codificação no direito internacional é a conversão do direito costumeiro em direito convencional. Claro está, no

entanto, que, ao dar forma escrita ao direito consuetudinário, verificam-se, quase sempre, modificações e aperfeiçoamentos. A codificação tem sempre envolvido algum elemento de “*lege ferenda*”, ou seja, certa ampliação de princípios e normas vigentes para preencher lacunas no direito e adaptá-lo às novas situações.

3.2. *Antecedentes*

Desde cedo, os internacionalistas contam, entre suas preocupações, a codificação de normas do direito das gentes. O motivo parece evidente: segurança jurídica. No século XIX, a iniciativa coube, sobretudo, às instituições internacionais privadas [“*Institute de Droit International*”, “*International Law Association*” (ambos fundados em 1873) e “*Harvard Research in International Law*” (1927)]; contou, por igual, com atuação dos Estados [Congresso de Viena (1815), Conferências de Paz da Haia (1899 e 1907)]. Já o século XX teve como protagonistas mais destacados as organizações intergovernamentais de caráter universal. Para facilitar a leitura histórica, convém dividir o assunto em duas fases: antes e depois da criação da ONU.

Até o surgimento das Nações Unidas, as tentativas de codificação não lograram êxito. Ou melhor, os casos de fracasso são majoritários [ex.: Conferência da Haia (1930)]². Na esfera regional, a situação não é de todo diferente [ex.: Projeto Epitácio Pessoa de Código de Direito Internacional Público (1910)]³. Nos domínios do direito internacional privado, produziu-se, em 1928, o Código de Bustamante (437 artigos)⁴. Quem sabe aí situação isolada de sucesso. O quadro começa a mudar após o advento da Carta da ONU. A partir de 1945, o movimento codificador ganha novo impulso com a elaboração e entrada em vigor de grande parte das convenções internacionais que, no presente momento, regem a vida internacional.

A atividade codificadora da ONU é multiforme. Vários órgãos e agências contribuem, de tal ou qual modo, com o empreendi-

mento⁵. A atuação variada de diferentes entidades é sinal claro da complexidade das relações entre os Estados nos dias de agora. Assim, é importante ter em atenção que, dentro de sua área temática, diferentes órgãos e agências do Sistema têm capacidade para transpor o direito costumeiro para o direito escrito, inovando sempre que possível [ex.: Organização da Aviação Civil Internacional – OACI (direito aeronáutico); Organização Marítima Internacional – OMI (direito de navegação); Organização Internacional do Trabalho – OIT (direito do trabalho); Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (direito ambiental) etc.].

O tratado constitutivo da ONU, no entanto, é espartano ao cuidar do direito das gentes⁶. O artigo 13, que dispõe sobre as atribuições da Assembléia Geral, diz que ela deverá iniciar estudos e fazer recomendações com o objetivo de incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional, bem como sua codificação. Visando dar consequência ao dispositivo referido, a Assembléia Geral decide pelo estabelecimento de comitê⁷ que haveria de lançar luzes sobre a melhor maneira de desincumbir a função atribuída pela Carta. Tal comitê, composto de dezessete membros, propõe a criação de uma Comissão de Direito Internacional⁸.

4. *Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI)*

4.1. *Notícia histórica*

A idéia de criação de órgão permanente com o objetivo de codificar o direito internacional tem origem na Liga das Nações⁹. A proposta, no entanto, só vingou em 1947, já no âmbito da ONU. Naquele ano, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou resolução que instituiu a Comissão de Direito Internacional e sancionou seu estatuto¹⁰. Tal documento foi reação ao disposto no artigo 13 (1) da Carta. A primeira eleição dos mem-

bros se deu em 1948, e a sessão inaugural ocorreu no ano seguinte.

De acordo com seu estatuto, a CDI visa a promoção do desenvolvimento progressivo do direito internacional e de sua codificação. É o que dispõe, por igual, a Carta de São Francisco [art. 13 (1)]¹¹. Saber a exata distinção entre uma coisa (desenvolvimento progressivo) e outra (codificação), no entanto, nunca foi assunto isento de debate. Boa parte da doutrina vê na codificação simples transposição de normas de direito costumeiro para a forma escrita; e o desenvolvimento progressivo não se limitaria, segundo alguns, a acolher normas já existentes, iria além ao incluir disposições inovadoras.

O artigo 15 do Estatuto da Comissão oferece caminho, se não seguro, ao menos balizador do que se quis para seus trabalhos. O dispositivo assim prescreve: “Nos artigos que se seguem a expressão ‘desenvolvimento progressivo do Direito Internacional’ é empregada por comodidade, para visar os casos em que se impõe a necessidade de redigir convenções sobre matérias que não estejam ainda reguladas no Direito Internacional ou relativamente às quais o Direito não se ache ainda suficientemente desenvolvido pela prática dos Estados. Assim, também a expressão ‘codificação do direito internacional’ é empregada por comodidade para visar os casos em que se tenha de formular com maior precisão e de sistematizar as regras do direito internacional em domínios em que já exista uma prática estatal considerável dos precedentes e das opiniões doutrinárias”.

O dispositivo trata de distinção fundamental que proporcionou, ao longo dos anos, dúvidas e questionamentos por parte dos Estados em relação ao trabalho da CDI. De acordo com Gilberto Amado (1951, p. 337), a diferença entre codificação e desenvolvimento progressivo oferecida pelo Estatuto se revelou apropriada. Para ele “a importância dessa decisão de compromisso está em que, graças a ela, a Comissão de Direito Internacional pode trabalhar como um cor-

po científico, libertado da preocupação de transigir com o fim de obter acordo dos Estados em tudo que se relacione com o desenvolvimento do direito internacional e, ao mesmo tempo, poderá recomendar, como órgão codificador, as matérias e princípios cuja codificação ela julgue ‘necessária’ ou ‘desejável’”.

O Estatuto evitou diferenciar, de modo preciso, um e outro instituto. Até porque existe uma área de superposição. Como adverte Oscar Schachter (1997, p. 7), “... *codification involved a measure of progressive development. Inconsistencies in existing law often had to be dealt with and gaps filled*”. Ao que parece, o intento foi alcançado. O dispositivo, tal como elaborado, resiste ao tempo. A Comissão, por seu turno, tem realizado importante tarefa no cumprimento de suas funções.

4.2. Organização e método de trabalho

A Comissão se reúne, anualmente, em Genebra. Os trabalhos têm, na hora atual, duração de 12 semanas entre os meses de maio e agosto¹². Seus membros são eleitos pela Assembléia Geral para mandato de cinco anos, admitida a reeleição¹³. Inexiste vínculo de subordinação com o Estado de origem. Os componentes são escolhidos a título pessoal. Eles são, em geral, especialistas de reconhecida competência em direito internacional e, na sua maioria, professores universitários¹⁴.

Para cada tópico é designado relator especial. Ele deve apresentar relatório anual com estudo da matéria e oferecer minutas de artigos. A Comissão analisa os relatórios e os debate em sessões públicas. Após, ela transmite as minutas ao Comitê de Redação (entre 15 e 18 membros), que as examina e propõe redação final. O Comitê tem papel de relevo no trabalho final. Ele tenta resolver e reconciliar diferenças, bem como adotar postura mais pragmática. O trabalho deve ser claro, preciso, bem delimitado doutrinariamente, prático e realista. De outra forma, o produto final faria as delícias, tão-só, do meio acadêmico. Após, a proposta do

Comitê passa, uma vez mais, pelo debate plenário. O desfecho do encontro será, então, encaminhado à Assembléia Geral (Sexto Comitê), que poderá convocar conferência para a adoção de tratado sobre a matéria¹⁵.

Para a boa execução de suas atribuições, o órgão trabalha de modo próximo com: (i) governos, que, em geral, oferecem comentários às minutas produzidas e disponibilizam informações sobre o assunto em debate; (ii) Assembléia Geral (AG), que supervisiona o trabalho realizado mediante leitura e discussão de relatório anual enviado pela CDI; (iii) Sexto Comitê, que opera como facilitador dos trabalhos entre a AG e a CDI na medida em que proporciona visão mais pragmática dos temas em debate; e (iv) outros órgãos, integrantes [ex.: Conselho Econômico e Social (ECOSOC)] ou não do sistema das Nações Unidas [ex. Comissão Jurídica Interamericana].

Entre os brasileiros que passaram pela CDI, merece destaque Gilberto Amado. Ele foi eleito membro da Comissão na sua primeira formação, e sucessivamente reeleito. A indicação inicial de seu nome para integrar a CDI parte de outro grande internacionalista brasileiro: Raul Fernandes¹⁶. Na Comissão, Gilberto atinge, pelo talento, pelo estudo, pela cultura, pela dedicação ao trabalho, pelo pragmatismo de suas afirmações, o respeito de todos. Sua participação é decisiva para o rumo do novo órgão. Como lembrou o Embaixador Sette Câmara (1987, p. 21), “Gilberto Amado foi o primeiro profético inconformista com as tendências acadêmicas da Comissão. Desde o começo, ele compreendeu que a Comissão era um órgão subsidiário da Assembléia Geral, criado para prover perícia científica de maneira a servir aos interesses dos Estados no campo da codificação do Direito Internacional ...”.

Gilberto (AMADO, 1951, p. 338-339) traz objetividade para os trabalhos da Comissão. Pondera,

“Não me deixei embair pela suposição vã de que, porque os métodos diplomáticos faliram, forçoso seria

concluir que triunfariam os esforços dos homens de ciência. Ao meu espírito sempre foi evidente que a questão de método é sempre acessória ou suplementar em matéria de codificação internacional. O essencial não é o método: é o estado das relações entre as potências; não é o remédio a ser empregado; é a saúde da comunidade internacional; é a higidez do corpo coletivo”.

E arremata,

“... toda obra de codificação razoavelmente concebível e realizável há de inspirar-se nesta preocupação assaz precária? corresponder ao interesse, às aspirações possíveis dos Estados”.

Seria mais fácil desfraldar a bandeira da ciência pura. Esquecer a linguagem da vida. Assim proceder, no entanto, seria um desfavor ao trabalho da Comissão. O delírio utópico poderia ficar bem como doutrina, mas não ali. O retumbante fracasso de experiências anteriores o convencia disso. Sinal claro do acerto de suas observações é o fato de que toda proposta de convenção que saiu do prelo da Comissão com viés mais quimérico foi simplesmente ignorada pelos Estados.

Até aqui, treze assuntos apreciados pela Comissão deram origem a tratados internacionais. Merecem destaque os seguintes: Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) e Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Organizações Internacionais (1986)¹⁷.

5. CDI e responsabilidade dos Estados

5.1. *Tentativas: García Amador (1956/62), Roberto Ago (1963/79), Willen Ripphagen (1980/86), Arangio-Ruiz (1987/96) e James Crawford (1998/2001)*

Na primeira sessão da CDI, em 1949, seus membros escolheram tópicos dentro de

um programa de trabalho que estimaram oportunos para serem codificados¹⁸. Entre eles, figura a responsabilidade internacional do Estado. O assunto esteve sob os cuidados da Comissão desde o romper de suas atividades. Em 1954, a Assembléia Geral aprova resolução em que recomenda à Comissão a codificação de princípios de direito internacional referentes à matéria¹⁹. Dando conseqüência ao disposto na resolução, a Comissão decide iniciar os trabalhos sobre responsabilidade internacional e indica García Amador como relator do tópico²⁰.

No período compreendido entre 1956 e 1961, o jurista apresenta seis propostas para discussão. O debate centrou-se na responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou aos bens de estrangeiros. O enfoque era, pois, limitado. Em 1961, a Assembléia Geral recomenda à Comissão que continue seu trabalho sobre responsabilidade internacional do Estado²¹. Havia concordância dos membros da CDI que o assunto deveria merecer prioridade; entretanto, o mesmo não ocorria em relação à forma de abordá-lo. Inicia-se, assim, debate para saber a exata abrangência que o trabalho deveria ter. Muito se discutiu sobre o melhor modo de estudar a matéria e seus múltiplos desdobramentos. Criou-se, por fim, subcomissão com a finalidade de submeter relatório ao colegiado sobre a dimensão e a forma de abordagem que o futuro estudo deveria ter²².

A Comissão aprecia, em 1963, o relatório entregue pela subcomissão. Os membros concordam com as conclusões gerais do documento, que indica a necessidade de priorizar a definição das regras gerais sobre o tema e, ao fazê-lo, considerar o papel que a evolução do direito das gentes como um todo proporcionou ao assunto. O relatório desencoraja, de outro lado, o estudo por área temática. A visão deveria ser de conjunto. O documento propõe, ainda, que se evite tratar a matéria tendo em consideração outros sujeitos do direito internacional (ex.: organizações internacionais). Após a

aprovação do parecer, os membros elegem Roberto Ago como novo relator especial para o tópico.

Sucessivas resoluções da Assembléia Geral instam à CDI que dê continuidade aos seus esforços²³ e que se empenhe no sentido de começar trabalho substantivo (“make every effort to begin substantive work”²⁴). Ago (1969, p. 125-126) submete seu primeiro relatório em 1969²⁵. O documento contém síntese do trabalho até então realizado sobre responsabilidade internacional. Cuidase de estudo necessário para prosseguir com o ideal de codificação do assunto. O professor milanês percorre o que foi produzido por diferentes órgãos e entidades com ênfase nos trabalhos da subcomissão por ele presidida. A Comissão, após estudar o trabalho, solicita ao relator o estudo do assunto sob dupla perspectiva: (i) considerar a origem da responsabilidade internacional (quais fatos e circunstâncias dão margem à configuração de um ato ilícito em conformidade com o direito internacional) e (ii) examinar o conteúdo de tal responsabilidade (como determinar as conseqüências e estabelecer os graus de responsabilidade à vista do direito das gentes). Após, poder-se-ia avançar para uma terceira fase: a implementação.

O relator apresenta material novo em 1970. O texto, denominado ‘*As origens da responsabilidade internacional*’, foi importante no sentido de proporcionar conclusões sobre o método, a substância e a terminologia essencial para a continuação do trabalho. Pela ótica do relator, o assunto seria abordado considerando, tão-só, a prática de ato ilícito.

Ele ofereceu, ainda, a estrutura tópica que o projeto passaria a ter (*1ª Parte*: origem da responsabilidade internacional; *2ª Parte*: conteúdos, formas e graus da responsabilidade internacional; e *3ª Parte*: aplicação das regras sobre responsabilidade internacional e resoluções de controvérsias). A Comissão, na linha do relator, enfatiza que a expressão “responsabilidade do Estado” deveria ser entendida como “responsabilidade dos

Estados pela prática de ato ilícito internacional” (“responsibility of States for internationally wrongful acts”). Só mais tarde (1978) a responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional entra no programa da CDI (SOARES, 2003, p. 730).

Ago apresenta, no total, oito relatórios no período de 1963/79²⁶. Em que pese a demanda da Assembléia Geral, que chegou a solicitar prioridade (“high priority”²⁷) para o trabalho, o assunto ainda não estava pronto para ser codificado. Alguns avanços, no entanto, foram verificados, sobretudo a partir do empenho do mestre italiano. A definição por ele alvitrada, por exemplo, sobreviveu a diferentes propostas: “Todo ato internacionalmente ilícito praticado por um Estado dá ensejo à responsabilidade internacional deste” (“Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”). A definição prescinde do elemento dano, do mesmo modo que Anzilotti havia excluído o elemento culpa.

Em 1979, Roberto Ago passa a ocupar cadeira no principal órgão judiciário das Nações Unidas; lá permanece até o ano de sua morte (1995). Com a saída de Ago, os membros da CDI indicam Willem Riphagen como relator. Ele avança em alguns pontos, cuida de outros ainda não abordados (“*restitutio in integrum stricto sensu*”; reparação “*ex nunc*”, “*ex tunc*” e “*ex ante*”). Em resumo, Riphagen apresenta sete relatórios²⁸. As minutas até então propostas de dispositivos recebem, no período de 1980/83, comentários e sugestões de governos. Com base no material oferecido, Riphagen produz os cinco primeiros artigos da segunda parte do projeto. Em 1987, a CDI designa Gaetano Arangio-Ruiz em substituição a Willen Riphagen, cujo mandato expirara. O novo relator dá continuidade ao trabalho e propõe minutas para os artigos subseqüentes da segunda parte.

Riphagen e Arangio-Ruiz concluem as partes dois e três do projeto que tratam, respectivamente, dos “conteúdos, formas e

graus da responsabilidade internacional” e da “solução de controvérsias”. Eles, respeitados os estilos pessoais, confirmam o modo de pensar de Ago. O projeto é, por fim, aprovado em primeira leitura no ano de 1996. Após, ele foi submetido aos governos e à Assembléia Geral para comentários. O texto final, no entanto, não obteve o conforto da unanimidade na Comissão. Ele foi fonte de controvérsias entre os membros do órgão, bem assim de reações desfavoráveis de diferentes governos.

O desfecho não é de todo estranho, suficiente recordar que a obra teve início ainda nos anos sessenta. A longa gestação reflete, de tal ou qual modo, a complexidade do assunto, a forma de trabalho da Comissão (três meses por ano), bem como as alterações observadas na composição do órgão. O projeto sofreu, ao longo dos anos, reparos tanto do ponto de vista técnico [p. ex.: Parte Três (solução obrigatória de controvérsias)] quanto “ideológico” (distintas visões do direito e das relações internacionais em um contexto de fim da Guerra Fria). Alguns governos indicaram que o projeto avançou muito em termos de desenvolvimento progressivo: ausência de dano no conceito de responsabilidade, relevância do conceito de crime de Estado (artigo 19). Esse o quadro que encontra James Crawford, professor da Universidade de Cambridge, quando assume a relatoria do projeto em 1998.

5.2. “Projeto Crawford”

Crawford assume a condição de relator com a responsabilidade de conduzir a segunda leitura do projeto. O trabalho deveria enfrentar os problemas indicados no texto de 1996, incorporando, sempre que possível, os comentários oferecidos, bem assim a jurisprudência mais recente da Corte Internacional de Justiça [p.ex.: “Projeto Gabčíkovo-Nagymaros”, 1997 (Eslováquia vs. Hungria); Caso “Irmãos La Grand”, 1998 (Alemanha vs. EUA)]. O primeiro informe do novo relator faz apanhado das questões mais controvertidas para a doutrina e para

os Estados. O texto reordena os artigos iniciais com redação melhorada. Crawford, entretanto, concentra o melhor de suas energias no conceito de crime de Estado do polêmico artigo 19, que era essencial na concepção original do projeto.

O controverso artigo fazia a distinção entre crimes e delitos (“torts”) internacionais. O parágrafo segundo definia como tipo especial de fato internacionalmente ilícito aquele resultante da violação por um Estado de uma obrigação tão essencial para a salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional que sua violação é reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto [art. 19 (2) “An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime”]. O dispositivo polarizou opiniões²⁹.

Os detratores passam a indicar que o artigo é desenvolvimento progressivo puro (ROSENSTOCK, 1997, p. 265-285). Argumentam que o suposto caráter punitivo violaria o princípio “imposibile est quod societas delinquat”. Concluem observando que a penalização de certas condutas só é possível no âmbito de um sistema judicial com garantias processuais, defesa e provas. Do outro lado, colocam-se os defensores da proposta original. Ponderam que a distinção é importante e responde a necessidade indiscutível. Alain Pellet (1999, p. 425-434), por exemplo, destaca que não se pode comparar um crime como o genocídio com uma violação ordinária de obrigação derivada de tratado comercial. Este afeta tão-só os Estados partes, enquanto o genocídio ameaça a sociedade internacional em seu conjunto.

Apesar da posição francamente favorável ao conceito de crime de Estado, Pellet revela-se flexível quanto à terminologia utilizada. Ela faz acudir aos espíritos mais sen-

síveis reminiscências penalistas apropriadas ao direito interno. O mestre francês lembra, por fim, frase cunhada por Kelsen (1953, p. 87): “a responsabilidade internacional não é nem civil nem penal, é simplesmente internacional”. Crawford, por seu turno, adota, à maneira de Gilberto Amado, postura pragmática. Para ele, a manutenção do referido artigo poderia comprometer o projeto em seu conjunto. Com isso, propõe a eliminação do dispositivo, bem assim da distinção entre obrigação de conduta e obrigação de resultado (respectivamente, artigos 20 e 21 do antigo projeto). Outro item relevante na proposta de Crawford foi considerar a regra do esgotamento dos recursos internos unicamente como requisito para a admissibilidade da reclamação [artigo 44 (b)].

Por fim, ele sugere a supressão da Parte III do projeto de 1996, que cuida da solução de controvérsias. Argumenta, entre outras coisas, que os dispositivos, tal como redigidos, colocavam tão-só na mão do Estado autor do ilícito a possibilidade de desencadear o procedimento vinculante de solução de controvérsias. A idéia da eliminação da Parte III fazia eco à censura de numerosos Estados. Eliminava-se, desse modo, um dos elementos mais avançados do projeto de 1996.

As mudanças sugeridas têm forte influência do modo anglo-saxão de pensar o Direito. Nesse sentido, as discussões na CDI foram marcadas pela disputa entre membros oriundos da família romano-germânica do Direito e da família do “common law”. Em 2000, Crawford apresenta seu terceiro informe já com a nova estrutura. O texto foi discutido na CDI e remetido ao Comitê de redação. Mesmo não tendo sido aprovado pela Comissão, a proposta foi tornada pública com o objetivo de proporcionar mais uma oportunidade para apresentação de comentário por parte dos governos. O relator apresenta seu trabalho final em 26 de julho de 2001. A Assembléia Geral, após discussão dos governos no Sexto Comitê,

adota o projeto mediante a Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001. A mencionada resolução, entretanto, não acarreta aprovação do projeto. Ela inclui novo período de sessões para outra rodada de debates sobre o texto.

6. Conclusão

Em um cenário de convivência entre Estados ainda inorganizado, a existência de normas escritas a vincular boa parte dos membros dessa comunidade apresenta-se fundamental. Parece fora de dúvida a importância do trabalho de transposição de preceitos consuetudinários do direito das gentes para regra escrita. A crescente “juridicização” do relacionamento externo³⁰, ou, como pondera Celso Lafer (1998, p. 279-280), o adensamento de juridicidade (“thickening of legality”) das relações internacionais é claro sinal de demanda por segurança e maior precisão jurídica nesse relacionamento.

O tema da responsabilidade internacional do Estado insere-se nesse quadro. Ele ganha em dimensão, já que reside aí o cerne do ordenamento. De outro modo, ele cuida das conseqüências jurídicas de uma violação à disposição do sistema de que se trata. Em resumo, dá conseqüência à eventual afronta ao ordenamento jurídico internacional. Por isso, o assunto é extremamente vasto e complexo, como nos lembra Guido Soares (2003, p. 735). A amplitude e a dificuldade do tema respondem, de algum modo, pela longa jornada da CDI no apreciar a matéria.

O produto final da Comissão, “Projeto Crawford” (2001), resume bem as dificuldades técnicas, “ideológicas” e pragmáticas para se chegar a documento palatável à maioria dos membros do órgão. Alcançar unanimidade em relação ao tema é pedir o impossível. Crawford assume o controle do projeto tendo por base o texto de 1996. Propõe reviravolta na obra ao afastar a noção de crime praticado por Estado, bem assim

ao excluir o sistema de solução de controvérsias proposto. Sua atuação pauta-se por grande pragmatismo. O espírito de Gilberto Amado, por certo, rondou a cabeça do professor de Cambridge. Ele levou em conta de modo superlativo os comentários de governos ao projeto para chegar à proposta de 2001.

Ocorre, no entanto, que, mesmo tendo em mente eventuais restrições de tal ou qual governo, a proposta ainda suscita debate. A discussão está sobretudo na retirada de itens considerados fundamentais para determinados governos. Em resumo, as alterações propostas por Crawford em nome do pragmatismo redundaram em novas dúvidas e em crítica pela retirada de pontos importantes à matéria. Claro está que não se deve atribuir, tão-só, ao relator o ônus por eventual fracasso ou o bônus pelo sucesso do empreendimento. Cuida-se de obra coletiva que deve atender aos anseios médios da doutrina e dos Estados. Nesse sentido, o problema parece residir, mais do que nunca, no ajuste fino entre as duas posições. Agradar a ambas tem-se revelado impossível. O tempo até aqui transcorrido dá notícia da dificuldade de se harmonizar o que se pode ter com o que se gostaria de ter.

O trabalho de Crawford parece fadado a entrar no rol daqueles que figuram hoje como objeto de pesquisa. Não se deve atribuir a ele toda a responsabilidade pelo provável desfecho do empenho codificador, o assunto é que não proporciona o conforto da unanimidade. Isso não é privilégio desse tema; ocorre que, em seus domínios, é mais difícil se alcançar o meio termo entre o desejado e o realizado. Corre-se o risco de ficar nos extremos: poesia pura e realismo puro. No campo pragmático, é inspirador o pensamento de Gilberto Amado, para quem o trabalho de codificação deve corresponder às aspirações possíveis do Estado. Entre os sonhadores, pode-se invocar o pensamento de Philip Allott (1988, p. 24), para quem é “dever dos internacionalistas, mesmos aqueles empregados por governos, con-

siderar não apenas o que é de interesse desse ou daquele Estado, mas o que é de interesse da sociedade internacional”.

Tal disputa tem-se resolvido, ao menos na CDI, em prol dos pragmáticos. Suficiente estudo das matérias que até aqui foram codificadas e daquelas que não o foram. As Nações Unidas voltarão a debater o assunto com base no “Projeto Crawford”. Não será surpresa ver nova recomendação da Assembléia à CDI no sentido de aprimorar o assunto. Não é necessariamente mau que assim seja. Cuida-se de claro reflexo da sociedade internacional dos dias de hoje. De outro lado, o trabalho até aqui realizado não foi em vão. Proporcionou amadurecimento tanto da doutrina quanto da prática dos Estados. Quem sabe em futuro próximo o tema não seja contemplado com convenção que considere ao menos os princípios gerais da matéria. Isso já seria um avanço em direção a algo mais consistente.

Notas

¹ Para maiores desdobramentos, Cf. ANDRADE, Fábio S. de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

² Dos assuntos tratados na Conferência (nacionalidade, águas territoriais e responsabilidade dos Estados por danos causados em seu território ao estrangeiro ou à sua propriedade), somente nacionalidade logrou chegar a proposta concreta.

³ OS PROJETOS de códigos de direito público e privado internacional mandados elaborar pelo governo do Brasil. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *A codificação americana do direito internacional*. Rio de Janeiro, 1927. v. 3. Para breve comentário ao trabalho, Cf. SCOTT, James B. The gradual and progressive codification of international law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 21, 1927, p. 417 et seq.

⁴ Incorporado ao direito brasileiro mediante o Decreto Presidencial nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

⁵ Cf., entre outros, JOYNER, Christopher (Ed.). *The United Nations and international law*. Cambridge: University Press, 1997.

⁶ Sobre o tema, Cf. SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. As Nações Unidas e o direito internacional. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 494, p. 3-20, maio 1996.

⁷ Resolução da Assembléia Geral nº94 (I), de 11 de dezembro de 1946.

⁸ Entre os membros do grupo, encontrava-se o diplomata brasileiro Gilberto Amado. Na oportunidade, ele fora assessorado pelo então Secretário Ramiro Saraiva Guerreiro. Sobre esse período, Cf. saborosos comentários em: GUERREIRO, R. S. *Lembranças de um empregado do Itamaraty*. São Paulo: Siciliano, 1992. p. 50-63.

⁹ Cf. Resolução da Assembléia da Liga de 22 de setembro de 1924 mediante a qual se cogitou da criação de órgão denominado Comitê de Especialistas para a Codificação Progressiva do Direito Internacional (Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law).

¹⁰ Resolução nº 174 (II), de 21 de novembro de 1947.

¹¹ No mesmo sentido, o artigo 104 do tratado constitutivo da Organização dos Estados Americanos – OEA, que trata da Comissão Jurídica Interamericana.

¹² Resolução da Assembléia Geral nº3315 (XXIX), de 14 de dezembro de 1974.

¹³ Desde 1981, a Comissão conta com 34 membros. De início, ela tinha 15 membros. Em 1951, passa para 21. Vinte e cinco membros é a composição no período de 1961 até 1980.

¹⁴ Os seguintes brasileiros atuaram na Comissão: Gilberto Amado (1948/69); Embaixador Sette Câmara (1970/78); Embaixador Calero Rodrigues (1982/97) e, desde 1998, o Embaixador Baena Soares.

¹⁵ Notícia atualizada sobre a Comissão de Direito Internacional é encontrada no seguinte endereço eletrônico: www.un.org/law/ilc/ilcintro.htm.

¹⁶ Cf. artigo de AMADO, Gilberto. Raul Fernandes: traços para um estudo. In: RAUL Fernandes: nonagésimo aniversário. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958. v. 2.

¹⁷ Para análise de temas mais recentes, Cf. texto do Embaixador RODRIGUES, Calero. O trabalho de codificação do direito internacional nas Nações Unidas. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 101-103, p. 23-30, jan./jun. 1996.

¹⁸ Para relação completa dos temas, Cf. UNITED NATIONS. *The work of the International Law Commission*. 5th ed. New York, 1996. p. 9-11.

¹⁹ Resolução nº 799 (VIII), de 07 de dezembro de 1953.

²⁰ Ele ofereceu curso monográfico sobre o assunto na Academia da Haia. AMADOR, Garcia. State responsibility, some new problems. *Recueil de Cours*, Leyde, Holanda, n. 94, p. 370, 1958.

²¹ Resolução 1686 (XVI), de 18 de dezembro de 1961.

²² Integrava o grupo: Roberto Ago, Herbert Briggs, André Gros, Eduardo Jiménez de Arécha-

ga, Manfred Lachs, Antonio de Luna, Angel Modesto Paredes, Senjin Tsuruoka, Gregory Tunkin e Mustafa Yasseen.

²³ Resoluções 1902 (XVIII), de 18 de novembro de 1963; e 2272 (XXII), de 1^a de dezembro de 1967, entre outras.

²⁴ Resolução 2400 (XXIII), de 11 de dezembro de 1968.

²⁵ Cf. Yearbooks of the International Law Commission (1969, v. 2, p. 125-126).

²⁶ Cf. Yearbooks... (1970, v. 2, p. 177-198; 1971, v. 2; 1972, v.2, p. 71; 1976, v.2; 1977, v.2; 1978, v.2; 1979, v.2).

²⁷ Resoluções 31/97, de 15 de dezembro de 1975, e 32/151, de 19 de dezembro de 1977.

²⁸ Cf. Yearbooks... (1980, v.2; 1981, v.2; 1982, v.2; 1983, v.2; 1984, v.2; 1985, v.2; 1986, v.2).

²⁹ Para maiores considerações, Cf. GALINDO, George R. B. O crime compensa? Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no direito internacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 201-227, jul./set. 2000.

³⁰ Carl Schmitt, por exemplo, faz menção à "juridificação" das relações internacionais. SCHMITT, Carl. *El imperialismo moderno en el derecho internacional público* (1932). In: AGUILAR, Héctor Orestes (Comp.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura, 2001. p. 111.

Bibliografia

ABI-SAAB, Georges. The uses of article 19. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999. Disponível em: < http://www3.oup.co.uk/ejilaw/hdb/Volume_10/Issue_02/pdf/100339.pdf>. Acesso em: [2003?].

AGO, Roberto. Les délit international. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 68, n. 2, p. 419-550, 1939.

ALLOTT, Philip. State responsibility and the unmaking of international law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 29, n. 1, 1988.

AMADO, Gilberto. O direito internacional e as nações unidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 134, p. 335-357, mar./abr. 1951.

BRIERLY, James L. The codification of international law. In: LAUTERPACHT, Hersch; WALDOCK, C. H. M. (Ed.). *The basis of obligation in international law and other papers by the late James Leslie Briery*. Oxford: Clarendon, 1959. p. 318-347.

CÂMARA FILHO, José Sette. Palavras do Embaixador José Sette Câmara Filho. In: GILBERTO Amado: centenário. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1987. cap. 2. p. 11-29.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: University Press, 2002.

_____; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's articles on responsibility of States for internationally wrongful acts: completion of the second reading. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 12, n. 5, p. 936-991, Dec. 2001. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/art2.html>>. Acesso em: [2003?].

DUPUY, P. M. Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 188, n. 5, p. 9-134, 1984.

GARCIA, Márcio P. P. Gilberto Amado, o jurista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, p. 77-88, jul./set. 2000.

GOUVEIA, Jorge B. *Textos fundamentais de direito internacional*. Lisboa: Aequitas, 1993.

KELSEN, Hans. Theorie du droit international public. *Recueil des Cours*, Leiden, Holanda, v. 84, n. 3, 1984.

LAFER, Celso. The world trade organization dispute settlement system. In: GILBERTO Amado memorial lectures=CONFERENCES comemoratives: Gilberto Amado. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

LAUTERPACHT RESEARCH CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW. *State Responsibility Project*. Disponível em: <<http://www.law.cam.ac.uk/rcil/ILCSR/Statresp.htm>>. Acesso em: [2003?].

MELLO, Celso A. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PELLET, Alain. Can State commit a crime? Definitely, yes! *European Journal of International Law*, Firenze, v. 10, n. 2, p. 425-434, 1999. Disponível em: < http://www3.oup.co.uk/ejilaw/hdb/Volume_10/Issue_02/pdf/100425.pdf >. Acesso em: [2003?].

PEREIRA, Luis C. R. *Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no direito internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado*. São Paulo: LTr, 2000.

RANGEL, Vicente Marotta. Codificação do direito espacial. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, v. 4, n. 7, p. 191-201, out. 1999.

ROSENSTOCK, Robert. An international criminal responsibility of States? In: UNITED NATIONS. International Law Commission. *International Law on the eve of the twenty first century: views from the*

International Law Commission. New York: United Nations, 1997. p. 265-285.

SCHACHTER, Oscar. The UN legal order: an overview. In: JOYNER, (Ed.). *The United Nations and international law*. Cambridge: University Press, 1997.

SEMINÁRIO O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DA CRIAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995, Brasília. *O Desenvolvimento do Direito Internacional a partir da criação das Nações Unidas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 71 p.

SOARES, Guido. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

_____. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

UNITED NATIONS COLLOQUIUM ON PROGRESSIVE DEVELOPMENT AND CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW, 1997, New York. *Proceedings...* New York: United Nations, 1998. 451 P.

WEIL, Prosper (Org.). *Responsabilité internationale*. Paris: Pedone, 1987.

YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. New York: United Nations, 1969-1986. v. 2.

