

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

INDRA ROJAS SOLANO

**RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NO SISTEMA**  
**INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Porto Alegre

2007

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Indra Rojas Solano

**RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NO SISTEMA**  
**INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia Lima Marques

Porto Alegre

2007

## AGRADECIMENTOS

À Universidade Rio Grande do Sul, pelo enriquecimento adquirido com sua excelência no ensino. Ao programa de Pós-graduação e seus funcionários, pelo acolhimento.

À Professora Dra. Cláudia Lima Marques, pela orientação ao presente trabalho, pela confiança e inúmeras oportunidades brindadas no programa de Pós-graduação desta casa.

Ao Professor Dr. Augusto Jaeger Junior pela sua disponibilidade, pela oportunidade de ministrar aulas e pelas grandes contribuições brindadas para conclusão deste trabalho.

Ao Professor Dr. William Smith Kaku pela importante contribuição na banca de qualificação.

À Professora Dra. Martha Lucía Olivar Jiménez pela sua amizade e apoio no meu cursar da Pós-graduação.

Aos meus pais, Mario e María, e a minha irmã, Xiomara, os quais, apesar da distância, sempre me apoiaram e deram força para continuar.

A família Souza da Motta, pelo seu recebimento e confiança.

Aos amigos,

Marta Cristina, pela sua amizade e apoio que simplificaram os momentos mais difíceis no início da jornada.

Guilherme, pelas alegrias, carinho, confiança e lealdade brindados tanto no campo acadêmico, como pessoal.

Marilia, por tantos conselhos, lembranças, risos e em especial pela grande dedicação brindada para a culminação do presente trabalho.

Silvio e Rodrigo, sem sua amizade não tivesse sido tão enriquecedora a experiência adquirida neste país.

Em geral ao Brasil, por receber-me com tantas oportunidades, por ajudar-me a consolidar meus estudos, amigos inesquecíveis e minha família.

Ao João Pedro,  
Pela nossa cumplicidade

“Os Direitos valem, ao final de contas,  
o que custa infringi-los<sup>1</sup>”  
(Ignácio Borrajo)

---

<sup>1</sup> BORRAJO INIESTA, Ignacio. Indemnización Constitucional: a Propósito de la Sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 103, jan, 1984, p. 224.

## RESUMO

Analisa a figura jurídica da Responsabilidade Internacional Estatal por violações aos direitos humanos, na teoria e na prática, com ênfase no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, relata a evolução histórica do conceito de responsabilidade internacional e sua interação atual com os direitos humanos, assim como os elementos característicos, natureza jurídica e exceções destas possíveis violações por parte dos órgãos ou funcionários do Estado ao qual pertence à suposta vítima, seja nacional ou estrangeiro. Alega que no sistema Interamericano, existe uma desigualdade de legislações e falta de conscientização por parte dos Estados da importância que tem o respeito ao sistema regional de proteção dos direitos humanos ao qual voluntariamente se têm submetido.

### PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade Internacional, Estado, violações, direitos humanos, Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Sistema Interamericano, Convenção Americana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

It analyses the legal figure of the State International Responsibility for violations to the human rights, in the theory and in practice, with emphasis in the Inter-American System of Human Rights. In such a way, it tells the historical evolution of the concept of international responsibility and its current interaction with the human rights. Also, the characteristic elements, legal nature and exceptions for possible violations of the institutions or employees of the State with belongs the supposed victim, either national or foreign. It claims that in Inter-American system an inequality of legislations exist, also, and awareness of the States about the importance that must be the respect to the regional system of protection of the human rights, with voluntarily has been submitted.

### **KEY WORDS:**

International Responsibility, State, violations to the human rights, The State International Responsibility Article Project, Inter-American Commission Human Rights, Inter-American System, American Convention of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

## SUMÁRIO GERAL

RESUMO.....	05
ABSTRACT .....	06
LISTA DE ABREVIATURAS .....	10
LISTA DE CASOS.....	11
INTRODUÇÃO .....	13
<b>1 VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL POR ATOS ILÍCITOS .....</b>	<b>18</b>
<b>1.1 HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2 TEORIA GERAL: FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE.....</b>	<b>48</b>
<b>1.3 FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL.....</b>	<b>76</b>
<b>2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>107</b>
<b>2.1 INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>107</b>
<b>2.2 ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....</b>	<b>124</b>
<b>2.3 ATENUANTES E A EXCLUSÃO DA ILICITUDE APLICADA ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>141</b>
<b>3 REPRESSÃO PERANTE O FATO ILÍCITO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>171</b>
<b>3.1 SANÇÕES CONTRA O ESTADO INFRATOR.....</b>	<b>171</b>
<b>3.2 CONSEQÜÊNCIAS DA IRRESPONSABILIDADE.....</b>	<b>193</b>
<b>3.3 REPARAÇÃO DO DANO PERANTE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>215</b>
CONCLUSÕES.....	245
REFERÊNCIAS .....	248
OBRAS CONSULTADAS.....	260

## SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT .....	06
LISTA DE ABREVIATURAS .....	10
LISTA DE CASOS.....	11
INTRODUÇÃO .....	13
<b>1 VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL POR ATOS ILÍCITOS .....</b>	<b>18</b>
<b>1.1 HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL .....</b>	<b>18</b>
1.1.1 Da Civilização Egípcia Até O Século Xx .....	18
1.1.2 Nas Américas: do Constitucionalismo até as doutrinas Drago e Calvo .....	32
1.1.3 Trabalhos De Codificação Da C.D.I (Comissão De Direito Internacional) E Suas Fases.....	42
<b>1.2 TEORIA GERAL: FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE.....</b>	<b>48</b>
1.2.1 Definição Da Responsabilidade Internacional.....	48
1.2.2 Características Da Responsabilidade Internacional .....	65
1.2.3 Natureza Jurídica .....	70
<b>1.3 FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL.....</b>	<b>76</b>
1.3.1 Ato Ilícito: Elemento Subjetivo (Atribuição A Um Estado) .....	78
1.3.2 Atos Realizados Pelos Órgãos Do Estado E Os Particulares.....	85
1.3.3 Elemento Objetivo: Nexo Causal E Resultado Lesivo: Dano .....	103
<b>2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>107</b>
<b>2.1 INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>107</b>
2.1.1 Normas De Proteção Internacional Dos Direitos Humanos Aplicáveis Ao Direito Interno .....	108
2.1.2 Efeitos Das Sentenças Da Corte Interamericana No Direito Interno .....	115
<b>2.2 ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO.....</b>	<b>124</b>
2.2.1 Recursos Internos E Proteção Diplomática.....	125
2.2.2 Regra Do Esgotamento De Recursos Internos Dentro Dos Direitos Humanos.....	129
2.2.3 Formulação Da Exceção Preliminar .....	131
2.2.4 Exceções Ao Esgotamento Dos Recursos Internos .....	136

<b>2.3 ATENUANTES E A EXCLUSÃO DA ILICITUDE APLICADA ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>141</b>
2.3.1 Consentimento .....	144
2.3.2 Contramedidas Derivadas De Atos Ilícitos .....	146
2.3.3 Legítima Defesa .....	157
2.3.4 Força Maior .....	160
2.3.5 Perigo Extremo .....	164
2.3.6 Estado De Necessidade .....	165

<b>3 REPRESSÃO PERANTE O FATO ILÍCITO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>171</b>
<b>3.1 SANÇÕES CONTRA O ESTADO INFRATOR.....</b>	<b>171</b>
3.1.1 Regime Das Sanções Unilaterais .....	174
3.1.2 Sanções Coletivas.....	186
<b>3.2 CONSEQÜÊNCIAS DA IRRESPONSABILIDADE .....</b>	<b>193</b>
3.2.1 Artigo 63.1 Do Pacto São José Da Costa Rica.....	195
3.2.2 Restituição Jurídica.....	207
<b>3.3 REPARAÇÃO DO DANO PERANTE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>215</b>
3.3.1 Restituição Perante O Dano Material.....	216
3.3.2 Reparação Por Conceito De Dano Imaterial.....	222
3.3.3 Cálculo Da Indenização À Luz Da Jurisprudência Da Corte Interamericana.....	225

<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>245</b>
------------------------	------------

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>248</b>
--------------------------	------------

<b>OBRAS CONSULTADAS.....</b>	<b>260</b>
-------------------------------	------------

## LISTA DE ABREVIATURAS

Antes da Era Comum.....	AEC
Comissão de Direito Internacional .....	C.D.I.
Conselho de Segurança das Nações Unidas .....	C.S.N.U
Convenção Americana de Direitos Humanos.....	CADH
Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos .....	CEDH
Corte Internacional de Justiça .....	C.I.J.
Corte Permanente de Justiça Internacional.....	C.P.J.I.
Declaração Universal de Direitos Humanos.....	DUDH
Depois da Era Comum.....	DEC
Tribunal Europeu de Direitos Humanos .....	T.E.D.H
Tribunal Penal Internacional .....	T.P.I
<i>Verbi Gratia</i> .....	v.g.

## LISTA DE CASOS

Caso <i>Almonacid Arellano e outros</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2006.
Caso <i>Atividades Militares e Paramilitares contra Nicarágua</i> . Corte Internacional de Justiça. .....	1986.
Caso <i>Aloeboetoe</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1993.
Caso <i>Bámaca Velásquez</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2002.
Caso <i>Barrios Altos</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2001.
Caso <i>Bernadotte</i> . Corte Internacional de Justiça. ....	1949.
Caso <i>Blake</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1999.
Caso <i>Bryan-Chamorro</i> . Corte de Justiça da América Central. ....	1917.
Caso <i>Caballero Delgado Santana</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1995.
Caso <i>Cantoral Benavides</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2001.
Caso <i>Carpio Nicolle</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2004.
Caso <i>Castillo Petruzzi e outros</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1999.
Caso <i>Cinco Pensionistas</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2003.
Caso <i>Comunidade Mayagna Awas Tingni</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. .	2001.
Caso <i>Concessões Mavrommatis na Palestina</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. .....	1924.
Caso <i>Caracazo</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	2002.
Caso <i>Dudgeon</i> . Tribunal Europeu de Direitos Humanos. ....	1981.
Caso <i>El amparo</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1995.
Caso <i>Corfu Channel</i> . Corte Internacional de Justiça. ....	1949.
Caso <i>Fábrica de Chorzow</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1928.
Caso <i>Free Zone</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1932.
Caso <i>Gabcikovo-Nagymaros</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1997.
Caso <i>Garrido e Baigorria</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1996.
Caso <i>Gangaram Panday</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	1994.
Caso <i>Genie Lacayo</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1997.
Caso <i>Godínez Cruz</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1989.
Caso <i>Hilaire, Constantine y Benjamin</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2002.
Caso <i>Instituto de reeducação ao menor</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2004.
Caso <i>Juan Humberto Sánchez</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2003.

Caso <i>Loayza Tamayo</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1997.
Caso <i>Los Hermanos Gómez Paquiyaouri</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ...	2004.
Caso <i>Luberti</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	1984.
Caso <i>Maritza Urrutia</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2003.
Caso <i>Masacre Plan de Sánchez</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	2004.
Caso <i>Molina Theissen</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2004.
Caso <i>Neira Alegria e outros</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1995.
Caso <i>Nottebohm</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1953.
Caso <i>Platafórmias petrolíferas</i> . Corte Internacional de Justiça. ....	2003.
Caso <i>Polish Nationals in Danzig</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1931.
Caso <i>Pessoal diplomático e consular dos EEUU em Terã</i> . Corte Internacional de Justiça. .....	1979.
Caso <i>Préstamos Serbios</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1929.
Caso <i>Rainbow Warrior</i> . Tribunal Arbitral. ....	1990.
Caso <i>S.S. Wimbledon</i> . Corte Permanente de Justiça Internacional. ....	1923.
Caso <i>Suárez Romero</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1997.
Caso <i>Trail Smelter</i> . Tribunal arbitral (Estados Unidos – Canadá). ....	1941.
Caso <i>Tribunal Constitucional</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2001.
Caso <i>Trujillo Oroza</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2000.
Caso <i>Última tentação de Cristo</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2001.
Caso <i>Velásquez Rodríguez</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1988.
Caso <i>Villagrán e outros</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	1999.
Caso <i>Viviana Gallardo e outras</i> . Comissão Interamericana de Direitos Humanos. ....	1983.
Caso <i>Ximénes Lopes</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2006.
Caso <i>Yakye Axa</i> . Corte Interamericana de Direitos Humanos. ....	2006.

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são estudados através de diferentes óticas desde o ponto de vista da literatura, da filosofia, da religião. Porém, nesta pesquisa o enfoque será a partir do ponto de vista jurídico. O Direito Interno foi o primeiro a proteger estes direitos fundamentais e com o passar do tempo e sob os passos do antigo Direito Internacional Humanitário, primeiro da Carta das Nações Unidas<sup>2</sup>, e depois de todos os instrumentos internacionais específicos<sup>3</sup>, surgiu uma nova geração de direitos humanos inseridos na esfera do Direito Internacional.

Assim, considera-se que a proteção destes direitos fundamentais é uma obrigação internacional dos Estados<sup>4</sup>. Desde 1969, alguns membros da Comissão de Direito Internacional (CDI)<sup>5</sup> mostraram sua preocupação sobre o tema da responsabilidade internacional nos direitos humanos<sup>6</sup>. Preocupações que se encontram plenamente justificadas no ordenamento internacional que se vivia no início dos anos setenta<sup>7</sup>.

Desde então, a figura da responsabilidade internacional tem passado por um amplo processo de desenvolvimento sempre ao lado do conceito soberania do Estado. A despeito disto, a correta aplicação dos Direitos Humanos continua dependendo da atuação dos próprios

---

<sup>2</sup> A Carta das Nações Unidas é um Tratado Constitutivo da Organização das Nações Unidas contendo XIX capítulos sendo que, em seu artigo 1º, reconhecem-se os direitos humanos como matéria de interesse internacional. Assinada em São Francisco no dia 26 de junho de 1945.

<sup>3</sup> Na atualidade, existem inúmeras Convenções que internacionalizaram os direitos humanos. Assim, as principais fontes convencionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as Convenções relativas ao Genocídio (1948), à Discriminação Racial (1965), Discriminação contra a Mulher (1979), Tortura (1984) e os Direitos das Crianças (1989). Como principais instrumentos regionais, encontram-se a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981).

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v.1, 2003, p. 537.

<sup>5</sup> A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida pela Assembléia General das Nações Unidas, em 1947, para promover o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação sendo composta por 34 membros, que são eleitos pela Assembléia Geral por um período de 5 anos. Eles reúnem-se anualmente por 12 semanas. Antes de chegar ao número atual de 32 membros contava com 15 membros. Em 1956, este número foi elevado a 21, depois para 25, em 1961, e, por último, para 34, em 1981, devido ao aumento dos Estados Membros da Organização de Nações Unidas (ONU).

<sup>6</sup> Preocupação baseada no primeiro informe realizado pelo relator da CDI, García Amador, que concedeu na época o que foi considerado como um extremado protagonismo ao indivíduo. Sobre esta preocupação mostrada pela CDI, ver AGO, Roberto. **Segundo Informe sobre a responsabilidad de los Estados**. In: ANUÁRIO COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, v.2, p.189-202, 1969. p. 127 e ss.

<sup>7</sup> Já que para seja possível a responsabilização do Estado deveria dispensar-se a soberania total pela qual os Estados tanto tinham lutado. FERRER LLORET, Jaume. **Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos: estudios de la práctica relacional e institucional**. Madrid : Tecnos, 1998, p. 26 e ss.

Estados, razão pela qual, sem prejuízo da autonomia dos ordenamentos internos, resulta necessária a imposição de mecanismos de controle para impor a compatibilidade entre os direitos fundamentais protegidos e as obrigações internacionais assumidas pelo Estado<sup>8</sup>.

O Direito Internacional tem deixado de ser um direito exclusivamente entre Estados para abrir-se à atuação dos cidadãos enquanto sujeitos ativos. Considera-se que a proteção internacional dos Direitos Humanos chegou ao seu aperfeiçoamento quando se tornaram acessíveis os mecanismos processuais de hierarquia superior para os particulares que se apresentam como vítimas de violações dos seus próprios direitos<sup>9</sup>. As Constituições têm deixado de lado seu *Bill of Rights* supremo para constituírem-se em subordinadas dos Instrumentos internacionais de garantia dos Direitos Humanos<sup>10</sup> havendo, atualmente, um sistema inteiro de relações Estado-indivíduo que se desenvolve sob a disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Afirma-se, portanto, que existe responsabilidade internacional por parte do Estado quando se infringe um imperativo jurídico internacional ou quando se viola alguma obrigação de carácter internacional independentemente de que sua origem seja consuetudinária ou convencional. Neste ponto, surge uma interrogação fundamental para a abordagem do tema, pois alguns países, inclusive do Sistema Interamericano, têm atribuído a hierarquia de simples lei aos Tratados Internacionais. Mas como poderia, então, condenar-se um Estado Parte à mudança interna, por exemplo, da Constituição, por ter violado um Tratado com hierarquia de lei?<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Para que esta harmonia seja possível é necessária a aplicação do critério do princípio *pro homine* em virtude do qual o direito deve estar sempre a favor do indivíduo. Em outras palavras, frente ao reconhecimento de direitos, deve-se acudir à norma mais ampla e à interpretação mais favorável. PIZA ESCALANTE, Rodolfo. El valor del derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos el Ejemplo de Costa Rica. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.1, 1998, p. 169-189, p. 182.

<sup>9</sup> Comentário proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em vários casos, entre eles, **caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C. Nº 8. **Caso Caballero Delgado y Santana**. C.I.D.H. Sentença de 08 de dezembro de 1995. Série C. Nº 22, 1995, e **caso Garrido y Baigorria**. C.I.D.H. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C. Nº 39.

<sup>10</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. **Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos**. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1989, p. 7.

<sup>11</sup> Para Antônio Augusto Cançado Trindade, apesar de ser uma pergunta simples, jamais conseguirá uma resposta se os Estados não se conscientizarem da importância de elevar à hierarquia constitucional os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 546-547.

Por outra parte, por não se tratar de pessoa física, ao Estado são imputados os fatos ilícitos internacionais que tenham cometido seus órgãos ou agentes<sup>12</sup>. O Sistema Interamericano possui valiosas decisões com exemplos de responsabilidade internacional do Estado por atos derivados do Executivo, Legislativo e, inclusive, do Judiciário. Mas quais atos acarretam tal condenação? E o que acontece quando os atos provêm de indivíduos a serviço do Estado, em funções de Estado, mas realizando atos ilícitos com fins particulares?

Esta responsabilidade do Estado resultaria em um problema tanto de eficácia, como de justiça para os titulares dos Direitos Humanos<sup>13</sup>, os quais não deveriam suportar danos imputáveis aos Estados que comprometam estes direitos. Afinal, a responsabilidade internacional cumpre no Direito Internacional uma função sancionadora e reparadora. Mas que segurança jurídica oferece um Estado aos seus habitantes quando não cumpre seus compromissos internacionais?

Parte-se sempre da hipótese que tanto o Direito Internacional Público, como o Direito Interno (Direito Administrativo) de um Estado têm desenvolvido de forma autônoma, ainda que paralelamente, a responsabilidade do Estado<sup>14</sup>. Porém, encontram-se algumas diferenças importantes entre ambos sistemas jurídicos.

Não resulta novidade a necessidade real que se enfrenta para adotar meios adequados que garantam a efetiva proteção dos Direitos Humanos porquanto não teria sentido proclamar determinados direitos se as lesões ou violações aos seus titulares não são sancionadas adequadamente ou não são previstos meios para repará-las. Não parece coerente que o sistema jurídico proteja, *verbi gratia*, o direito à vida, mas não possibilite impor uma sanção legal ao

---

<sup>12</sup> Sobre o tema, ver AGUIAR A, Asdrúal. **Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado**. Caracas: Monte Ávila, 1997. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. CARVALHO RAMOS, André de. **Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Responsabilidad Internacional. In: SORENSEN, Max (coord). **Manual de Derecho Internacional Público**. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 506-568. JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (org). **La responsabilidad internacional del Estado: aspectos de derecho internacional público y privado – XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales – 1989**. [s.ed.]Alicante, 1990. RAMOS PEREIRA, Luiz César. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional**. São Paulo: Ltr, 2000.

<sup>13</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 10.

<sup>14</sup> Entenda-se "Estado" no sentido de comunidade política, seguindo a linha de pensamento de JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo e trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000. p. 153 e ss..

assassino ou não coloque à disposição do sistema os meios para alterar seu próprio ordenamento<sup>15</sup>.

Desta forma, em face da importância da responsabilidade internacional e da proteção dos Direitos Humanos, neste trabalho procuram-se destacar os principais elementos da responsabilidade internacional no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. E tentando sempre responder ao que acontece ou que poderia acontecer quando o Estado descumpra seus compromissos internacionais na área com o objetivo de contribuir para uma conscientização de que, apesar de se contar com um sistema regional muito avançado, ainda na prática falta muito por realizar.

Por isto, esta pesquisa tenta conciliar um enfoque da análise teórica da matéria de responsabilidade do Estado por violações aos Direitos Humanos com o estudo prático das formas de reparação já fixadas pelas instâncias internacionais competentes para os casos com especial destaque à Corte Interamericana como órgão supremo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim sendo, o corpo do texto foi dividido em três partes para chegar às conclusões finais. Na *primeira parte*, analisa-se a história, de forma entrelaçada, do surgimento dos direitos humanos e da responsabilidade internacional conectando-os com a teoria geral da responsabilidade internacional, suas características e natureza jurídica, assim como os elementos constitutivos da responsabilidade internacional focalizando-se nos atos do poder judiciário, legislativo, executivo e atos ilícitos originados por particulares.

Na *segunda parte*, objetiva-se a interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional na proteção dos Direitos Humanos, o esgotamento dos recursos internos, os efeitos das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as exclusões da ilicitude aplicadas pelo Estado às violações dos Direitos Humanos.

Finalmente, na *terceira parte*, abordar-se-ão as possíveis reparações as quais estaria obrigado o Estado declarado infrator, as conseqüências da irresponsabilidade à luz da

---

<sup>15</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 11.

Convenção Americana de Direitos Humanos através de um estudo detalhado da jurisprudência da Corte Interamericana existente na área.

Para esta pesquisa foram utilizados os estudos, comentários e críticas realizados pelos relatores do Projeto da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Internacional do Estado, realizado pela CDI da Organização das Nações Unidas, assim como as decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana pertinentes ao tema.

Também foram objeto de pesquisa as instâncias internacionais relacionadas com a proteção de Direitos Humanos, tais como o Conselho de Segurança da ONU, e a doutrina encontrada no Brasil e na Biblioteca da Corte Interamericana de Direitos Humanos em *San José* de Costa Rica.

# 1 VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL POR ATOS ILÍCITOS

## 1.1 HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

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

A idéia de que os indivíduos são responsáveis pelos seus próprios atos não é uma elaboração recente da História, podendo-se inclusive afirmar que este instituto é encontrado em todas as civilizações, ainda que com característica muito diferentes. Para reafirmar-se o conceito de responsabilidade perante a violação dos direitos de alguém se deve ter muito consolidado na história quais direitos esta pessoa possui.

### 1.1.1 Da civilização Egípcia até o século XX

Nasce no quarto milênio AEC<sup>16</sup>, no vale do Nilo, a poderosa civilização Egípcia, sendo o faraó considerado o próprio Estado, redige este, alguns dos tratados internacionais mais antigos já conhecidos<sup>17</sup>. Quando o reino de Mitani foi invadido pelo Egito até determinado ponto geográfico, não querendo o Egito avançar mais adentro deste Estado e desejando conservar o já obtido através das armas, este decide concertar um matrimônio entre membros das casas reinantes do invasor e do invadido, redigindo um tratado denominado "O

---

<sup>16</sup> AEC: A Era Comum é o período de tempo que conta os anos a partir do ano 1º, equivalente à nomenclatura A.C (antes de Cristo) utilizada pelas religiões cristãs, que inicia com o ano convencional do nascimento do profeta Jesus Cristo.

<sup>17</sup> Ver capítulo referente a *El Derecho de las Sociedades Antiguas*. In: GUIER, Jorge. **Historia del Derecho**. San José: EUNED, 1993. p. 38 e ss.

tratado de boa paz e irmandade<sup>18</sup>”. Este tratado<sup>19</sup> está dividido em cinco grandes capítulos, sendo de maior interesse nesta pesquisa a segunda parte, onde encontramos garantias mútuas de não agressão e o Príncipe se compromete a não violar o território Egípcio e vice-versa. Assim, percebem-se formas primárias de constituição de normas tácitas de responsabilidade no caso de violação aos tratados.

Por sua parte, ao estudar a Judéia nos defrontamos com uma cultura extremamente antiga e duradoura que, apesar de possuir normas jurídicas com uma marcante tendência de tentar dirigir aos seres humanos uma santidade perante os olhos de um único deus e, portanto, consideradas por esta civilização como normas muito eficientes na ordem moral, foi preciso sua codificação do mesmo modo como tinha acontecido em todos os povos da Mesopotâmia<sup>20</sup>. Dentro de sua codificação encontramos a famosa *Lex Talionis*<sup>21</sup>.

A original e severíssima lei hebréia do Talião está concebida em princípios claros e curtos. Esta tem seu primeiro núcleo no capítulo 21, versículos 23 ao 25 do livro Êxodo<sup>22</sup>, e diz em resumo: "Pagará vida por vida, e em geral, se pagará olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe". Escrito forte, inclusive cruel, como pode parecer à primeira vista, esta lei colaborou muito no avanço humanitário do direito, mais especificamente tornou-se a primeira obra escrita explícita sobre responsabilidade<sup>23</sup>. Porém, esta lei do talião, que não se aplicava aos escravos, senão unicamente aos homens livres, podia ser dissimulada em casos que não foram premeditados, nem sérios, em que se admitiria uma compensação (Êxodo 21: 18-19). Originalmente, era toda a família do delinqüente a responsável pelo delito que cometera um

<sup>18</sup> Esclarece-nos o autor, que se encontraram duas versões diferentes deste documento, uma em escritura hieroglífica e a outra em cuneiforme. Ambas versões diferem: a egípcia afirma que o Rei Hattusilis enviou uma embaixada ao Egito pedindo clemência "ao implorar paz"; os hititas, por seu lado, afirmam que a iniciativa de paz partiu de Ramsés, quem o suplicou ao Rei hitita. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.56

<sup>19</sup> Este documento original, ou chamado pelo autor como "primeiro projeto", foi redigido em acadio e escrito em caracteres cuneiformes, que era o idioma diplomático de essa época, provavelmente na capital hitita com a assistência de delegados egípcios. Este texto foi gravado em uma prancha de prata e levado para o Egito, onde o faraó para salvar a honra nacional fez-lhe algumas correções e retornou-o ao reino de Hatti, e lá, finalmente, fizeram-se duas pranchas conhecidas. Uma colocou-se aos pés do deus das Tormentas dos hititas e a outra aos pés de Ra no Egito. Ambos reis deram juramento de cumpri-lo ante seus deuses. *Idem*, p. 57.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 95 e ss.

<sup>21</sup> Lei do Talião (Latín: *lex talionis*) faz referência a um princípio de justiça de retribuição na norma que impõe um castigo; historicamente, constitui o primeiro intento por estabelecer uma proporcionalidade entre o dano recebido e o castigo imposto, é a primeira regra constituída como justiça em própria mão. LEI TALIÃO. **Jewish Encyclopedia**. New York: Macmillan Company, 1972 v.13.

<sup>22</sup> ÊXODO. Português. **Bíblia sagrada**. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Trinitariana, 1990.

<sup>23</sup> GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.106.

de seus membros (Êxodo 20, Lévitico 20:5), mas lutou-se contra esta disposição, segundo relata a Bíblia, até que se logrou plasmar a norma que continuou regendo: "Não se fará morrer aos pais pelos filhos, nem aos filhos pelos pais, sem não que cada pessoa morrerá pelo seu próprio pecado" (Deuteronômio).

Na mesma época, por volta de 2.100 AEC o Rei Hammurabi na Babilônia promulgou sua famosa codificação, que inicia com um extenso prólogo seguida por uma mistura das leis mais avançadas e com os princípios mais cruéis e rudes que se possam estabelecer, mas mantendo a tradição dada pela mencionada Lei de Talião e da Ordália<sup>24</sup>. Assim, trazia soluções pecuniárias, chamadas idênticas ao crime cometido, sendo estas retribuições inicialmente voluntárias para depois se converter em obrigatórias; criou-se uma série de elementos e análises que permitiriam distinguir futuramente as ações de responsabilidade penal das outras ações, atualmente conhecidas como responsabilidade civil<sup>25</sup>.

Por sua parte, examinando-se o sistema legal no Império Persa<sup>26</sup>, chegaremos à conclusão que se baseava na força, onde os direitos do povo eram limitados, existindo somente uma espécie de responsabilidade penal atual com penas extremamente violentas; violações à propriedade privada eram castigadas com açoite em diversas escalas e delitos considerados mais sérios castigavam-se com mutilações, cegueira, marcas de fogo, etc. Persa era um estado organizado cuja única lei era a vontade do monarca e o poder que tinha o exército: contra tais disposições não cabia nenhum direito adquirido ou sagrado. O único que poderia invocar-se era um decreto anterior do Rei.

A Pérsia orgulhava-se que suas leis eram invariáveis e seguras sendo as promessas ou decisões do monarca irrevogáveis. Quando o monarca decidia algo o fazia sob a inspiração do

---

<sup>24</sup> A *Ordália* ou Juízo de Deus era uma instituição que se praticou até a Idade Média. Originou-se no povo hebreu, através dos costumes pagãos. O ato pelo qual se indicava a inocência ou culpabilidade de uma pessoa era através de provas onde se acreditava haveria intervenção Divina. Consistiam em provas majoritariamente relacionadas com o fogo, tais como sujeitar ferros candentes ou introduzir as mãos numa fogueira. Em ocasiões também obrigavam-se os acusados a permanecer muito tempo baixo à água. Caso alguém sobrevivesse ou não resultasse dano algum, entendia-se que Deus o considerava inocente e, portanto, não deveria receber castigo algum. Ver: FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona : Tusquets, 1970.

<sup>25</sup> GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.86 e ss.

<sup>26</sup> O primeiro escrito sobre os Persas encontra-se em uma tabela na qual se narra a aventura de guerra que teve Salmanasar III, em um país que se conhecia com o nome de *Parsua*, ao redor do ano 837 AEC. Corresponde aos atuais Irã, Afeganistão, Tadjiquistão, Uzbequistão e Azerbaijão, entre outros. Ver BURN, Andrew. **Pérsia and the Greeks**. The defence of the West, c. 546-478 B.C. London: [s.ed.], 1962, p. 64.

deus *Ahuramazda*<sup>27</sup>, mesmo que se tratassem de questões judiciais. Sendo a lei do reino a vontade do deus expressada através do monarca, quaisquer desacatos a estas disposições constituíam uma ofensa direta à majestade do deus<sup>28</sup>.

Os gregos doaram à humanidade todos seus mitos, lendas e a filosofia, substituindo-se, pela primeira vez na História, o tradicional saber mitológico pelo saber lógico da razão, afirmando-se que somente através do questionamento sobre os mitos religiosos tradicionais é que o ser humano será dotado de liberdade e razão. Trata-se da ante-sala para interpretar-se que toda pessoa humana pela sua simples existência goza de direitos<sup>29</sup>.

Interpretando assim, os direitos em relação aos homens, consideravam a justiça como um valor moral, que se traduzia na idéia de obedecer às próprias leis, respeitando aos demais em seus próprios merecimentos do qual resulta o que se pode definir por Platão como "Dar a cada homem o que lhe é devido"<sup>30</sup>, com o qual a aplicação da justiça convertia-se também em um valor essencialmente social; a liberdade desprendia-se do governo da lei, a justiça, então, associava-se, inevitavelmente, com a posse das boas leis e a obediência a elas.

A problemática para fazer valer a justiça, ou *Diké*<sup>31</sup>, encontra-se no processo (procedimento utilizado em um caso típico), apresentando-se como um dos temas mais debatidos na tragédia grega. Esquilo já esboça a situação em seu Agamenão, a idéia de juízo está entrelaçada sempre com a de *Moirá*<sup>32</sup>, que é essa justa parte que corresponde a um indivíduo: tanto em terras, como em honras, nas alegrias, ainda na tragédia. Cada ser tem sua *Moirá* e se alguém pretendia mais do que lhe corresponde, então pode posicionar-se de seu *Ubris*<sup>33</sup> (soberania, insolência), com o que se merece a fulminação da *Diké*. Do anterior

<sup>27</sup> Considerado o senhor sábio e o deus supremo dos persas. BURN, Andrew. *Op.cit.* 1962, p..

<sup>28</sup> Sobre a história de Pérsia ver capítulo IV. In: GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. e TOYNBEE, Arnold J. **A Study of History**. London: Oxford University Press, v.1, 1934.

<sup>29</sup> ROMILLY, Jacqueline de. **La Tragédie Grecque**. Paris: PUF, 1973. p. 14-15.

<sup>30</sup> PLATÃO. **A República**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Marin Claret, 2004, p. 134.

<sup>31</sup> *Diké*: filha de Zeus - deus supremo - e Têmis - deusa da justiça - é a deusa grega dos julgamentos e da justiça, vingadora das violações da lei. In: KURY DAMA, Mario da. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. 7.ed. (s.c.): Zahar, 2003, p. 98.

<sup>32</sup> *Moirá*: significa parte ou quinhão. Na mitologia Grega é a Deusa distribuidora das partes; era o nome mais comum para designar a divindade do Destino. *Idem.*, p.201.

<sup>33</sup> *Ubris ou híbris*: Na Antiga Grécia, aludia-se a um desprezo temerário ao espaço pessoal alheio unido à falta de controle sobre os próprios impulsos, sendo um sentimento violento inspirado pelas paixões exageradas consideradas doenças por seu caráter irracional e desequilibrado. *Idem.* p. 376.

depreende-se um reconhecimento expresso de direitos<sup>34</sup> e, com respeito à responsabilidade, a possibilidade de utilização de represálias quando se exigia uma reparação e esta não era concedida<sup>35</sup>.

Junto ao reconhecimento da igualdade em direitos e a dignidade dos seres humanos surge a lei escrita como meio para garantir tais direitos. Apesar disto, apenas na Grécia é que a proeminência da lei escrita tornou-se o fundamento da sociedade política pela primeira vez<sup>36</sup>. Extrai-se da *Ilíada*<sup>37,38</sup> que os gregos compreenderam, em seu desmedido amor pela liberdade, que o império da lei escrita era necessário para assegurar sobretudo esta mesma liberdade que lhes era essencial para todos os homens<sup>39</sup>.

Alguns filósofos da Grécia opunham-se ao ideal igualitário dos homens, v.g., Calicles<sup>40</sup>, que não acreditava neste ideal da democracia devido ao fato da desigualdade natural dos homens. No entanto, Hípias<sup>41</sup> achava excessivamente limitado o conceito democrático de igualdade, uma vez que este ideal só era válido para os cidadãos livres e iguais em direitos e com estirpe de um mesmo Estado. Ele queria estender a igualdade e a fraternidade para todos os seres que têm rosto humano<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934, p.34.

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 7.

<sup>36</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11 e ss.

<sup>37</sup> A *Ilíada* é um poema épico grego que narra os acontecimentos durante o último ano da Guerra de Tróia. Atualmente, não se considera a *Ilíada* e a *Odisséia* como uma unidade, quer dizer, como obra de um só poeta, embora na prática sejam obras atribuídas a Homero. Ver JAERGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pg. 37 e ss.

<sup>38</sup> HOMERO. **Ilíada**. Trad. Frederico Lourenço. Lisboa: Cotovia, 2005.

<sup>39</sup> Na época homérica, os próprios reis acreditavam-se herdeiros e guardadores de toda essa tradição e das sentenças, e, como bem seu hereditário, poderiam aplicá-las por sua própria vontade ou deixar aos seus juízes que as aplicariam.

<sup>40</sup> *Calicles*, sofista Atenense, figura do lado do sofista Pólo, como interlocutor no *Górgias* de Platão, assevera que a natureza e a tradição estão em luta; em consequência toda lei jurídica é uma limitação injusta à liberdade humana. O direito natural é nada mais que o direito dos mais fortes. Todavia, os mais débeis julgaram vantagem ao protegerem-se dos mais fortes mediante a igualdade de direitos e os mais fortes seguem, em quaisquer hipóteses, a verdadeira lei natural, ou seja, a sua própria vantagem. Ver PLATÃO. **Protágoras, Górgias, Fedão**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universitária UFPA, 2002, p. 482 C e ss e JAERGER, Werner. *Op. cit.* p. 648 e ss..

<sup>41</sup> *Hípias*, sofista grego de Elis e contemporâneo de Sócrates. Nos dois diálogos Platônicos que receberam o nome *Hípias Maior* e *Hípias Menor* é representado como excessivamente orgulhoso e arrogante. Sustentava que existe um elemento de direito comum às leis de todos os países e que constitui sua base essencial. Dizia, ainda, que o bem e o sábio de todas as nações são elementos inatos e que deveríamos ver os cidadãos como membros de um único Estado. Essa idéia vai ser desenvolvida mais tarde pelos Cínicos e também pelos Estóicos. Ver. PLATÃO. **Hípias Menor**. Trad. Maria Teresa Schizppa de Azevedo. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 55 e ss..

<sup>42</sup> JAERGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 380.

No diálogo *Fedón*<sup>43</sup> de Platão, Sócrates tenta provar que, para garantir a igualdade de algum objeto ou situação (esclarecendo que objetos iguais e igualdade não são o mesmo), precisa-se que a pessoa que vê algo e pensa que este objeto pode ser igual à outra coisa, mas de inferior qualidade, é necessário que tenha visto o objeto que diz se assemelha e o que diz que é inferior.

Portanto, para chegar a uma igualdade essencial entre os gregos foi necessária uma grande oposição entre a individualidade própria de cada ser humano e sua função social particular exercida na vida; esta função social era denominada pelo termo *prosopon*<sup>44</sup>, traduzida mais adiante pelos romanos com o sentido de pessoa, rosto, ou bem no sentido de *máscara*, utilizadas freqüentemente no teatro da época. Os estóicos aprofundam o tema trazendo à tona o conceito de *personalidade* através desta mistura entre a máscara teatral e a essência de cada ser humano<sup>45</sup>.

A igualdade era entendida somente entre os homens livres, sendo que, através da peculiar contribuição da constituição política que regulava o estado espartano<sup>46</sup> e a trajetória das suas reformas na criação da democracia ateniense<sup>47</sup>, a escravidão consolidou-se com duas características especiais: como escravidão servidão e como escravidão pessoal.

---

<sup>43</sup> - "Sabemos o que é igualdade?

- Sim, por certo, respondeu Símiias.
- E onde temos sacado este conhecimento? Não o temos sacado dos objetos que acabamos de mencionar, vendo pedaços de paus iguais e pedras iguais, ou outros objetos iguais entre si? Não é verdade que assim é como temos sacado o conhecimento daquela noção que lhes é distinta, ou não opinas que o é? Observa além. Não te parece também que pedras e árvores iguais os julgam às vezes iguais, às vezes desiguais?(....)
- Os objetos iguais e a igualdade não são a mesma coisa, diz Sócrates.
- (....)
- Convenhamos, portanto, em que quando alguém vê algo e pensa que isso pode ser igual a outra coisa, mas lhe é inferior e não pode igualá-la, é preciso que quem pensa tal tenha visto aquilo a que disse assemelhar-se e que lhe é inferior". PLATÃO. **Diálogos Socráticos**: Estúdio preliminar de Angel Vasallo. México: Conculta Oceano, [s.d.].p.110-111.

<sup>44</sup> Tradução livre: *Prosopon* é uma auto-manifestação de um indivíduo que pode ser prolongado por significados de outras coisas. Por exemplo, um pintor inclui em seu próprio pincel seu próprio *prosopon*. *The New Encyclopedia Britannica*. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2007. v. 32.

<sup>45</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. *Op.cit.*, 2001, p. 15.

<sup>46</sup> Esparta era uma das cidades-estado da Grécia Antiga. Situada à beira do rio Eurotas, na parte sudeste do Peloponeso, Esparta derrotou a Atenas e passou a governar toda a Grécia, mas em 371 AEC os outros estados revoltaram-se e Esparta foi derrubada apesar de manter-se poderosa ainda durante mais de duzentos anos. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p. 149.

<sup>47</sup> Não se pode encontrar na historia melhor exemplo de trânsito do governo de uma aristocracia ao governo do povo que o de Atenas, considerada o berço da Democracia. A democracia ateniense era formada com a participação de cidadãos atenienses que correspondiam a uma minoria, pois eram excluídos os estrangeiros, escravos e mulheres. TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934, p.203.

A vida política na Grande Roma era diferente tendo iniciado como um regime de realeza. Rômulo<sup>48</sup>, o primeiro Rei, foi o criador da constituição romana marcando o caminho que deveria ser seguido por este império. Apesar do direito ser essencialmente consuetudinário, durante esta época conheceram-se verdadeiras leis escritas aprovadas por um Senado e recebidas em comícios pelas cúrias<sup>49</sup>. Verifica-se claramente em Roma que os direitos se submetiam às constantes mudanças, existindo delitos públicos, com pena corporal para aqueles atingiam os interesses do Estado e delitos privados, com procedimentos civis para quem atingia os particulares<sup>50</sup> (v.g., a lei de maior vigência na história, a Lei das XII Tábuas<sup>51</sup> romana). Esta situação era mais palpável entre os anos 323 ao 565, desde Constantino<sup>52</sup> até Justiniano<sup>53</sup>, com ampla influência do cristianismo<sup>54</sup>.

Posteriormente, no Direito Romano, os plebeus<sup>55</sup> consolidaram com os patrícios<sup>56</sup> sua igualdade jurídica, mas toda a liberdade de que dispunha o povo romano encontrava-se freada pela influência dos hábitos de uma rígida moral<sup>57</sup>. Apesar disto, avançaram-se nas conquistas

---

<sup>48</sup> Rômulo: foi o primeiro Rei de Roma, cidade que fundou com seu irmão Remo em 753 AEC. Após a fundação, Rômulo preocupou-se em povoá-la; como os recursos locais eram insuficientes criou no Capitólio um refúgio para todos os bandidos, exilados, devedores insolentes, assassinos e escravos fugidos da redondeza.

<sup>49</sup> Os *comícios* eram assembleias legitimamente convocadas, tinham lugar ordinariamente na praça de Roma ou no campo de Marte, distinguindo-se em comícios por cúrias, comícios por centúrias e comícios por tribo. Os comícios por cúrias tinham sido instituídos por Rômulo; por centúrias, por Sêrvio e por tribos, pelos tribunos do povo. Para que os comícios fossem legitimamente reunidos e tivessem força de lei eram precisas três condições: primeiro, que o corpo ou magistrado que os convocasse estivesse revestido de autoridade necessária; segundo, que a assembleia se fizesse nos dias permitidos por lei e terceiro, que os augúrios fossem favoráveis. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.181.

<sup>50</sup> CUQ, Edouard. *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*. IN: ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 7.

<sup>51</sup> A vigência desta lei se pode atribuir a duas circunstâncias: ao próprio caráter conservador deste povo e a ter sido lei votada na época de dor e cruas lutas. Foram durante séculos as bases explícitas de todo o direito privado e dos procedimentos civis e sobre estas foi levantando-se todo predico jurídico romano. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p. 194.

<sup>52</sup> Flavius Valerius Constantinus, conhecido como Constantino I, Constantino Mago ou Constantino o Grande, governou uma porção crescente do Império Romano, mais conhecido como o primeiro imperador romano a confirmar o cristianismo. Ver GONZÁLEZ, Justo L. **A Era dos Mártires**. São Paulo: Vida Nova. 2002, p. 272.

<sup>53</sup> Flavius Petrus Sabbatius iustinianus, ou simplesmente Justiniano I, foi Imperador Romano do Oriente desde 01 de agosto de 527 até sua morte. Apesar de pertencer a uma família de origem humilde, foi nomeado cônsul ligado ao trono por seu tio Justino I, a quem sucedeu, após a morte. *Ibidem*.

<sup>54</sup> GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p. 213.

<sup>55</sup> Os plebeus habitavam o solo romano sem integrar a cidade. Eram homens livres, podiam possuir terras, pagavam impostos e prestavam serviços militares. A diferença entre patrícios e plebeus era marcada por barreiras de tabus extremamente exclusivas. Em princípio, os plebeus não possuíam direitos políticos nem civis. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.205.

<sup>56</sup> Os patrícios, cidadãos de Roma, constituíam a aristocracia romana, a elite. Desempenhavam altas funções públicas, no exército, na religião, na justiça ou na administração. Eram grandes proprietários de terra e credores dos plebeus; os quais viviam sob a constante ameaça de se tornarem escravos. *Ibidem*.

<sup>57</sup> GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.211.

legislativas, com a eleição anual de tribunos<sup>58</sup>, representantes da plebe considerados invioláveis, a eleição da edis<sup>59</sup>, responsáveis por certos cuidados administrativos com a cidade, e a proibição da escravização por dívidas<sup>60</sup>.

Ao chegar-se na Idade Média<sup>61</sup>, do ponto de vista formal encontra-se uma grande diferença entre Estado e Igreja, mas os problemas da igualdade dos seres humanos possuidores de direitos e responsabilidades pelo seu cumprimento enfocava-se por outro ângulo. De um lado, a Igreja era herdeira de toda a cultura romana unificando na figura de Cristo<sup>62</sup> todos os povos batizados com uma igualdade universal dos filhos de um único deus, mas sendo esta válida "só no plano sobrenatural, já que o cristianismo admitia a legitimidade da escravidão, e inferioridade e fraqueza natural da mulher<sup>63</sup>"; e, por outro, Estado herdeiro das tradições saxão<sup>64</sup>, Lombardos<sup>65</sup> e visigodos<sup>66</sup>, com a idéia que cada particular nacional possuía seus próprios direitos, dividindo-se assim aos povos em pequenos principados guerreiros que lutavam entre si<sup>67</sup>.

---

<sup>58</sup> O Tribuno da Plebe, era a magistratura plebéia, não admitindo patrícios, que a ela nem deveriam querer (ascendre). O tribuno era o magistrado que atuava junto ao Senado em defesa dos direitos e interesses da plebe. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.211.

<sup>59</sup> Na Roma Antiga, os *edis curuis* eram os encarregados da preservação da cidade, do abastecimento, da polícia dos mercados e das ações penais correlatas, bem como da jurisdição civil contenciosa nas questões ali ocorridas. Era magistratura plebéia, interdita aos patrícios. *Ibidem*.

<sup>60</sup> ROCHA D'ANGELIS, Wagner. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. In: LEÃO, Renato (coord). **Líber Amicorum Caçado Trindade**: Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tomo II. Porto Alegre: Fabris. 2005. p.21.

<sup>61</sup> A Idade Média ou Medieval foi um período intermédio numa divisão esquemática da História da Europa em quatro eras, a saber, a Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea. O período da Idade Média foi tradicionalmente delimitado com eventos políticos, sendo que teria iniciado com a desintegração do Império Romano do Ocidente, século V (476 AEC), e terminado com o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV (1453 AEC). Ver sobre o tema GONZÁLEZ, Justo L. *Op.cit.* 2002, p. 198.

<sup>62</sup> Título dado pelos cristãos ao maior profeta que a história conta que existiu, é uma tradução literal da palavra "Messias". RODRÍGUES MARQUES, Francisco. **Estúdios Bíblicos**: Ensinaamentos da tradição esotérica cristã. Vol.1.Portugal: [s. ed.], 2005. p. 197.

<sup>63</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. *Op.cit.*, 2001, p. 17.

<sup>64</sup> Os saxões eram um povo germânico que vivia no território que hoje é o noroeste da Alemanha e o leste da Holanda, no século I tiveram uma influência importantíssima na unificação das regiões da Inglaterra. TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934, p. 475.

<sup>65</sup> Os lombardos eram um povo germânico, oriundo da Escandinávia, que invadiu o território que pertencia ao Império Romano. *Idem.*, p. 493.

<sup>66</sup> Os visigodos eram um segmento germânico do lado oeste dos povos godos. Godos do leste europeu e os visigodos que viviam entre os rios Danúbio e Dniéster pertenciam às mesmas etnias. *Idem*, p. 513

<sup>67</sup> TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934, p.368.

Já no direito colonial, com o descobrimento das Américas, apresentou-se um novo problema aos espanhóis e portugueses. Como o cartesianismo<sup>68</sup> não existia ainda, surge um problema teológico sobre os índios serem considerados ou não homens dotados de alma tornando-se necessário o esclarecimento da questão para saber até que grau os direitos dos índios poderiam chegar. Como o problema era teológico, devia resolvê-lo a Igreja, que decidiu favoravelmente dos índios. Entretanto, na realidade social americana, apresentou-se uma visão muito distinta para os índios daquela que estava plasmada na lei. A escravidão em relação aos índios praticou-se até a morte do monarca Fernando "El Católico"<sup>69</sup> em 1515; após muitas disputas sobre o tema, prevaleceu a idéia da declaração dos índios por meio de leis como vassalos da (corona) de Castilha gozando de uma liberdade restrita aos fatores econômicos e sociais<sup>70</sup>.

A primeira discussão conceitual entre os doutores da Igreja, no entanto, não ocorreu a respeito do ser humano, e sim da identidade de Jesus Cristo, concluindo-se que este tinha uma dupla natureza, humana e divina<sup>71</sup>. Sobre esta concepção medieval de pessoa<sup>72</sup> é que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano e, como consequência, dos seus direitos inerentes.

---

<sup>68</sup> O termo cartesianismo é utilizado para designar coisas aparentadas, mas distintas. Neste caso, faz referência à filosofia cartesiana, proveniente do considerado primeiro filósofo moderno René Descartes, que, com seu pensamento revolucionário para época, estabeleceu um método que ajudou o seu desenvolvimento; o método cartesiano consiste no Ceticismo Metodológico, duvidando-se de cada idéia que pode ser duvidada. Baseado nisto, Descartes busca provar a existência do próprio eu e de Deus. DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8. Prefacio.

<sup>69</sup> Fernando foi Rei da Espanha durante um período de descobrimento e conquistas de novos mundos. Em 1446, casou-se com sua prima, Isabel de Castilha, baseando-se esta união nos seus desejos de unir duas famílias nobres sob um só teto.

<sup>70</sup> LA SOCIEDAD COLONIAL Americana en el siglo XVIII. In: CONGRESO SOBRE LA COLONIA, San José, Costa Rica, 1965.

<sup>71</sup> Ver sobre este tema KONDER COMPARATO, Fábio. *Op.cit.*, 2001, p. 18.

<sup>72</sup> O autor KONDER COMPARATO faz um compilado das 5 etapas sobre a elaboração do conceito de *pessoa* na sociedade, a saber: a *primeira etapa* desenvolve-se na Igreja girando sobre a pessoa de Jesus Cristo; a *segunda etapa*, inaugurou-se com Boécio, no século VI, iniciando-se o princípio de igualdade de todo ser humano; a *terceira etapa* adveio com a filosofia kantiana; a *quarta etapa* consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas; e a *quinta e última etapa* ocorreu no século XX com a filosofia da vida e o pensamento existencialista.

Ao ficar fortalecida a idéia de igualdade dos homens perante Deus, surge o pensamento de Santo Tomás de Aquino<sup>73</sup>, que professava a existência de duas ordens distintas, formadas, pelo direito natural, por um lado, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo de outro, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes podia justificar o direito de resistência por parte da população<sup>74</sup>.

Continuando no campo religioso, observa-se que o Islamismo veio somar-se à concepção de relacionamento igualitário entre os seres humanos, o que não se considerou inovador posto que esta religião sustenta-se das religiões cristã e judaica. A religião muçulmana é monoteísta e sua doutrina encontra-se contida no Corão<sup>75</sup>, onde estipula que a igualdade primordial entre os homens deriva de sua identidade essencial, sua origem única e seu destino comum<sup>76</sup>.

Em 1215, deu-se um fato histórico, a promulgação da Magna Carta<sup>77</sup>, imposta pelos barões ingleses ao Rei João-sem-terra<sup>78</sup>, pela qual este comprometeu-se a respeitar as leis e liberdades fundamentais do reino. Alguns princípios fundamentais desta Carta são: a) a prevenção dos abusos judiciários, ou seja, o respeito às leis da religião; b) nenhum tributo

---

<sup>73</sup> Tomás de Aquino foi um frade dominicano e teólogo italiano. Considera-se que seu maior mérito foi a síntese do cristianismo com a visão aristotélica do mundo, introduzindo o aristotelismo, sendo redescoberto na Idade Média. Em suas duas "*summas*" sistematizou o conhecimento teológico e filosófico de sua época, que se fundem numa síntese definitiva: fé e razão, unidas em sua orientação comum rumo a Deus; afirmou que não pode haver contradição entre fé e razão.

Segundo Santo Tomás de Aquino, a ética consiste num agir de acordo com a natureza racional. Todo homem é dotado de livre-arbítrio orientado pela consciência e tem uma capacidade inata de captar, os ditames da ordem moral. Há uma Lei Divina, revelada por Deus aos homens, e que consiste nos Dez Mandamentos. Uma Lei Eterna que é o plano racional de Deus, uma lei Divina que é conceituada como a participação da Lei Eterna na criatura racional, ou seja, aquilo que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional, e uma Lei Positiva que é a lei feita pelo homem de modo a possibilitar uma vida em sociedade. Esta se subordina à Lei Natural, não podendo contrariá-la sob pena de se tornar uma lei injusta. Ver MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de história da filosofia**. São Paulo: LTr, 1997, p. 130 e ss..

<sup>74</sup> PEREZ LUÑO, A.E. **Los derechos fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos. 1995. p. 30.

<sup>75</sup> Alcorão ou Corão é o livro sagrado do Islã. Os muçulmanos acreditam que o Alcorão é a palavra literal de Deus (Alá) revelada ao profeta Muhammad (Maomé) ao longo de um período de 22 anos. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op.cit.* 1997, p.132.

<sup>76</sup> ROCHA D'ANGELIS, Wagner. *Op.cit.* 2005. p. 124.

<sup>77</sup> A Magna Carta é um documento inglês de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou do desentendimento entre o Rei João-sem-terra, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do Rei estaria sujeita à lei. Considera-se este documento o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. *Ibidem*.

<sup>78</sup> João I ou João-sem-Terra foi Rei da Inglaterra, Duque de Normandia e Duque da Aquitânia de 1199 a 1216. Quinto filho de Henrique II, não herdou nenhuma terra quando da morte de seu pai fato que lhe deu seu cognome. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p. 216.

poderia ser fixado sem prévio consentimento dos vassalos reunidos em assembléia especialmente convocada para tanto. Esta Carta, fonte tradicional das instituições inglesas, contemplava garantias de ordem individual e política, inclusive facultando o direito de resistência legal dos nobres contra o Rei<sup>79</sup>.

A partir do início da proteção aos direitos do ser humano, apresenta-se também à proteção dos seus direitos no âmbito internacional, originando-se um instrumento de caráter comercial chamado "patentes de represália e de corso", que se definiam como documentos avalizados pela autoridade, especialmente a real, através dos quais se permitia que um súdito compensasse os bens dos quais tinha sido vítima de furto na mesma nação ou em uma nação estrangeira. Em outras palavras, vingavam-se roubos ou danos que os súditos de uma nação cometiam contra os súditos de outro Rei, que era quem emitia a carta ou patente de represália<sup>80</sup>.

A título ilustrativo, um dos primeiros registros das "cartas represálias" ocorreu entre o reino de Castilha e Inglaterra, redigido no dia 02 de julho de 1477, onde Fernando "*El Católico*", concedia ao bacharel Jofre de Sasiola poderes para resolver as diferenças existentes entre os castelhanos e os mercadores ingleses, segundo a queixa apresentada pelos embaixadores da Inglaterra. O documento – em seu texto original – diz:

Sabeis que os embaixadores do sereníssimo Rei de Inglaterra, meu muito caro e muito amado primo, me tem contado por alguns de meus súbditos e naturais que foram e são feitos muitos furtos e mortes, forças, males(...) e quero e é minha vontade que nenhum nem alguns sejam ousados de conhecer brigas nem demandas algumas tocantes aos ditos ingleses por apelação nem por simples querê-la nem por outra maneira nem razão alguma salvo por minha pessoa ou por vós a quem minha vontade é de comentar todo o anteriormente dito<sup>81</sup>

Especificamente, sendo um estrangeiro acusado por danos em um País estranho deveria dirigir-se ao soberano local para obter uma solução do caso; resultando inútil o recurso ao mal original acrescentava-se o que desde aquele momento se denominou *denegatio*

<sup>79</sup> ROCHA D'ANGELIS, Wagner. *Op.cit.* 2005. p. 125.

<sup>80</sup> RECALDE RODRÍGUEZ, Amaia; ORELLA UNZUE, José Luis. **Documentación real a la Provincia de Guipúzcoa**. Siglo XV. San Sebastián :[s.ed.], 1988, p.13.

<sup>81</sup> ORIGINAL EM CASTELHANO ANTIGO. Tradução Livre. Livro de acordos e decretos municipais. Reino de Castilha. (FDMPV,13) In: RECALDE RODRÍGUEZ, Amaia; ORELLA UNZUE, José Luis. *Op.cit.* 1988.

*justitiae*<sup>82</sup>. Então, ele tinha direito de dirigir-se ao seu próprio Rei. O Rei poderia, conforme o costume, entregar as cartas de represálias. Estas cartas autorizariam o exercício da justiça privada tendo o indivíduo que as recebesse o direito de recobrar ainda pela força seus bens ou o valor equivalente a eles<sup>83</sup>.

O labor dos juristas surgiu sobre esta prática primitiva com o objetivo de moderar e regular seu exercício mediante a distinção entre o juiz que nega a justiça e aquele que comete uma injustiça<sup>84</sup>. Esta distinção tradicional foi preservada pelo fundador da teoria moderna da responsabilidade do Estado – Anzilotti - que expressou que o resultado desfavorável de um processo não significa, em si mesmo, uma denegação de justiça<sup>85</sup>.

Por sua vez, busca-se dar desenvolvimento à idéia de direito subjetivo, principalmente pela obra de Hugo Grotius, que, no limiar da Idade Moderna, o definiu como "faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente<sup>86</sup>".

A árdua tarefa de consolidar direitos continua com vários jus-filósofos: Hugues Donellus<sup>87</sup> e Johannes Althusius<sup>88</sup>, defendendo a idéia de soberania popular e igualdade

---

<sup>82</sup> Esta expressão "Negação à justiça" encontra-se historicamente unida com a responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou aos bens dos estrangeiros e, na Idade Média, estava relacionada com a prática das represálias privadas sendo uma condição de sua legalidade. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 7.

<sup>83</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 34.

<sup>84</sup> Seguindo o pensamento de GROTIUS, este faz uma distinção entre "*déni de justice*" e "*défi de justice*"; para ele existe uma negação a justiça, quando uma sentença não pode obter-se dentro de um tempo razoável; por outra parte, existe uma injustiça, quando, em um caso muito evidente, a sentença tenha sido ditada em forma manifestamente contrária ao direito. Porém, no caso de dúvida, existe a presunção a favor dos quais o Estado tenha escolhido sua sentença. Ver. GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac Pacis Libris Tres*. Trad. Francis W. Kelsey. **Classics of International Law**. Washington: Clarendon Press. 1925. p. 729-736.

<sup>85</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 11.

<sup>86</sup> Citado por LAFTER, C. A reconstrução dos direitos Humanos. In: WOLFGANG SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 39.

<sup>87</sup> Hugues Donellus (1527-1591) foi professor francês grande partidário do humanismo dentro do direito, um de seus maiores interesses foi a construção de um coerente sistema de leis. GUZMAN, Alejandro. La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius. **Revista de estudios jurídicos**, México, n.26, 2004, p. 156 a 186.

<sup>88</sup> Johannes Althusius, alemã, filósofo e teólogo. Seu trabalho mais famoso foi publicado em 1603 sob o nome "*Politica Methodice Digesta, Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*" (Latin de: A política: metodicamente concebida e ilustrada com exemplos sagrados e profanos). Alguns o consideram como o primeiro verdadeiro federalista, grande defensor da soberania popular. VON GIERKE, Otto. **The development of Political Theory**. Trad. by Bernard Freyd. New York: W.W. Norton and Company, Inc., 1939, p. 123.

humana; Samuel Pufendorf<sup>89</sup> e Thomas Hobbes<sup>90</sup> - entre outros - chegando a John Locke<sup>91</sup>, com a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade, que, assim como Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade<sup>92</sup>.

Também já se contava com os documentos que marcavam o triunfo de inúmeras pessoas na luta dos direitos, podendo-se citar vagamente<sup>93</sup>: a *Petition of Rights*<sup>94</sup>, assinada em 1628 pelo Rei Carlos I, que proclamou a soberania do Parlamento inglês em matéria de impostos; a *Ata de Westfália*<sup>95</sup>, formalizada em 1648, após a chamada Guerra dos Trinta Anos<sup>96</sup>, acabando com a guerra entre católicos e protestantes e estabelecendo a liberdade religiosa. O *Habeas Corpus Act*, de 1679, medida constituída na Inglaterra, com base na Magna Carta, como garantia da liberdade dos súbditos; o *Bill of Rights*<sup>97</sup>, de 1689, uma sinopse das liberdades inglesas anteriores, redigida pelo Parlamento e jurada por Guilherme

---

<sup>89</sup> Samuel Pufendorf (1632-1694) foi um jurista alemão no campo do direito público ensinando que a vontade do Estado é a soma das vontades individuais que o constituem e que tal associação explica o Estado, o que demonstra ser o precursor de Jean-Jacques Rousseau. Também defende a noção de que o direito internacional não está restrito à cristandade, mas constitui um elo comum a todas as nações, pois todas elas formam a humanidade. VON GIERKE, Otto. *Op.cit.* 1939. p. 340.

<sup>90</sup> Thomas Hobbes foi um matemático, teórico, político e filósofo inglês, autor de *Leviatã* (1651) e *Do cidadão* (1651). No *Leviatã* explicou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de governos e sociedades. No estado natural, ainda que alguns homens possam ser mais fortes ou mais inteligentes do que outros, nenhum se ergue tão acima dos demais de forma a estar além do medo de que outro homem lhe possa fazer mal. Por isto, cada um de nós tem direito a tudo e, uma vez que todas as coisas são escassas, existe uma constatação de guerra de todos contra todos. No entanto, os homens têm um desejo, que é também em interesse próprio, de acabar com a guerra, e por isso formam sociedades, entretanto, num contrato social. Ver MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op.cit.* 1997, p.196.

<sup>91</sup> John Locke foi um filósofo do predecessor Iluminismo e tinha como noção de governo o consentimento dos governados diante da autoridade constituída e o respeito ao direito natural do homem, da vida, da liberdade e da propriedade. Influenciou, portanto, nas modernas revoluções Inglesa e Americana assim como na fase inicial da Revolução Francesa. Ver sobre este autor KLENNER, Hermann. **Thomas Hobbes**. Filósofo del derecho y su filosofía jurídica. Traducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Esternado de Colombia, 1999.

<sup>92</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo. *Op.cit.*, 1998, p. 40.

<sup>93</sup> Baseado na sinopse documentária feita por ROCHA D'ANGELIS, Wagner. *Op.cit.* 2005. p. 120 e ss..

<sup>94</sup> A Petição de Direitos (*Petitions of Rights*) é um documento produzido pelo parlamento Inglês no início da Guerra Civil Inglesa. Foi dirigida a Carlos I de Inglaterra em 1628. O parlamentarista tentou procurar reparar os seguintes pontos: Impostos sem consentimento, empréstimos forçados, apreensão arbitrária, aprisionamento contrário a Magna Carta, interferência arbitrária com direitos de propriedade, etc. *Ibidem*.

<sup>95</sup> A Guerra dos Trinta Anos terminou com o que se denominou Paz de Westfália e o fim da hegemonia dos Habsburgo no Império Germânico. O novo Imperador, Fernando III de Habsburgo, teve que reconhecer as duas religiões: a católica e a protestante. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.311.

<sup>96</sup> Desde a Paz de Ausburgo, em 1555, onde Carlos V reconhecia o protestantismo germânico, os príncipes católicos e protestantes não tinham enfrentado o Sacro Império Romano. Em 1608, criou-se a União Evangélica Protestante e, em 1609, a Santa Liga Católica, ambas armadas e antagônicas. Fernando II de Habsburgo, herdeiro da Coroa, tinha a intenção de afirmar o poder imperial e erradicar o protestantismo, dando origem à Guerra dos Trinta Anos. *Ibidem*.

<sup>97</sup> Esta declaração de direitos determina entre outras coisas a liberdade, proteção à vida, à propriedade privada, assegurando o poder da burguesia na Inglaterra. *Ibidem*.

III, expressando os direitos dos ingleses como tais e não como integrantes de determinadas classes sociais.

Contudo, para poder contar com um sistema estruturalmente estável, tornava-se necessário fortalecer ainda mais o conceito de pessoa. Em Kant encontrou-se o autor fundamental para elaborar a primeira teoria do conceito de pessoa enquanto sujeito de direitos universais<sup>98</sup>. O postulado do filósofo resumia-se em que somente o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação das leis ou princípios. Para isto, existiriam duas espécies de imperativos: por um lado, os hipotéticos, que representavam a necessidade prática de uma ação possível considerada como meio de se conseguir algo desejado. De outro, os imperativos categóricos que representavam uma ação como sendo necessária por si mesma sem relação com finalidade alguma exterior a ela<sup>99</sup>.

Disto decorre, para o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço. O autor Comparato faz uma interessante colocação sobre esta teoria kantiana ao afirmar que

a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão; tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bem alheios<sup>100</sup>.

E, considera o autor, que a realidade vivida no século XX veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana.

No século XX, conviveu-se com uma realidade, denominada pelos filósofos e psicólogos de existencialista<sup>101</sup>, caracterizada pela despersonalização do homem no mundo contemporâneo e voltada a uma visão estoíca do reconhecimento da essência da personalidade humana<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. *Op.cit.*, 2001, p. 21.

<sup>99</sup> Sobre este tema ver KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, [s.d.].

<sup>100</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. *Op.cit.*, 2001, p. 22.

<sup>101</sup> Entende-se por existencialismo à corrente filosófica e humanística européia que se popularizou a partir de uma crise social e moral à raiz dos estragos e dramas sócio-filosóficos ocasionadas pelas grandes guerras européias do século XX, especialmente a segunda guerra mundial. O Existencialismo busca revelar o que rodeia o homem fazendo uma descrição minuciosa do meio material e abstrato em que se desenvolve o indivíduo para que se obtenha uma compreensão própria e possa ser dado sentido ou encontrar-se uma justificação a sua existência. Ver sobre esta corrente NIETZSCHE, Frederich. **Obras completas**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 56 e ss..

<sup>102</sup> *Idem*, p. 58.

Mesmo assim, afirma-se que a humanidade evolui em seu plano mental e cultural, e não somente em seu plano físico, mostrando que a dignidade da pessoa existe irremediavelmente em todo indivíduo e deve responder perante a violação dos direitos por ela adquiridos<sup>103</sup>.

Por fim, fortalece-se o fundamento da responsabilidade internacional que, inicialmente, foi estreitamente relacionado com o campo da moral<sup>104</sup>. O autor Le Fur<sup>105</sup> fundamentava que todo dano injustamente causado deve ser reparado por quem o casou e o autor Celso Mello<sup>106</sup> acrescentou que a reparação é um princípio geral do direito, mas também deve pertencer à moral.

Independentemente dos critérios pessoais de caracterizar-se a responsabilidade em face da violação de direitos ou não como um dever de ordem moral, o que resulta certo é o fato da sociedade incorporar o instituto da responsabilidade com grande dificuldade<sup>107</sup>.

### 1.1.2 Nas Américas: do Constitucionalismo até as doutrinas Drago e Calvo

Na América, vale destacar as civilizações indígenas extraordinariamente avançadas, entre as quais estão os Maias, os Astecas e os Incas.

Os Maias<sup>108</sup> eram uma sociedade organizada sobre a base de uma grande estratificação social. Na liderança havia a nobreza - os *almenehoob* - grupo privilegiado que monopolizava o poder e a autoridade possuindo postos políticos e religiosos. O governante supremo da província era o *Halach Uinik*, no qual residia o poder absoluto entre os assuntos terrenos e espirituais. Em geral, a terra era propriedade comum e pertencia ao povo, porém os nobres

---

<sup>103</sup> WOLFGANG SARLET, Ingo. *Op.cit.*, 1998, p. 42 e ss.

<sup>104</sup> Sobre o tema da direito e a moral ver ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995.

<sup>105</sup> LE FUR, Louis. **Précis de Droit International Public**. Paris: Librairie Dalloz, 1937, p. 392.

<sup>106</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 2 e ss..

<sup>107</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>108</sup> Os Maias são povos habitantes de uma grande região situada no território Sul do México, Guatemala e outras zonas de América Central. Eles possuem uma rica história de 3000 anos. DICCIONARIO QUINTANA ROO: Enciclopedia Regional. México: Fernandez, 1988.

tinham maior acesso ao produto dela. Embora não a possuíssem, nem a trabalhassem, lucravam com o trabalho dos agricultores<sup>109</sup>.

Já os Astecas<sup>110</sup> possuíam chefes: um deles para as funções civis, outro para as funções judiciais e um terceiro com funções militares e religiosas. Esta civilização provou ter uma estrutura social muito avançada existindo a nobreza, os mercadores, a plebe e, por último, os escravos e servidores. A instituição matrimonial era muito respeitada havendo a obrigatoriedade de adquirir-se este estado castigando-se o adultério com a pena de morte<sup>111</sup>.

No Peru, os Incas (séculos XIV – XV D.E.C) atingiram um alto grau de avanço espiritual criando um verdadeiro código geral humanista desde um inusitado sistema comunista de uso da terra até uma política social de atendimento às necessidades populares. Os Incas mantinham socorro à viúva, ao órfão ou inválido e ao idoso. Neste sistema, não se conhecia a escravidão e nem se exigiam trabalhos forçados e a função pública era conhecida como um serviço à coletividade<sup>112</sup>.

Avançando-se drasticamente no tempo, na Revolução Americana ocorrida a partir de 1776, a notícia da independência dos Estados Unidos da América foi recebida com grande euforia na Filadélfia considerando-se o nascimento de uma nova nação, da liberdade comercial e política, assim como de um governo autônomo. No entanto, fazia-se necessária a criação de um documento que garantisse estes direitos, razão pela qual, onze anos depois, foi promulgada a Constituição Política dos Estados Unidos<sup>113</sup>.

Poderia ser considerada a maior inovação trazida pela Constituição dos Estados Unidos, a transferência do peso do governo federal das costas Estados-membros às costas dos indivíduos. Porém, historicamente, o fato considerado mais importante na Constituição foi a criação de um único governo em um sistema federal<sup>114</sup>. A posição desta Carta resumia-se na

---

<sup>109</sup> DICCIONARIO QUINTANA ROO: *Op.cit.*, 1988.

<sup>110</sup> Os Mexicas ou Astecas foram um povo indígena que após uma longa peregrinação fundou Tenochtitlan (México). *Ibidem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> ROCHA D'ANGELIS, Wagner. *Op.cit.* 2005. p. 128.

<sup>113</sup> ELSON, Henry. **Estados Unidos de América, História de América**. Tomo XXVII. Barcelona: Peuser, 1958. Ver também sobre o assunto, TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934.

<sup>114</sup> TOYNBEE, Arnold J. *Op.cit.* 1934, p.58.

idéia de garantir a liberdade pela qual tanto tinha lutado o povo. Em sua edição, percebeu-se que houve uma limitação extraordinária em relação ao conteúdo pretendido, o que foi levado à demora no processo de sua ratificação por parte dos Estados<sup>115</sup>.

As grandes mudanças que estavam sendo experimentadas nos Estados Unidos chegavam, quase concomitantemente, com o que o professor Ramos chama "marco do fim da irresponsabilidade estatal absoluta<sup>116</sup>", com referência a revolução francesa<sup>117</sup>. Sobre o tema Sterman cita "O avanço em matéria de responsabilidade se deu na Constituição Francesa de 1789, que no seu art.75, encampou o princípio da irresponsabilidade do Estado, mas acolheu a responsabilidade dos seus funcionários (...)"<sup>118</sup>; a autora continua explicando as hipóteses em que se poderia incorrer em responsabilidade ressalvando-se que, com a queda de Napoleão III, o governo provisório, através do Decreto de 18.9.1870, revogou este artigo 75<sup>119</sup>.

Entretanto, concentrando-se no enfoque do estudo regional ibero-americano, como era tradicional aos países colonizados quando se tornavam independentes, enfrentava-se uma luta tanto armada quanto ideológica. E, assim como nos Estados Unidos, França e Espanha fixaram documentos conhecidos como Constituições para garantir estas liberdades. Dentre a numerosa série de Constituições que fizeram o continente americano independente, correspondeu a Venezuela ser o primeiro país a tornar independente da Espanha e, por conseguinte, constituir a primeira Constituição Ibero-Americana sendo sucedida por Nova Granada e Paraguai que, ao contrário das anteriores, imitavam o modelo Estadunidense<sup>120</sup>.

A partir deste momento, a concepção das Constituições foi posta em compasso de espera devido ao intenso clima criado pelas guerras de independência. Deste modo, o que

---

<sup>115</sup> ELSON, Henry. *Op.cit.* 1958, p. 56.

<sup>116</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 38.

<sup>117</sup> Revolução Francesa é o nome dado ao conjunto de acontecimentos que, entre 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799, alteraram o quadro político e social da França. Foi influenciada pelas idéias do Iluminismo e da Independência Americana. A Revolução é considerada como o acontecimento que deu início à Idade Contemporânea. Aboliu a servidão e os direitos feudais na França e proclamou os princípios universais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade (frase de autoria de Jean Nicolas Pache). Durante a Revolução, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou a legislação pela qual era abolido o regime feudal e senhorial e suprimido o dízimo. Outras leis proibiram a venda de cargos públicos e a isenção tributária das camadas privilegiadas. E, para dar continuidade ao trabalho decidiu-se pela elaboração de uma Constituição. Na introdução, que seria denominada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os delegados formularam os ideais da revolução anteriormente citados. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.297 e ss..

<sup>118</sup> STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 14.

<sup>119</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>120</sup> SANCHEZ, Luis Alberto. **Historia General de América**. Santiago: Ercilla. 1949. p. 35.

poderia chamar-se à verdadeira história constitucional das liberdades na América Latina inicia-se propriamente no corte unitário para o Rio da Prata, seguindo a da Grande Colômbia<sup>121</sup>, em 1821, e a do Chile, em 1822 e 1823, etc. Ao final, todas estas Constituições têm como comum denominador à influência notória e apreciável dos princípios doutrinários nascidos na Revolução Francesa denotando-se um contraste entre estes documentos constitucionais ibero-americanos e a vida política destes países.<sup>122</sup>

Quando os norte-americanos adquiriram sua independência e liberdade, o principal problema pelo qual passaram foi a organização do seu próprio governo, posto que a estabilização da liberdade não se apresentava necessária de ser referida constituindo um tema já entendido<sup>123</sup>. Distinta a situação na Ibero-América, pois os crioulos<sup>124</sup> tiveram que definir e obter esta liberdade.

Na questão dos direitos, em todo continente americano, a lista é bastante similar: liberdade da pessoa, inviolabilidade do domicílio, direitos de reunião e associação, liberdade de consciência, liberdade de imprensa, garantia de *habeas corpus*, etc. Em contrapartida, surge a possibilidade de suspensão de muitos destes direitos pelo presidente da república<sup>125</sup>. Nas Constituições, reserva-se esta suspensão para casos especiais de emergência nacional batizando-se com diversos nomes, tais como lei marcial, estado de queda, estado de sitio, etc.

---

<sup>121</sup> A Grande Colômbia era o nome que se dava ao Estado existente entre 1819 e 1831 cujo nome oficial foi República de Colômbia. Foi organizada definitivamente mediante a Constituição de Cúcuta. Compreendia os antigos territórios das entidades coloniais denominadas até 1819 como o Virreinato de Nova Granada e a Capitania Geral de Venezuela. BRITO FIGUEROA, Federico. **História económico y social de Venezuela**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1966, p. 25.

<sup>122</sup> Sobre a história das Constituições Latino-americanas ver HERIQUEZ UREÑA, Pedro. **Historia de la Cultura en América Hispánica**. 7.ed. México: Fondo de Cultura Económica. 1947 e SÁNCHEZ, Luis Alberto. *Ibidem*.

<sup>123</sup> Ao redigir a Constituição dos Estados Unidos, o que se fazia unicamente era fixar que parte da liberdade se concedia ao governo federal declarando-se claramente quais direitos tinham os indivíduos em face do Estado. *Ibidem*.

<sup>124</sup> Crioulo era, originalmente, o filho do europeu ou africano nascido na América ou o filho de casamento inter-racial. Durante o período da América Colonial, os filhos dos grandes aristocratas europeus que tinham filhos nascidos em terras americanas chamavam a seus filhos de *criollo*. O termo era usado como sinônimo para todo aquele que nascesse fora de seu país de origem. Na época da escravatura, os filhos de escravos nascidos em solo estrangeiro também eram chamados crioulos. Entretanto, na América do Norte, o termo passou a ser utilizado de modo pejorativo, para se dirigir às pessoas não brancas. THE NEW Encyclopedia Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica, 2007, v. 3.

<sup>125</sup> HERIQUEZ UREÑA, Pedro. *Op.cit.* 1947 p. 87.

As novidades introduzidas durante o transcurso do século passado foram novos tipos de direitos - os chamados direitos de segunda, terceira e uma possível quarta<sup>126</sup> dimensão<sup>127,128</sup>. Os direitos de segunda dimensão possuem como nota distintiva a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim propiciar um direito de participação no bem-estar social<sup>129</sup>, caracterizando-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, desprendendo-se, em princípio, da figura do homem como titular e destinando-se à proteção de grupos humanos, como direitos de titularidade difusa<sup>130</sup>.

Contudo importa considerar que, nas Américas durante o século XIX e inícios do século passado, os únicos direitos das pessoas individuais que eram protegidos no âmbito internacional, até o final da segunda guerra mundial, eram os dos estrangeiros. Estes não tinham a possibilidade de reclamar diretamente no plano internacional devendo solicitar a proteção diplomática de seu Estado originário. Por sua parte, os nacionais estavam cobertos simplesmente com o direito interno e não estavam capacitados para realizar nenhuma reclamatória no plano internacional. Então, as demandas de indenização dos estrangeiros passaram constituir um problema na política exterior dos Países Latino-americanos<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> O autor e professor Paulo Bonavides posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. Porém, esta hipótese não tem tido apoio majoritário dentro da doutrina e, não sendo objeto direto de estudo, evitamos posicionarmos a respeito. Sobre este tema ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.

<sup>127</sup> Sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais ver ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003 e WOLFGANG SARLET, Ingo. *Op.cit.*, 1998, p. 46 e ss..

<sup>128</sup> O autor INGO WOLFGANG salienta que "Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, então de alternância de tal sorte que o uso da expressão gerações, pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões", e esclarece que o professor P. Bonavides, foi o primeiro a fazer alusão a esta imprecisão terminológica. *Idem*, p. 47.

<sup>129</sup> O autor faz referencia a LAFER, C. A construção dos direitos humanos. In: WOLFGANG SARLET, Ingo. *Op.cit.*, 1998, p. 49.

<sup>130</sup> *Idem*. p. 50.

<sup>131</sup> BARBERIS, Julio A. Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Líber: Persona Humana y Derecho Internacional**. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997.p. 81.

A fim de limitar a responsabilidade do Estado, os Países latino-americanos equiparam os estrangeiros, em matéria de direitos civis, com os nacionais, tendo sido dados os primeiros passos neste caminho nas Conferências Interamericanas de 1890, 1902 e 1933<sup>132</sup>, ocorridas em Washington, Cidade do México e Montevideú, respectivamente<sup>133</sup>.

Em colaboração à questão da limitação da responsabilidade do Estado, o jurista Luis Podesta Costa elaborou a teoria "comunidade de fortuna", onde se limitavam os prejuízos sofridos pelos estrangeiros<sup>134</sup>.

Por conseqüência, os Estados Latino-americanos trataram de impor certos limites ao exercício da proteção diplomática através de instrumentos internacionais, assim como nacionais<sup>135</sup>. Podemos citar, como exemplo, o artigo 126<sup>136</sup> da Constituição do Peru de 1979, o artigo 33<sup>137</sup> da Constituição de Honduras e o artigo 27<sup>138</sup> da famosa Constituição de

---

<sup>132</sup> O autor faz referência ao destaque na matéria da resolução 18.IV.1890, da I Conferência Interamericana; ao artigo 2 da Convenção relativa aos direitos dos estrangeiros aprovada pela segunda Conferência Interamericana em 1902 e ao artigo 9 da Convenção sobre direitos e deveres dos Estados, aprovada pela VII Conferência Interamericana de 1933. BARBERIS, Julio A. *Op.cit.* p. 79 In: GROS ESPIELL, Héctor. *Op.cit.* 1997.

<sup>133</sup> Com o afã de estimular o estudo da história latino-americana o governo Mexicano tem criado um Guia digital onde podem ser encontrados trechos dos documentos originais criados nestas conferências denominadas Pan-americanas, Disponível em: <[www.ser.gob.mx/acervo/base\\_datos\\_conferenciasir.htm](http://www.ser.gob.mx/acervo/base_datos_conferenciasir.htm)>. Acesso em 20 de junho de 2007.

<sup>134</sup> Ver PODESTA COSTA, Luis. **Ensayo sobre las luchas civiles y el derecho internacional**. Buenos Aires: [s.ed.], 1926.

<sup>135</sup> BARBERIS, Julio A. *Op.cit.* p. 80 In: GROS ESPIELL, Héctor. *Op.cit.* 1997.

<sup>136</sup> "A propriedade rege-se exclusivamente pelas leis da República. No que se refere à propriedade, os estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas, estão na mesma condição que os peruanos, sem que, em nenhum caso, possam invocar a respeito situações de exceções nem proteção diplomática. Porém, dentro de cinquenta quilômetros das fronteiras, os estrangeiros não podem adquirir, nem fontes de energia, direta nem indiretamente, individualmente nem em sociedade sob pena de perder, em benefício do Estado, o direito adquirido. Excetuasse no caso de necessidade nacional declarada ou expressa". Artigo 126. PERU. Constituição da República do Peru: promulgada o 12 de Julho de 1979. Disponível em: <[http://www.congreso.gob.pe/grupo\\_parlamentario/aprista/constitucion1979.htm](http://www.congreso.gob.pe/grupo_parlamentario/aprista/constitucion1979.htm)> Acesso em 20 de junho de 2007.

<sup>137</sup> "Os estrangeiros somente poderão, dentro dos limites que estabeleça a lei, desempenhar empregos no ensino das ciências e das artes e prestar ao Estado, serviços técnicos ou de assessoramento, quando não tenha hondurenhos que possam desempenhar tais empregos ou prestar tais serviços". Artigo 33. SALVADOR Constituição de la República de Honduras: promulgada o 11 de Janeiro de 1982. Disponível em: <[http://www.honduras.net/honduras\\_constitution.html](http://www.honduras.net/honduras_constitution.html)>. Acesso em 20 de junho de 2007.

<sup>138</sup> O Artigo 27 estabelece que a terra é originalmente propriedade da Nação, do Estado, o qual pode conceder seu controle aos cidadãos, com certas restrições como: (1) Nenhuma pessoa, física ou moral, de nacionalidade estrangeira poderá ser proprietária de terras que se localizem a menos de 100 km das fronteiras ou 50 km do mar; (2) As áreas localizadas nas costas são propriedade federal e não poderão ser vendidas a particulares e só a Nação pode controlar; (3) A exploração, extração, produção, processamento e distribuição do petróleo e seus derivados corresponde única e exclusivamente à Nação. Sobre os artigos desta e outras constituições Mexicanas ver: NIEMEYER, Victor Jr. **Revolución en Queretano: el Congreso Constituyente Mexicano de 1916-1917**. México: Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1992.

Querétano<sup>139</sup>, produto da Revolução Mexicana, que resultou no marco dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Na América Latina, são mais utilizadas as doutrinas Calvo e Drago que limitavam a proteção diplomática dos contratos celebrados entre os Estados latino-americanos em concessões de obras e serviços públicos estrangeiros<sup>140</sup>.

As idéias de Carlos Calvo se cristalizaram na "cláusula Calvo" baseada nos princípios da soberania nacional e da igualdade entre os cidadãos nacionais e estrangeiros dentro da jurisdição territorial. Segundo esta, os Estados soberanos gozam do direito de estar livres de qualquer forma de interferência por parte dos outros Estados e os estrangeiros não deviam desfrutar de maiores direitos do que os nacionais; as diferenças surgidas entre eles deveriam ser solucionadas nos tribunais internos do Estados territoriais<sup>141</sup>.

Em outras palavras e aproveitando o ensinamento do autor Jiménez De Aréchaga, a cláusula Calvo "é uma estipulação passada em um contrato entre um estrangeiro e um governo, no qual o estrangeiro entra em um convênio de não acudir ao governo de sua nacionalidade para que o proteja em relação a qualquer conflito que surja<sup>142n</sup>". Com a prática, esta cláusula converteu-se em disposição pela qual os estrangeiros eram obrigados a renunciar ao recurso da proteção diplomática de forma que somente poderiam recorrer aos Tribunais do Estado receptor submetendo-se à legislação local<sup>143</sup>.

Tendo sido bem sucedida a doutrina Calvo, em 1926, a Comissão que se incumbiu das reclamações americano-mexicanas, no julgamento do caso *North American Dredging Company*<sup>144</sup>, estabeleceu-se que o particular estava impedido de recorrer à proteção diplomática do seu governo a propósito da execução ou da interpretação do próprio contrato havendo aceito no contrato a estipulação do gênero da Cláusula Calvo<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> A Constituição Mexicana de 1917 é considerada um aporte da tradução jurídica mexicana ao constitucionalismo universal, já que foi a primeira constituição da história que inclui direitos sociais, dois anos antes que a Constituição Alemã de Weimar, 1919. NIEMEYER, Victor Jr. *Op.cit.* 1992, p. 57.

<sup>140</sup> BARBERIS, Julio A. *Op.cit.* p. 80 In: GROS ESPIELL, Héctor. *Op.cit.* 1997.

<sup>141</sup> COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Bases de Dados da Biblioteca Interamericana de Direitos Humanos. Reporte E/CN.4/Sub.2/2004/NGO/10, 2004. Trabalho não publicado.

<sup>142</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.*, 1992. p. 558.

<sup>143</sup> *Idem*, p. 559.

<sup>144</sup> *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 26 e ss..

<sup>145</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público**: Curso Elementar, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 285.

A Nona Conferência Interamericana, ocorrida em Bogotá em 1948, consagrou a doutrina Calvo no âmbito regional, na Carta da Organização dos Estados Americanos no seu artigo 15<sup>146</sup>; no Pacto de Bogotá, no artigo 7<sup>147</sup>; na Resolução 3.171 do 17 de dezembro de 1973 da Assembléia Geral das Nações Unidas (Soberania permanente sobre os recursos naturais), e em diversas constituições americanas<sup>148</sup>, a saber: Constituição da República de Argentina, em seu artigo 116<sup>149</sup>; Constituição da República de Bolívia, no artigo 24<sup>150</sup>; Constituição da República de El Salvador, nos artigos 98 e 99<sup>151</sup>; Constituição da República de Equador, no artigo 14<sup>152</sup>; Constituição da República de Guatemala, no artigo 29<sup>153</sup>;

<sup>146</sup> "A jurisdição dos Estado nos limites do território nacional se exerce igualmente sobre todos os habitantes, sejam nacionais ou estrangeiros". Novena Conferencia Interamericanas, Disponível em: <[www.ser.gob.mx/acervo/base\\_datos\\_conferenciasir.htm](http://www.ser.gob.mx/acervo/base_datos_conferenciasir.htm)> Acesso em 20 de junho de 2007.

<sup>147</sup> "As partes se obrigam a não intentar reclamação diplomática para proteger a seus nacionais nem a iniciar ao efeito uma controvérsia perante a jurisdição internacional quando tais ditos nacionais tenham tido expedidos os meios para acudir aos tribunais nacionais competentes do Estado respectivo". *Ibidem*.

<sup>148</sup> COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Bases de dados da biblioteca Interamericana de Direitos Humanos. Reporte E/CN.4/Sub.2/2004/NGO/10, 2004. Trabalho não publicado.

<sup>149</sup> "Corresponde à Corte Suprema (...) das causas concernentes a embaixadores, ministérios públicos e cônsules estrangeiros: das causas de almirantes e jurisdição marítima: dos assuntos na Nação que sejam parte: das causas que se suscitem entre duas ou mais províncias; entre uma província e os vizinhos de outra; entre os vizinhos de diferentes províncias; e entre uma província ou seus vizinhos, contra um Estado ou cidadão estrangeiro". Artigo 116. ARGENTINA. Constituição Nacional de Argentina: promulgada o dia 24 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>> Acesso em 21 de junho de 2007.

<sup>150</sup> "As empresas e súditos estrangeiros estão submetidos às leis bolivianas, sem que em nenhum caso possam invocar situação excepcional nem apelar a reclamações diplomáticas". Artigo 24. BOLÍVIA. Constituição Política da República de Bolívia: promulgada no dia 02 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.bo/leyes\\_decretos/constitucion\\_estado.asp](http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp)>. Acesso em 21 de junho de 2007.

<sup>151</sup> "Nem os salvadorenos nem os estrangeiros poderão em nenhum caso reclamar ao governo indenização por danos ou prejuízos que a suas pessoas (...)". Artigo 98. "Os estrangeiros não poderão acudir à via diplomática senão nos casos de delegação de justiça e depois de esgotados os recursos legais (...)". Artigo 99. EL SALVADOR. Constituição Política da República de El Salvador: promulgada no dia 08 de janeiro de 1962. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>>. Acesso em 21 de junho de 2007.

<sup>152</sup> "Os contratos celebrados pelas instituições do Estado com pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras levarão implícita a renúncia a toda reclamação política (...)". Artigo 14. EQUADOR. Constituição Política da República do Equador : promulgada no dia 10 de agosto de 1998.

Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.ec/modulos.asp?id=109>> Acesso em 21 de junho de 2007.

<sup>153</sup> "(...) Os estrangeiros unicamente poderão acudir à vida diplomática em caso de denegação de justiça". Artigo 29. Tradução Livre. GUATEMALA. Constituição (reformada em 1993). Constituição da República de Guatemala: reformada em junho de 1993. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0134.pdf>> Acesso em 21 de junho de 2007.

Constituição da República do Peru, no artigo 63<sup>154</sup>; Constituição da República Bolivariana da Venezuela, no artigo 151<sup>155</sup>;

Este sistema teve algumas variantes, entre elas:

- A Cláusula Calvo legislativa: que reconhece a tese difundida por Calvo editando o Estado com respeito aos estrangeiros não súditos, lei entre duas partes: estrangeiro, de um lado, e, Estado, de outro.
- A Cláusula Calvo de Esgotamento dos Recursos Locais: o estrangeiro obriga-se a esgotar todos os recursos legais do Estado antes de solicitar a proteção diplomática.
- A Cláusula Calvo com Renúncia da Proteção Diplomática: ocorre quando uma pessoa jurídica ou física ou estrangeira firma um instrumento obrigacional ou contrato com o Estado onde se compromete a não procurar seu Estado de origem para aparelhar qualquer tipo de reclamação ou medida judicial contra o Estado ofensor<sup>156</sup>.

Ao declínio desta cláusula, atribuem-se várias causas:

- Que o Pós-guerra criou uma tensão internacional quebrando a possibilidade de discussão de matérias menores; e
- Que cada dia há uma melhora das condições da administração da Justiça e da estabilidade política de boa vontade entre os Estados, em especial no hemisfério americano<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> "O investimento nacional e o estrangeiro se sujeitam as mesmas condições (...)". Artigo 63. PERU. Constituição Política República do Peru: promulgada o dia 31 de outubro de 1993.

Disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.htm>>. Acesso de 21 de junho de 2007.

<sup>155</sup> "Nos contratos de interesse público, se não for improcedente de acordo com a natureza do mesmo, se considerará, ainda quando não esteja expressa, uma cláusula segundo a qual as dúvidas e controvérsias que possam suscitar-se sobre ditos contratos e que não chegassem a ser resolvidas amigavelmente pelas partes contratantes serão decididas pelos tribunais competentes da República em conformidade com suas leis, sem motivo nem causa que se possa dar origem a reclamações estrangeiras". Artigo 151.VENEZUELA. Constituição República Bolivariana da Venezuela: promulgada no 15 de dezembro de 1999. Disponível em: < <http://www.venezuela-oas.org/Constitucion%20de%20Venezuela.htm>> Acesso 21 de junho de 2007.

<sup>156</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 300-301.

<sup>157</sup> SHEA apud RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 302.

Atualmente, considera-se que a proteção diplomática perdeu utilidade porquanto não se encontram marcadas diferenças entre nacionais e estrangeiros na realidade vivida.

Por sua parte, a doutrina Drago tinha como objetivo proibir a utilização da força para a cobrança das dívidas públicas dos Países da América Latina, tendo sido anunciada em 1902 pelo Ministro de Relações Exteriores, o argentino Luis Maria Drago, em resposta ao não cumprimento da Doutrina Monroe<sup>158</sup> por parte dos Estados Unidos, estabelecendo-se, assim, que nenhum estrangeiro poderia utilizar a força contra uma nação americana para arrecadar uma dívida<sup>159</sup>.

À época, Grã-Bretanha, Alemanha e Itália haviam bloqueado os portos devido à grande dívida da Venezuela adquirida pelo presidente Cipriano Castro<sup>160</sup>. Em face deste ataque, os Estados Unidos disseram que não apoiariam um estado que se visse afetado pelos ataques de potências européias que não se originassem com a intenção de recuperar territórios americanos e colonizá-los. Então, surgiu o protesto por parte do chanceler argentino<sup>161</sup>. Isto decorreu do fato de a Inglaterra propor a cobrança da dívida com a invasão armada dos Estados devedores; já os Estados Unidos, liderando outro grupo de Estados, propunha a saída jurídica da arbitragem<sup>162</sup>. Neste aspecto, deve-se levar em conta que, à época, a saída diplomática fora adotada como um certo reflexo com sustento às idéias de Carlos Calvo<sup>163</sup>.

Drago fazia duas ressalvas. A primeira no sentido de que tal Doutrina não é uma defesa da má-fé ou da desordem e da insolvência deliberada e voluntária. A segunda de que a Doutrina dirige-se contra as intervenções armadas e não contra as intervenções diplomáticas<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> A Doutrina Monroe, enunciada inicialmente em 1823 pelo então presidente dos Estados Unidos, James Monroe, em resposta à ameaça que tinha como ambição a restauração monárquica na Europa e à Santa Aliança, sintetizou-se posteriormente na fórmula "América para os americanos". Em virtude desta, os Estados Unidos, interpretariam como perigosa para sua paz e segurança toda tentativa do Velho Mundo em recuperar ou estender sua influência sobre o continente americano. PEREYRA, Carlos. **Breve história de América**. Madrid: M.Aguilar. 1930, p. 660.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Cipriano Castro foi um militar e político venezuelano que, mediante um golpe de Estado, converteu-se Presidente da República entre 1899 e 1908. THE NEW Encyclopedia Britannica. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2007. v. 6

<sup>161</sup> PEREYRA, Carlos. *Op.cit.*. 1930, p. 661.

<sup>162</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 308.

<sup>163</sup> Carlos Calvo (1822 – 1906), historiador, educou-se e atuou na vida pública da Argentina dedicando sua vida ao estudo das leis. THE NEW Encyclopedia Britannica. Chicago: Encyclopedia Britannica, 2007, v. 6.

<sup>164</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 311.

A tendência em matéria de contrato ou Direito Obrigacional Internacional, no que diz com a responsabilidade internacional do Estado, é a responsabilização do Estado por um ato ilícito internacional que efetivamente fira uma norma tida e aceita como Direito Internacional regedora do contrato em questão. Apesar de, geralmente, o contrato firmado entre um Estado e um súdito estrangeiro ou uma pessoa jurídica estrangeira ser regido por norma interna do Estado contratante. Contudo, caso esta obrigação ou contrato fira direitos destas pessoas, o Estado será responsável<sup>165</sup>.

### 1.1.3 Trabalhos de codificação da C.D.I (Comissão de Direito Internacional) e suas fases

Por outro lado, ao tratar-se da história da responsabilidade internacional do Estado não se pode deixar de ressaltar as múltiplas tentativas de codificação da matéria. No século XVIII, Jeremy Bentham<sup>166</sup> propôs a codificação completa do direito internacional. E um dos primeiros projetos criados que devemos citar é o das "Regras relativas à responsabilidade do Estado em face de danos causados a pessoas e bens estrangeiros<sup>167</sup>", realizado no Japão.

Em Viena, nos anos de 1814-1815, foram aprovadas disposições relativas ao regime dos rios internacionais, à abolição da escravidão e ao tratamento dos representantes diplomáticos. Outros documentos e conferências de grande importância foram os relacionados à Convenção de Paris sobre Propriedade Intelectual, de 1883, a Convenção da Cruz Vermelha de Genebra, de 1864, e as Conferências de Paz, de 1899 e 1907<sup>168</sup>.

No entanto, na Sociedade das Nações é que este processo codificador apresentou-se como um dos problemas constantes de maior risco e polêmica. Nos trabalhos da Conferência de Codificação de 1930, debateu-se sobre a questão de fundo: os tratados aos estrangeiros e a possibilidade de que o Estado responda por atos contra eles. Desde então, têm ocorrido

---

<sup>165</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 304.

<sup>166</sup> Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês; seus trabalhos iniciais atacando o sistema legal e judicial inglês levaram à formulação da doutrina utilitarista. Discrepava com o racionalismo de Rousseau. Sobre a vida deste jurista recomenda-se ver: KELLY, P.J. **Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law.** [s.l.]: Oxford, 1983.

<sup>167</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 129.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 130

esforços sobre o tema, tais como o Instituto de Direito Internacional (*Institut de droit International*<sup>169</sup>), que realizou três Projetos sobre o tema, nos anos 1927, 1956 e 1965; a Associação de Direito Internacional (*International Law Association*<sup>170</sup>) e o Centro de Pesquisa em Direito Internacional de Harvard (*Harvard Research in International Law*), onde se elaboraram dois relatórios sobre a responsabilidade internacional dos Estados: o primeiro, por Borchard, em 1929, e o segundo, por Sohn e Baxter, em 1956. Em ambos casos, o objetivo era favorecer o processo paralelo de codificação oficial que se levava em consideração na Sociedade das Nações e nas Nações Unidas, respectivamente<sup>171</sup>.

Em 1947, estabeleceu-se uma comissão de direito internacional para promover o desenvolvimento e a codificação do direito internacional. Na área da Responsabilidade do Estado nomeou-se<sup>172</sup> Relator, em 1956, o cubano Francisco García Amador, que elaborou 6 informativos ou relatórios sendo que cinco deles não foram endossados pela Comissão de Direito Internacional (CDI). García Amador ficou adstrito à responsabilidade internacional do Estado por danos causados em seu território a estrangeiros ou seus bens, formulando a proteção diplomática como meio de salvaguarda dos direitos dos estrangeiros e insistindo em que é o Estado da nacionalidade que, no exercício discricionário de um direito próprio, decide exercer ou não a proteção diplomática<sup>173</sup>. Porém, vários membros da CDI lembraram que, conforme o Direito internacional positivo, somente existia uma responsabilidade internacional de caráter interestatal na qual o indivíduo não era mais do que o objeto material sobre o qual recaíam os direitos e as obrigações assumidos pelos Estados no plano internacional<sup>174</sup>.

Este Relator manteve firme sua posição nos relatórios, detalhando sua proposta<sup>175</sup>. Destaca-se que o Professor García Amador mantinha seus estudos com uma ligação muito

---

<sup>169</sup> O Instituto de Direito Internacional é uma organização privada destinada ao estudo e desenvolvimento do direito internacional. A idéia original nasceu do Belga Gustave Rolin – Jaequemyns e outros 10 juristas no dia 8 de setembro de 1873. Atualmente sua sede fica em Genebra na Suíça. Sobre sua estrutura e funcionamento *site* oficial, disponível em: <<http://www.idi-iil.org/>>. Acesso em 23 de junho de 2007.

<sup>170</sup> A Associação de Direito Internacional foi fundada em Bruxelas, em 1873, com o objetivo de estudar, esclarecer e desenvolver o direito internacional, tanto público como privado. Todas as informações básicas sobre esta Associação disponíveis em: <<http://www.ila-hq.org/>>. Acesso em 23 de junho de 2007.

<sup>171</sup> Sobre os antecedentes históricos da Comissão Internacional de Direito ver o *site* oficial disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>> .Acesso em 23 de junho de 2007.

<sup>172</sup> Nomeação realizada com base na Resolução 799, de 07 de dezembro de 1953, da Assembléia Geral da ONU.

<sup>173</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 45.

<sup>174</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 23.

<sup>175</sup> *Ibidem.*

estreita com a Faculdade de Direito de Harvard sendo que isto não era bem visto por todos<sup>176</sup>. Em 1962, a Assembléia Geral das Nações Unidas recomendou que a CDI abandonasse o enfoque setorial na responsabilidade internacional por danos causados aos estrangeiros e decidiu pela codificação das normas gerais que regem a responsabilidade internacional do Estado em função, sobretudo, da aparição de novos Estados a partir do processo de descolonização<sup>177</sup>.

Já em 1969, ocorreu a nomeação do segundo Relator, Roberto Ago, que propôs inúmeras modificações nas idéias apresentadas por seu antecessor. Dentre elas, elaborou as "bases de discussão" que colocava os seguintes problemas: em primeiro lugar, a idéia de uma responsabilidade internacional de caráter penal; em segundo, a subjetividade internacional do indivíduo em matéria de responsabilidade; por terceiro, a conexão dos Direitos Humanos com a responsabilidade por maus tratos aos estrangeiros; e, por último, a discussão central sobre ser a responsabilidade internacional objetiva ou uma responsabilidade fundada na culpa.

A CDI decidiu não tratar a responsabilidade por atividades lícitas, deixando-a para uma futura codificação. Em relação às atividades ilícitas, tentou-se a adoção de uma responsabilidade objetiva em substituição à antiga responsabilidade por culpa. Procurava-se discutir, assim, a questão da responsabilidade internacional através do reflexo provocado pela violação de uma obrigação ou norma internacional<sup>178</sup>.

Neste momento, surge a distinção entre estudos das "normas primárias" e estudos das "normas secundárias", tendo sido estas formuladas pelo Relator Ago da seguinte maneira:

A Comissão acordou na necessidade de concentrar seu estudo na determinação dos princípios que governam a responsabilidade dos Estados por fatos ilícitos, mantendo uma estrita distinção entre esta tarefa e a tarefa de definir as regras que impõem obrigações aos Estados, cuja violação podem gerar responsabilidade (...). Mas, isto não deve obscurecer o fato essencial de que é uma coisa definir uma regra e o conteúdo da obrigação que tem sido violada e qual deve ser sua consequência. Somente o segundo aspecto entra dentro da esfera da responsabilidade propriamente dita<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 45.

<sup>177</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998. 25.

<sup>178</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 46.

<sup>179</sup> Anuário da Comissão de Direito Internacional. v.2, 1970, p. 306 e ss.

Com isto a CDI não pretendia codificar as normas primárias, que são aquelas que impõem obrigações aos Estados cuja violação possa ser causa de aplicação da responsabilidade internacional. Esta Comissão queria mesmo codificar as normas secundárias, quais sejam aquelas que têm por objeto estabelecer as conseqüências jurídicas do não cumprimento das obrigações contidas nas normas primárias<sup>180</sup>.

Pelo professor Ago, originaram-se os 34 artigos iniciais do Projeto<sup>181</sup>. Esta primeira parte do projeto fazia referência unicamente à responsabilidade dos Estados por fatos internacionais ilícitos, deixando à margem as questões relativas à obrigação de reparar as conseqüências prejudiciais que possam ter a realização de determinadas atividades não proibidas pelo Direito Internacional. A CDI considerou que esta categoria não poderia ser tratada conjuntamente a primeira<sup>182</sup>, mas sim de modo separado. E de fato assim se fez na versão final de 2001. É importante destacar que no artigo 1º. deste Projeto ficou estabelecido que "Todo fato internacionalmente ilícito de um Estado dá lugar à responsabilidade internacional deste<sup>183</sup>", denotando-se a responsabilidade objetiva<sup>184</sup>.

Em 1979, em continuidade às idéias de Ago, elegeu-se novo Relator, o jurista holandês Willem Riphagen, que apresentou seis novos informativos<sup>185</sup> relativos à forma, conteúdo, grau e execução da responsabilidade internacional ficando responsável pela elaboração da segunda parte do Projeto deixado pelo Professor Ago<sup>186</sup>.

O professor Riphagen foi substituído por um novo Relator, em 1988, o italiano Gaetano Arangio-Ruiz, mas em seu período ocorreram consideráveis avanços na elaboração de uma série de artigos provisórios que delineavam os princípios gerais da Responsabilidade

---

<sup>180</sup> Anuário da Comissão de Direito Internacional. v.2, 1980, p. 25 e ss.

<sup>181</sup> Um projeto que ambicionava a compilação dos artigos referentes à responsabilidade do Estado, teve seu fim no 53º período de sessões da CDI, realizada em Genebra entre os dias 23 de abril a 1º. de junho e entre 02 de julho a 10 de agosto de 2001, dando origem ao documento intitulado "Título e texto do projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos aprovados pelo Comitê de Redação em segunda leitura."

<sup>182</sup> Anuário da Comissão de Direito Internacional. v.2, 1980, p. 28.

<sup>183</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>184</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 47.

<sup>185</sup> Anuário da Comissão de Direito Internacional. vol. II, 1980. p. 105; vol. II, 1981. p. 81; vol.II, 1982.p. 25; vol. II, 1983.p.3; 1984 .p.5; 1985. p. 3; 1986, p.1.

<sup>186</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 47.

Internacional. No relevante ano de 1996, este professor apresenta sua renúncia já que foi aprovada em primeira leitura a totalidade do Projeto sobre a responsabilidade dos Estados<sup>187</sup>.

A primeira parte, terminada em 1976, foi chamada de *Origin of International Responsibility*, a segunda parte, de *Content, Forms and Degree of International Responsibility*; e a terceira parte, denominada de *Settlement of Disputes*<sup>188</sup>.

Apesar do referido pelo Estatuto a respeito da figura do Relator Especial, na qual se prevê que a nomeação será feita unicamente para relatores de projetos de desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, na prática, a CDI tem nomeado Relatores Especiais mesmo antes da existência de um projeto<sup>189</sup>.

Em razão disto, em 1978, a CDI incluiu na sua agenda o tema da Responsabilidade Internacional pelas conseqüências prejudiciais dos atos não proibidos pelo Direito Internacional nomeando como Relator especial para esta temática a Sr. Robert. Q. Quentin-Baxter, que apresentou 5 relatórios. Em 1985, houve sua substituição pelo Professor Argentino, Julio Barboza, até 1997, período no qual apresentou um total de 12 relatórios. A partir daí, correspondeu ao Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao ser o novo Relator especial. Com estes três, chega-se a um conjunto de 22 artigos, mas, após a primeira leitura, os artigos que se referiam ao estabelecimento da responsabilidade foram suprimidos, uma vez que tais circunstâncias deveriam ser postas nas regras gerais da Responsabilidade Internacional<sup>190</sup>.

O professor de Senegal Doudou Thian também foi nomeado Relator especial tendo sob seu encargo o tema dos crimes contra a paz e segurança da humanidade; apresentou 9 relatórios sobre a matéria que se entrelaçava com a Responsabilidade aqui tratada<sup>191</sup>.

Na sessão de 1997, aguardando as respostas dos Governos sobre as propostas efetuadas no ano anterior, a CDI nomeou o jurista australiano James Crawford como novo Relator sobre a Responsabilidade dos Estados e também mostrou sua determinação em

---

<sup>187</sup> C.D.I. *Labor realizada en su 48º período de sesiones*. A/51/10. Informe. p. 133.

<sup>188</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 48.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> C.D.I Informe. capítulo IV.1998.

<sup>191</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 48.

concluir a segunda leitura do tema final que seria tratado no próximo quinquênio (1997-2001)<sup>192</sup>.

Por último, merece especial atenção o tema da responsabilidade internacional do Estado por violação das normas internacionais sobre direitos humanos, o qual desde o primeiro informativo do professor Ago em 1969, exigiu atenção observando-se que, no contexto da codificação das normas gerais sobre a responsabilidade do Estado, deveria tratar-se de normas que regessem casos especiais como os direitos humanos. Sobre este ponto, a CDI manifestou-se, no mesmo ano, da seguinte forma:

Se a proteção dos estrangeiros vai a vincular-se no sucessivo à proteção dos direitos humanos a Comissão deverá prever as modalidades de aplicação prática que se desprendam (...). As controvérsias não serão já conflitos entre dois Estados. O Estado que atente contra os direitos dos estrangeiros, ou seja, contra os direitos humanos, terá que render contas à comunidade dos Estado, em virtude de uma proteção internacional comum. Em outras palavras, existe uma garantia coletiva em cujos términos o Estado culpável é o mesmo que no sistema de proteção diplomática dos estrangeiros, mas o Estado prejudicado não é já somente o Estado de nacionalidade da pessoa que sofreu o dano, agora está interessada toda uma comunidade<sup>193</sup>.

Não se pode negar o caráter prematuro do pensamento manifestado por García Amador, mas as preocupações manifestadas sobre a responsabilidade internacional do Estado pela violação das normas internacionais sobre direitos humanos estão plenamente justificadas no contexto do século XX, um século de lembranças fortes, produto de duas guerras atroz.

Por último, e para fechar prosperamente tanto anos de esforços, em 2001, na 53ª sessão da CDI<sup>194</sup>, deu-se por concluído um projeto integral sobre a responsabilidade internacional dos Estados por fatos internacionalmente ilícitos<sup>195</sup>, o qual é fundamental para esta pesquisa.

---

<sup>192</sup> C.D.I. *Labor realizada en su 49º período de sesiones*. A/52/10. Informe, p. 9-10.

<sup>193</sup> C.D.I. *La intervención de Eustathiades*. Informe. 1969, p. 188.

<sup>194</sup> C.D.I. Labor realizada em seu 53º período de sessões de 23.04. a 01. 06 e de 02.07 a 10.08 de 2001.

<sup>195</sup> A leitura deste documento pode ser feita no *site* oficial da Comissão de Direito Internacional, Disponível em: <[http://www.uam.es/centros/derecho/publico/areadip/ProyectoArtsCDI\(Responsab\).pdf](http://www.uam.es/centros/derecho/publico/areadip/ProyectoArtsCDI(Responsab).pdf)>. Acesso em junho de 2007.

## 1.2 TEORIA GERAL: FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE

### 1.2.1 Definição da responsabilidade internacional

A pessoa humana tem direitos e por isto que é considerada como tal. Por conseqüência não se pode falar da pessoa como um meio, mas sim como um fim<sup>196</sup>. Com a aquisição destes direitos, surge o direito de obediência aos mesmos, a responsabilização pelos direitos próprios e de terceiros. Então, pode-se dizer que a responsabilidade aparece como um dos elementos do conceito pessoa<sup>197</sup>.

Em português, a palavra responsabilidade tem várias acepções:

- Como a imputabilidade ou possibilidade de ser considerado um sujeito de dívida ou obrigação.
- Como encargo, compromisso ou obrigação.
- Como sinônimo de causa<sup>198</sup>.

Este termo tem sido utilizado pela sociedade em grande número de acepções<sup>199</sup>, distinguindo-se entre a responsabilidade ordinária<sup>200</sup>, a puramente moral<sup>201</sup> e a que é objeto de nosso estudo, a responsabilidade jurídica.

---

<sup>196</sup> MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a Lei Natural**. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p. 62.

<sup>197</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.58.

<sup>198</sup> DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA: uma realização da Academia das Ciências de Lisboa e da Fundação Calouste Gulbenkian. Vol. II. Lisboa: Verbo, 2001.

<sup>199</sup> CHENG, Bin. **General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 456.

<sup>200</sup> Responsabilidade ordinária no sentido de responsabilidade comum, entenda-se, estar no comando de uma situação ou pessoa. É a acepção de responsabilidade mais utilizada pela sociedade. Sobre as diversas acepções do conceito responsabilidade ver: LARRAÑAGA, Pablo. **El concepto de responsabilidad**. México: Fontamara, 2000, p. 105 e ss.

<sup>201</sup> Responsabilidade moral, do ponto de vista ético, relaciona-se com as ações e seu valor moral. De acordo com esta perspectiva, é um sistema de princípios e juízos compartilhados pelos conceitos e as crenças culturais, religiosas e filosóficas, o que determina se algumas ações dadas são corretas ou incorretas. Este termo aparece relacionado com temas como o determinismo ou livre arbítrio, já que sem liberdade é difícil ser culpado pelas próprias ações e sem esta a responsabilidade moral, a natureza do castigo e a ética se converteriam numa interrogação. *Ibidem*.

O autor Pontes De Miranda nos dá sua opinião sobre estas diversas acepções que possui a responsabilidade:

Uma delas peculiar aos adeptos da doutrina do livre-arbítrio, repugna à ciência. Outra mais restrita se refere à distinção, aliás, bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica; é o critério dos psiquiatras e da antropologia criminal. Outra, finalmente, é rigorosamente sociológica e constitui o objeto das nossas cogitações.(...) A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureça<sup>202</sup>

O autor continua explicando que a responsabilidade deve estar inserida no quadro das tentativas de adaptação social pelo homem, já que o homem não necessariamente é o objeto da responsabilidade<sup>203</sup>, como demonstram as tentativas de imputação de animais e de coisas<sup>204</sup>.

Do ponto de vista da organização social, a responsabilidade moral diferencia-se da responsabilidade jurídica pelo seu caráter interno. A responsabilidade moral diz respeito ao caráter interno das condutas, sem importar-se com aspectos externos como o fato de que estas tenham sido descobertas ou sancionadas; pelo contrário, processos jurídicos não são necessariamente processos que levem à intenção de exercer um ato<sup>205</sup>. Este tipo de responsabilidade repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante sua própria consciência ou perante uma entidade superior conforme seja ou não um homem de fé<sup>206</sup>.

O grande jurista Kelsen afirma: "Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito<sup>207</sup>". A responsabilidade moral aparece geralmente relacionada com temas como o determinismo ou livre-arbítrio, já que sem a liberdade é difícil ser culpado pelas próprias ações e sem esta a responsabilidade moral, a natureza do castigo e ética se converteriam numa interrogação<sup>208</sup>.

<sup>202</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p.3.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.59.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, v.7, 1998, p.19.

<sup>207</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

<sup>208</sup> *Ibidem*.

O professor Mello, seguindo a análise dos vários autores<sup>209</sup> que relacionam a moral com o livre arbítrio, mostra seu ceticismo em face desta posição - a qual se apóia neste trabalho -

acreditamos muito pouco em livre-arbítrio, parece-nos que este ainda só é defendido pelo pouco desenvolvimento do estudo do cérebro, ou ainda, do psiquismo. Somos todos condicionados social, endocrinológica e psiquicamente. O livre-arbítrio que no âmago da questão foi sempre o fundamento da responsabilidade é um sonho do homem<sup>210</sup>.

Por outro lado, a responsabilidade jurídica é mais objetiva, é a imputabilidade que se pode manifestar como culpabilidade penal -com ou sem dolo-, ou como uma simples imputabilidade não culposa<sup>211</sup> - responsabilidade objetiva<sup>212</sup>.

Porém, existem situações onde resulta difícil separar completamente as conseqüências da responsabilidade moral da jurídica ou vice-versa. Parece que a responsabilidade moral ocupa um lugar cada vez mais importante na opinião pública quando se adjudica a responsabilidade jurídica através dos tribunais. A respeito, aproveita-se a oportunidade para citar as palavras dos votos separados dos Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli no caso *Villagrán Morales e outros* da Corte Interamericana de Justiça:

Frente ao imperativo da proteção da vida, às inquietudes e reflexões suscitadas pela morte, é muito difícil separar dogmaticamente as considerações de ordem jurídica das de ordem moral: estamos perante uma ordem de valores superiores -substratum das normas jurídicas -, que nos ajudam a buscar o sentido da existência e do destino de cada ser humano. O direito Internacional dos Direitos Humanos (...) não deve em definitiva permanecer insensível ou indiferente perante estas interrogantes<sup>213</sup>.

Não é possível, segundo o professor Mello, pensar-se em Direito, seja interno ou internacional, sem referirmo-nos à moral<sup>214</sup>, e a responsabilidade passa a ter uma conotação

<sup>209</sup> O autor cita entre outros André Snik, Carherine Labrusse-Riou, Hans Jonas, etc.

<sup>210</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 5.

<sup>211</sup> CHENG, Bin. *Op.cit.* 1990, p. 458.

<sup>212</sup> A responsabilidade objetiva consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador. Importantes trabalhos vieram à luz na Itália, Bélgica e principalmente na França, sustentando uma responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco. Ver CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 27-28 e DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.* 1998, p. 47 e ss.

<sup>213</sup> **Caso Villagrán e otros**. C.I.D.H. Voto separado-conjunto. Sentença de 1999. parágrafo 11.

<sup>214</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 4.

moral quando se acrescenta a idéia de composição jurídica à de punição<sup>215</sup>. O referido autor resume seu pensamento indicando que a responsabilidade só pode ser entendida caso tenhamos uma visão das relações entre Moral e Direito<sup>216</sup>.

O fenômeno jurídico da responsabilidade supõe-se derivado do latim *responsus*, participio passado do verbo *spondere*<sup>217</sup> que aproximadamente assemelha-se com "constitui-se em garante<sup>218</sup>"; este vocábulo é mais propenso à descrição que a sua definição<sup>219</sup>.

Existem grandes dificuldades para elaborar um conceito unitário da noção jurídica da responsabilidade, já que deveriam englobar-se responsabilidades com fundamento diverso como responsabilidade por ato ilícito ou responsabilidade objetiva das diversas modalidades comuns da responsabilidade: por culpa, dolo, penal, civil, etc<sup>220</sup>.

Um fato certo é que a responsabilidade representa um aceitar dos próprios atos do ser humano para responder por eles perante a sociedade. A responsabilidade fundamenta-se na idéia que toda relação no campo do direito e das obrigações apresenta dois ou mais sujeitos ativos ou passivos de maneira que quando esse equilíbrio se quebra, seja por uma ou ambas as partes, implica-se a necessidade de seu restabelecimento<sup>221</sup>.

Tomando em consideração que o ordenamento jurídico internacional é um conjunto de normas jurídicas que disciplinam o relacionamento dos Estados entre si e as demais pessoas jurídicas consideradas como tais pela própria Ordem Jurídica Internacional<sup>222</sup>, os sujeitos de

<sup>215</sup> JONAS, Hans. apud. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 5.

<sup>216</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p..

<sup>217</sup> O autor Carvalho Ramos ensina, também, a origem da palavra responsabilidade, porém traduz o verbo *respondere* como a existência a um direito a determinada resposta. CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.57.

<sup>218</sup> ENCICLOPEDIA DEL IDIOMA: **Diccionario histórico moderno de la lengua española (siglos XII al XX), Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano.** Tomo III (N-Z). Madrid: Aguilar, 1982.

<sup>219</sup> AGUIAR A, Asdrúal. **La responsabilidad Internacional del Estado por violación a los derechos humanos:** apreciaciones sobre el pacto de San José. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p.7.

<sup>220</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. **Derecho internacional público:** parte general. 3a. ed, Madrid: Trotta, 1999, p. 425.

<sup>221</sup> AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.* 1993, p. 9 e ss.

<sup>222</sup> MIRANDA BURITY, Tarcísio de. O Direito Internacional consuetudinário e os direitos humanos. In: LEÃO, Renato (coord). **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos:** Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Fabris. 2005.p.77.

Direito Internacional são responsáveis pela prática de um ato ilícito e devem uma reparação adequada perante este ordenamento jurídico internacional<sup>223</sup>.

Considerando que a Ordem Jurídica Nacional e a Ordem Jurídica Internacional possuem grandes diferenças, estas reagem de formas muito distintas quanto ao instituto da responsabilidade. O autor Tarcísio Miranda nos resume o critério de Kelsen neste sentido:

- Enquanto as principais sanções estipuladas pelo Direito Internacional são as represálias e a guerra, (medida de autodefesa), as sanções do Direito Nacional são a pena e a execução civil ou penal.
- No Direito Internacional prevalece a responsabilidade coletiva, isto é, as sanções em caso de violação atingem geralmente outros sujeitos de direito, além dos autores dos atos ilícitos, enquanto no Direito Nacional predomina a responsabilidade individual.
- O Direito Internacional geral constitui uma ordem jurídica descentralizada. Essa descentralização manifesta-se através dos próprios métodos de criação de suas normas, não havendo órgão especiais para fazê-lo nem organismos centralizados para a execução de sanções<sup>224</sup>.

Do confronto entre Ordenamento Nacional e Ordenamento Internacional, deve-se esclarecer que a responsabilidade civil do Estado não é a mesma que a responsabilidade internacional do Estado percebendo-se, inclusive, um desenvolvimento notável no tocante à responsabilidade civil interna em quase todos os países, o que já não ocorre no âmbito internacional<sup>225</sup>.

Salienta-se que a responsabilidade jurídica abrange uma responsabilidade civil e uma criminal. Nos ordenamentos jurídicos internos<sup>226</sup>, os autores não encontram uma diferença substancial entre o ilícito civil e penal, posto que ambos importam violação de um dever

---

<sup>223</sup> REZEK, José Francisco. *Op.cit.* 2006, p. 269.

<sup>224</sup> MIRANDA BURITY, Tarcísio de. *Op.cit.* 2005.p.78.

<sup>225</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 53.

<sup>226</sup> A situação entre responsabilidade civil e penal na ordem Internacional será vista no decorrer do trabalho.

jurídico<sup>227</sup>, uma infração da lei<sup>228</sup>. Porém, considera-se que a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, uma lesão aos deveres de cidadãos contra a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo-se o restabelecimento do equilíbrio social. A responsabilidade civil, por outro lado, requer prejuízo de um terceiro, particular ou Estado, por ser repercussão do dano privado, tendo por causa geradora o interesse em manter o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *statu quo ante* ou numa importância de dinheiro<sup>229</sup>.

A responsabilidade internacional diferentemente da responsabilidade atinente ao Direito interno visa sempre à reparação de um prejuízo causado geralmente a um determinado Estado originado por um ato ilícito<sup>230</sup>, sendo que, na reparação civil, será necessário delimitar o conteúdo da relação obrigacional dirigida ao ressarcimento do prejuízo causado pelo agente<sup>231</sup>.

Inicialmente, a responsabilidade internacional foi regida por normas costumeiras<sup>232</sup>, logo incorporando-se à doutrina e à jurisprudência internacional e, finalmente, juntando-se aos estudos das tentativas de codificação estampadas nas Convenções e Tratados sobre responsabilidade Internacional do Estado<sup>233</sup>.

O Dicionário da Terminologia do Direito Internacional define a responsabilidade internacional:

---

<sup>227</sup> O autor Cavalieri Filho, mencionado o autor Beling, acentua que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é de quantidade ou de grau encontrando-se na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residuum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Meditadores, 1998, p. 25.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.* 1998, p. 19.

<sup>230</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *Op.cit.* 2006, p. 282.

<sup>231</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.* 1998, p. 113-114.

<sup>232</sup> Em razão de sua própria definição, deve-se compreender o fenômeno costumeiro como a repetição do ato no tempo. Resulta interessante destacar que a jurisprudência internacional revela, que o fator tempo não cria a efetividade do uso em questão, mas apenas prova que o uso existe de modo intenso, constante, estável. **Caso Direito de Passagem**. C.I.J. Recueil, 1960, p. 39-40.

<sup>233</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 55.

Obrigação que incumbe, conforme ao direito internacional ao Estado a que é imputável um ato ou uma omissão contrária a suas obrigações internacionais, de dar uma reparação ao Estado que foi vítima ele mesmo, ou uma pessoa ou bens de seus súditos<sup>234</sup>.

Desta maneira a responsabilidade internacional<sup>235</sup> origina-se nas condutas violadoras das normas de direito internacional levadas a cabo pelos sujeitos deste. Em sendo o Estado o sujeito internacional por excelência, além dos mais importantes dentro das relações internacionais<sup>236</sup>, deve centrar-se a atenção na responsabilidade internacional do mesmo.

Caso um Estado, pelos seus atos ou omissões, não cumpra uma obrigação internacional, incorre em responsabilidade internacional, sendo a conseqüência um dano a um outro Estado, o Estado delinqüente é responsável pela reparação ou por dar satisfação pelo descumprimento ao Estado danificado. Por isto, quando um ato internacional injusto ocorre criam-se novas relações jurídicas entre os Estado envolvidos independentemente de seu consentimento<sup>237</sup>.

É ampla a jurisprudência proveniente da Corte da Haia segundo a qual se tem declarado resultar em um princípio de direito internacional, que toda violação de um compromisso internacional implica a obrigação de reparar de uma forma adequada, ainda quando não se possa quantificar a perda, para que se possa ativar a responsabilidade internacional do autor sobre o respectivo ato ou fato ilícito<sup>238</sup>. Este princípio tem sido

<sup>234</sup> *DICTIONNAIRE DE LA TERMINOLOGIE DU DROIT INTERNATIONAL*: Publicado sob o patrocínio da *Union Académique Internationale*. Paris: Sirey, 1960, p. 541.

<sup>235</sup> Sobre o tema da responsabilidade internacional do Estado, ver entre outros: JIMENEZ PIERNAS, Carlos (org). **La responsabilidad internacional del Estado**: aspectos de derecho internacional público y privado – XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales – 1989. [s.ed.]Alicante, 1990. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.*, 1992. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000.

<sup>236</sup> "Contudo (...) os Estados não são os únicos sujeitos atuais da disciplina. Se assim foi até o início do século XX, após esse período viram-se os Estados obrigados a dividir sua condição de sujeitos de Direito Internacional Público como os chamados 'novos sujeitos' desse mesmo Direito: as organizações Internacionais intergovernamentais e os indivíduos". OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 159.

<sup>237</sup> GONZÁLES CAMPOS, Julio et al. **Curso de Derecho Internacional Público**. 5.ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1992, p. 283.

<sup>238</sup> Ver **Caso Fábrica de Chorzow**. C.P.J.I. Sentença de 1928. *In*: Haia CPJI, Series A, Judgements, Nendeln/Liechtenstein, Kraus Reprint, Vol 2. 1970. Nos. 9-16/1927-1928, p.21 e Vol.3. Nos. 17-24/1928-1930, p.29 respectivamente. **Caso Corfu Channel**. C.I.J. Sentença de 1949. *In*: C.I.J. Serie A. Nº 17 e **Caso Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua**. C.I.J. Sentença de 1986. *In*: Corte Internacional de Justiça. Recueil. 1984, p. 432.

reiterado pela Comissão de Direito Internacional (ver entre outros, Informe da C.D.I sobre 53º período de sessões)<sup>239</sup>.

O projeto da C.D.I. foi bem claro ao estabelecer em seu artigo primeiro que "todo fato internacionalmente ilícito de um Estado origina a responsabilidade internacional deste,"<sup>240</sup> originando uma firmeza por parte da doutrina, da prática e da jurisprudência internacional em relação a este princípio, idéia que já era exposta por Roberto Ago em seu Terceiro Informe sobre Responsabilidade Internacional dos Estados<sup>241</sup>.

Após o mencionado caso *Fábrica Chorzow*, consolida-se o princípio do Direito Internacional que dispõe que a ruptura de um acordo traz consigo uma obrigação de reparar de modo adequado. Devido a isto a reparação é um complemento indispensável de uma sentença na aplicação de uma convenção sem resultar necessário que isto esteja estabelecido na própria convenção<sup>242</sup>.

Não será considerado um fato internacionalmente ilícito por parte de um Estado pelo simples motivo, por exemplo, de que em território sob sua jurisdição tenha sido assassinado um grupo de pessoas, vulnerando-se seu direito à vida. Unicamente existirá um fato internacionalmente ilícito quando o Estado descumpra suas obrigações de prevenir e reprimir esses fatos<sup>243</sup>. Além disto, para o Direito Internacional, que considera o ordenamento jurídico interno de cada Estado como um fato, será totalmente indiferente do ponto de vista formal que o assassino tenha sido um simples particular ou um funcionário da mais alta hierarquia sempre que se possa atribuir o comportamento ao Estado conforme o Capítulo II da primeira parte do projeto da CDI<sup>244</sup>.

Com a finalidade de cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado, para este é impositiva a investigação dos fatos, a punição dos responsáveis, a

<sup>239</sup> C.D.I. Labor realizada em seu 53º período de sessões do 23.04. ao 01. 06 e do 02.07 ao 10.08 de 2001.

<sup>240</sup> Princípio acolhido no artigo 1º. do Projeto de artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por fatos internacionalmente ilícitos elaborado pela Comissão de Direito Internacional, no 53º período de sessões de 23 de abril a 1º de junho e de 2 de julho a 10 de agosto de 2001.

<sup>241</sup> AGO, Roberto. **Third Report on State Responsibility**. International Law Commission. A/CN.4/246.

<sup>242</sup> **Caso *Fábrica de Chorzow***. C.P.J.I. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>243</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 133.

<sup>244</sup> "1. Considera-se fato do Estado segundo o direito internacional o comportamento de todo órgão do Estado, já seja que exerça funções legislativas, executivas, judiciais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e tanto se pertence ao governo central como a uma divisão territorial do Estado. 2. Entendera-se que órgão inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição segundo o direito interno do Estado". Artigo 4: Comportamento dos órgãos do Estado. Título II. CDI. Projeto sobre Responsabilidade do Estado. *Op. cit.*

indenização das vítimas e a concessão de garantias de não repetição através das medidas necessárias no marco de seu próprio ordenamento<sup>245</sup>.

Na opinião do jurista Massimo Iovane<sup>246</sup> as teorias que estudam a responsabilidade internacional do Estado podem ser sistematizadas da seguinte forma:

- violação de uma obrigação internacional resolve-se no nascimento da nova relação obrigacional entre o Estado e quem disputa o ilícito e o Estado afetado pela violação que apresenta, a qual se concretiza em um dever de reparação dos danos materiais (*restitutio in integrum*) ou morais ao encargo do Estado responsável em benefício do Estado - vítima da violação.
- Devem ser incluídas, como consequência do fato ilícito internacional, outras de caráter aflitivo, similares às penas previstas nos ordenamentos internos do Estado.
- Excluídas as duas hipóteses anteriores, cabe reconhecer como consequências jurídicas do fato ilícito aquelas medidas e instrumentos que, dentro de cada ordenamento, assegurem a imposição coercitiva das obrigações violadas. Em outras palavras, segundo estas hipóteses, a reparação não vem a ser consequência geral prevista pelo ordenamento internacional para o cometimento de qualquer ilícito imputável a um Estado<sup>247</sup>.

Um caso exemplo é o Caso *Trail Smelter*<sup>248</sup>, onde a Corte chegou à conclusão que, de acordo com os princípios de Direito Internacional, nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território causando danos no território de outro Estado ou nas pessoas ou nos bens que ali se encontram<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 134.

<sup>246</sup> IOVANE, Massimo. **A riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale**. Milano: Giuffrè, 1990, p. 3-5.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> Este é o caso considerado pela doutrina como a primeira manifestação do Direito Internacional do Meio Ambiente. Trata-se de um caso de poluição atmosférica transfronteiriça, ocorrido na cidade de Trail, na província canadense da Colúmbia Britânica, onde uma indústria de fundição de zinco e chumbo expelia grandes quantias de partículas sólidas e gases sulfurosos que atravessaram a fronteira dos EUA, causando sérios prejuízos na cidade de Newport, no Estado de Washington, tais como chuvas ácidas e deposições de quantidades de compostos com ácido sulfúrico.

<sup>249</sup> **Caso Trail Smelter**, decidido por um tribunal arbitral em 1941.

Desta decisão extraem-se dois princípios: *primeiro*, que o Estado detém a soberania sobre os recursos naturais situados em territórios sob sua jurisdição; *segundo* e conectado ao anterior, surge o imperativo de responsabilização do mesmo Estado por danos eventualmente provocados extrafronteiras em virtude da exploração de tais recursos<sup>250</sup>.

Por sua parte, uma das premissas mais importantes para o estabelecimento do marco da Responsabilidade Internacional baseia-se na supremacia que possui o Direito Internacional sobre o ordenamento jurídico interno de cada Estado. A construção da responsabilidade no âmbito internacional exige critérios diferenciadores com respeito às construções existentes nos distintos ordenamentos internos. Neste sentido, o artigo 3º. do Projeto da C.D.I. determina que, com respeito aos sujeitos, todo Estado está submetido a possibilidade de que lhe seja imputada a responsabilidade internacional por ter cometido um fato internacionalmente ilícito e tal qualificação não afeta a qualificação de ilícito dentro do ordenamento interno<sup>251</sup>.

O interesse desta regra radica na proclamação da autonomia da qualificação conforme o ordenamento internacional fugindo das elaborações dogmáticas das perspectivas nacionais, uma vez que se consideram irrelevantes as qualificações existentes nelas<sup>252</sup>.

Em certa medida, este princípio deriva de outro mais geral segundo o qual nenhum Estado pode descumprir obrigações internacionais baseando-se em disposições de seu Direito Interno. Aliás, assim estabelece-se na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 27, no que se refere às justificações para o descumprimento das obrigações<sup>253</sup> afirmando não competir ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado. Tal afirmação também foi reiterada pela jurisprudência da C.P.J.I., citando-se o caso *S.S Wimbledon*<sup>254</sup>, onde a então existente Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que o descumprimento de uma obrigação

---

<sup>250</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 137.

<sup>251</sup> "A qualificação de um fato do Estado como internacionalmente ilícito se rege pelo direito internacional. Tal qualificação não é afetada pela qualificação do mesmo fato como ilícito pelo direito interno". Artigo 3º: Qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito. Capítulo I. C.D.I. Projeto sobre Responsabilidade do Estado. *Op. cit.*

<sup>252</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 137.

<sup>253</sup> "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46". Artigo 47: Direito interno e observância de tratados. Convenção sobre o Direito dos Tratados. Assinada em Viena a 3 de maio de 1969. Entrada em vigor Janeiro, 1980.

<sup>254</sup> **Caso Wimbledon.** C.P.J.I, Series A. N.º.1. Sentença de 1923, p. 15.

internacional gerava a obrigação de efetuar a reparação, o que, para a Corte, constituía-se em um princípio de Direito Internacional; nos casos *Polish Nationals in Danzig*<sup>255</sup> e *Free Zone*<sup>256</sup>, a mesma corte reitera que as obrigações internacionais devem ser cumpridas de boa fé sem que se possa invocar o direito interno. No mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça aplicou claramente este princípio no caso *Nottebohm*<sup>257</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que

segundo o direito internacional as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno. Estas regras podem ser consideradas como princípios gerais de direito e têm sido aplicadas ainda tratando-se de disposições de caráter constitucional, pela Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça<sup>258</sup>.

Afirma-se, assim, que as reparações ordenadas pela Corte Interamericana impõem obrigações de direito internacional, sem que seu conteúdo possa ser modificado no cumprimento suspenso pelo Estado obrigado invocando para isto normativas de direito Interno. Para ilustrar no âmbito interamericano, podem-se mencionar os casos *Trujillo Oroza*<sup>259</sup>, sobre reparações e os casos *Barrios Altos*<sup>260</sup> e *Loayza Tamayo*<sup>261</sup>, sobre cumprimento de sentença.

<sup>255</sup> **Caso Polish Nationals in Danzig.** C.P.J.I. Series. A/B, Nº44, p.24. Neste caso a antiga corte diz: "*It should...be observed that...a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force. Applying these principles to the present case, it results that the question of the treatment of Polish nationals or other Persons of Polish origin or speech must be settled exclusively on the basis of the rules or the international law and the treaty provisions in force between Poland and Danzig*".

<sup>256</sup> **Caso Free Zone.** C.P.I.J. Series A/B. Nº 46. Sentença de 1932, p. 167.

<sup>257</sup> **Caso Nottebohm.** C.P.I.J. Recueil, 1953. Este caso constitui um dos pilares em matéria de proteção diplomática relativo à dupla nacionalidade. Deste caso, a então Corte, depois de afirmar que o direito internacional concede a cada Estado a regulamentação da atribuição de sua própria nacionalidade, agregou que um Estado não poderá pretender que as regras por ele estabelecidas devam ser reconhecidas pelos outros Estados (...) Só titula para a proteção perante outro Estado quando se supõe a tradução em termos jurídicos da adesão do indivíduo perante o Estado de que ele é nacional.

<sup>258</sup> **Opinião consultiva OC-4/94.** C.I.D.H. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis que violam a Convenção (arts 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Serie A. Nº 35, 1994.

<sup>259</sup> **Caso Trujillo Oroza** C.I.D.H. Série C. No. 92. Sentença 2000. Caso relativo ao desaparecimento forçado do Sr. José Carlos Trujillo Oroza durante a ditadura militar de Hugo Banzer Suárez na Bolívia.

<sup>260</sup> **Caso Barrios Altos.** C.I.D.H. Serie C. No. 75. Sentença de 2001. Na sentença a Corte declarou que: "Como consequência da manifestada incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso e para a identificação e a punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de violação de direitos consagrados na Convenção Americana acontecidos no Peru (parágrafo 44) (...) as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em consequência, carecem de efeitos jurídicos (ponto resolutivo 4)".

<sup>261</sup> **Caso Loayza Tamayo.** C.I.D.H. Serie C. No. 60. Sentença de 1997.

Porém, cabe lembrar que, em algumas situações, surgem teses apoiando a idéia de que a soberania do Estado, pela sua natureza mesma, não admite a idéia da responsabilidade jurídica internacional propriamente dita. Essas tendências têm como base à posição *dualista clássica*<sup>262</sup>, na qual se estipulava que não existe "concorrência" entre a Ordem Interna e a Internacional. Estas ordens constituem "círculos que não se interceptam, embora sejam igualmente válidos"<sup>263</sup>. Nesta doutrina, explica-se a origem diferente das fontes: no direito interno, origina-se a partir da vontade do Estado e, na área internacional, por meio da vontade coletiva dos estados<sup>264</sup>. Assim, as normas do Direito Internacional não têm qualquer influência no Direito Interno e vice-versa<sup>265</sup>. Em outras palavras, o direito internacional e o direito interno são independentes de modo que a validade jurídica da norma interna "não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional"<sup>266</sup>.

Em contrapartida surge a posição *monista*<sup>267</sup> em contra-ponto ao dualismo defendido por Triepel. O monismo sustenta a tese da existência de uma única ordem jurídica. Para aqueles que o defendem, o ordenamento jurídico é somente um e as obrigações internacionais passam a ser uma hierarquia maior. O Direito Internacional passa a ser hierarquicamente superior a todo o Direito Interno do Estado da mesma forma que são as normas constitucionais em relação às ordinárias<sup>268</sup>.

Esta concepção apresenta duas variáveis de compreensão: a que defende a primazia do Direito Interno e a que defende a primazia do Direito Internacional. Quanto ao monismo com primazia do Direito Internacional, foi desenvolvido pela Escola de Viena, com expoentes como Kelsen, Verdross e Kunz. Mas Kelsen é quem se destaca resumindo-se a lógica da pirâmide normativa na sua Teoria Pura: a norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior, e, a norma primeira, é a denominada de *Grundnorm*. Essa concepção foi denominada, em sua primeira fase, de Teoria da Livre

---

<sup>262</sup> Denominada inicialmente por Verdross, a qual foi aceita e melhor desenvolvida por Carl Heinrich Triepel seguido por Stupp, Walz, Anzilotti, Alf Ross entre outros.

<sup>263</sup> ARAUJU, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 141.

<sup>264</sup> TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le le droit international. In: **Recueil de Cours de L'Academy de Droit Internaciona**. Tomo I, 1925. p.77 e ss. 1923, pp. 77 e ss.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> REZEK, José Francisco. *Op.cit.* 2006, p. 4.

<sup>267</sup> Em uma posição modificada, encontra-se Rosseau, para quem o que existe é uma coordenação dos ordenamentos, mas ambos subordinados ao Direito Natural.

<sup>268</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *Op.cit.* 2006, p. 53.

Escolha<sup>269</sup>. Ulteriormente, por influência de Verdross, Kelsen passa a considerar a *Grundnorm* como sendo uma norma de Direito Internacional, ou seja, uma norma consuetudinária *pacta sunt servanda*<sup>270</sup>. Deste ponto de vista,

em caso de conflito entre uma norma estabelecida pelo Direito Internacional e um estatuto mais recente de Direito Nacional, os órgãos do Estado não têm necessariamente que considerar o estatuto como uma norma válida. É bem possível que os tribunais tenham poder para se recusar a aplicar um estatuto inconstitucional<sup>271</sup>.

O Direito Internacional passa a ser hierarquicamente superior a todo o Direito interno do Estado como referido anteriormente<sup>272</sup>.

Já o monismo com primazia do Direito interno<sup>273</sup> tem suas raízes no *hegelianismo*, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta<sup>274</sup>. Segundo esta concepção, o Estado não pode estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade, posto que, o fundamento do Direito Internacional, segundo Jellinek, é a autolimitação do Estado já que o Direito Internacional retira sua obrigatoriedade do Direito Interno<sup>275</sup>.

A professora Nádia De Araújo, apesar de reconhecer as teorias monistas e dualista, afirma que

Saber se há separação de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, e, ainda em que qualidade o tratado integra o ordenamento jurídico interno traz à tona a velha controvérsia entre as idéias colocadas, nos anos 20, por dualistas e monistas, correntes teóricas que até hoje assombram a doutrina nacional<sup>276</sup>.

De qualquer modo, considera-se uma opinião obsoleta dentro da doutrina científica esta controvérsia, já que, na atualidade, admite-se a compatibilidade entre ambas noções. Por

<sup>269</sup> KELSEN, Hans. *Op.cit.*, 2000, p. 364 e ss.

<sup>270</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Curso de Direito Internacional público**. 15.ed. São Paulo: Renovar, v.1, 2004, p. 85.

<sup>271</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p.358.

<sup>272</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>273</sup> Os precursores dessa corrente são Wenzel, os irmãos Xorn, Decencièrre-Ferrandièrre, korovin, George Burdeau e Verdross.

<sup>274</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 2004. p. 84.

<sup>275</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>276</sup> ARAUJO, Nadia de; ANDREIULLO, Inês da Matta. A Internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: ARAUJO, Nadia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Os direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140.

um lado, a soberania de que goza o Estado e, por outro, a responsabilidade jurídica em que este se envolve pelo não cumprimento das obrigações internacionais. Porém, alguns países, como Brasil, com um forte apego ao direito interno, apresentam ainda hoje dicotomias, v.g., Carta Rogatória N° 8.279, onde o Supremo Tribunal Federal considerou inaplicável o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, por razões de ordem circunstancial. Com isto se quis dizer que o ato internacional ainda não havia concluído o ciclo de incorporação ao direito interno do Brasil à data da decisão denegatória do *exequatur*. O Embaixador da Argentina no Brasil manifestou-se sobre esta questão afirmando que o presidente do Supremo Tribunal ao aplicar aos Tratados do Mercosul a doutrina dualista e exigir o requisito de uma norma de incorporação criou insegurança nas relações jurídicas entre os países e considerou que a aplicação do dualismo aparece como um "anacronismo jurídico"<sup>277</sup>. Sobre este caso Nádia de Araújo e Inês da Matta Andreiullo confirmam que este sistema "de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser considerada dualista"<sup>278</sup>.

Desta forma, a soberania não se trata mais como uma expressão doutrinária do que do campo da filosofia política. Trata-se, agora, de um atributo ou potestade que não está sujeito a outras limitações que aquelas que o próprio Estado se imponha (postura que nunca foi seriamente considerada do ponto de vista do Direito Internacional). Entretanto, esta tese não carece por completo de interesse tendo em consideração a posição política assumida por diversos países relativa às relações hierárquicas entre o direito internacional e o direito interno<sup>279</sup>.

O princípio de soberania dos Estados contemplado na Carta das Nações Unidas, em seu artigo 2º inciso 7º, diz:

Nenhuma disposição desta Carta autorizará às Nações Unidas a intervir em assuntos que são essencialmente da jurisdição interna dos Estados, nem obrigará a os Estados Membros a submeter ditos assuntos a procedimentos para chegar a uma solução conforme os procedimentos da presente Carta(...)<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> HERRERA VEGAS, Jorge Hugo. A Vigência dos Tratados do Mercosul. **Gazeta Mercantil Latino americana**, n. 109, de 18 a 24 de Maio, 1998. Disponível em: <<http://www.embarg.org.br/ArtJhv2.htm>>. Acesso em 10 jul 2007.

<sup>278</sup> ARAUJO, Nádia de; ANDREIULLO, Inês da Matta. *Op.cit.* 1999, p. 110.

<sup>279</sup> GARCÍA-AMADOR, F. V. **Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad**: Análisis crítico de la posición tradicional. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1978, p. 65.

<sup>280</sup> ONU. Carta das Nações Unidas, 1945.

Não somente está nas mãos do Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>281</sup> velar por este acatamento, mas também depende exclusivamente das obrigações que pesam sobre os Estados para com os demais sujeitos do Direito Internacional, os quais mantêm uma relação direta com a Comunidade Internacional geral.

Deve levar-se em consideração que a soberania é um conceito jurídico. A independência de um poder do Estado de toda outra atividade tem sido entendida como uma independência jurídica e não como uma independência real<sup>282</sup>. Juridicamente, a noção de soberania dentro do direito internacional compreende-se como os direitos dos quais cada Estado é titular nas relações com outros Estados. Dentro destes Estados, situa-se a potestade de investigar as violações que venham a ocorrer dentro do território do país investigado<sup>283</sup>.

A soberania, no âmbito internacional, não é uma concepção simples nem moderna sendo complexa até para justificar as posições das duas partes opostas num conflito, cada qual alegando defender sua soberania.

Não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania, parecendo-lhes que o seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver-se tornado um símbolo altamente emocional, amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época<sup>284</sup>.

Apesar disto tudo, o conceito de soberania é uma das bases da idéia do Estado moderno e "não se tem dúvida nenhuma que não é o Estado particular quem está em

---

<sup>281</sup> Na Carta da ONU, estipula-se que as funções e poderes do Conselho de Segurança são: a) manter a paz e segurança internacional de conformidade com os propósitos e princípios das Nações Unidas; b) investigar toda controvérsia ou situação que possa criar fricção internacional; c) recomendar métodos de ajuste de tais controvérsias, ou condições de arranjo; c) elaborar planos para o estabelecimento de um sistema que regulamente os armamentos; d) determinar se existe uma ameaça na paz ou um ato de agressão e recomendar quais medidas deve-se adotar; e) instar aos Membros a que apliquem sanções econômicas e outras medidas que não entranham o uso da força, com o fim de impedir o deter a agressão; f) empreender ação militar contra um agressor; g) recomendar o ingresso de novos membros; h) exercer as funções de administração fiduciária das Nações Unidas em 'zonas estratégicas'; i) recomendar à Assembléia Geral a designação do Secretário Geral e junto com a Assembléia, eleger aos magistrados da Corte Internacional de Justiça.

<sup>282</sup> JELLINEK, Georg. *Op.cit.* 2000. p. 433.

<sup>283</sup> MOYANO BONILLA, César. Soberanía y derechos humanos. In: FIX- MUNDO, Héctor. **Líber Amicorum**. San José: Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v.1, 1998, p. 1129.

<sup>284</sup> KAPLAN E KATZENBACH *apud* ABREU DALLARI, Dalmo de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 63.

condições de criar o conteúdo das normas do direito internacional, se não que este conteúdo se desenvolve e afirma independentemente ao Estado<sup>285</sup>".

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, Cançado Trindade, apesar de ser fiel seguidor da teoria monista, expõe que não se pode legitimamente esperar que as disposições convencionais se adaptem ou subordinem às soluções de direito constitucional ou de Direito Interno<sup>286</sup>. No mesmo sentido, a C.I.D.H sustenta novamente a prevalência do Direito Internacional no caso *Última tentação de Cristo*, onde a Corte entendeu que a responsabilidade internacional do Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste sem qualquer relevância à hierarquia destes órgãos ou poderes. Assim, afirma que a violação de normas de Direito Internacional de Direitos Humanos originará a responsabilidade internacional do Estado<sup>287</sup>.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 traz os direitos enunciados em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte entendendo parcela respeitável da doutrina que deveriam possuir natureza de norma constitucional<sup>288</sup>. Sobre isto o autor Carvalho Ramos afirma:

No Brasil, há patente omissão de nossa Constituição em face do status normativo interno tanto das normas internacionais convencionais, quanto das normas não-convencionais protetoras. A omissão do constituinte originário transferiu o ônus da decisão ao Poder Judiciário, que interpretando a nossa lei fundamental, afirma, através da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder executivo<sup>289</sup>.

Porém, no sistema de proteção aos direitos humanos, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º<sup>290</sup> (com a Emenda Constitucional número 45, de 2004), trouxe inovação relevante com a inclusão do parágrafo 3º., assim redigido,

<sup>285</sup> JELLINEK, Georg. *Op.cit.*2000. p. 435.

<sup>286</sup> **Caso El amparo**. C.I.D.H. Sentença de 1997. Voto dissidente, parágrafo 14.

<sup>287</sup> **Caso Última tentación de Cristo**. C.I.D.H. Sentença de Mérito de 2001. Série C, Nº. 73. Voto concorrente do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 40.

<sup>288</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 88.

<sup>289</sup> CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 325-326.

<sup>290</sup> "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Inciso 2º. Artigo 5º. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>291</sup>.

Este parágrafo confirma o tratamento diferenciado que esta matéria deve ter justificando-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial que os distingue dos tratados internacionais comuns.

Para citar um caso de direito comparado, no sistema jurídico da República da Costa Rica não há diferença substancial da posição brasileira atual, pois, no artigo 7º da sua Constituição Política, consagra o princípio de hierarquia normativa conferindo aos tratados públicos, convênios internacionais e aos *concordatos*<sup>292</sup> aprovados pela Assembléia Legislativa, autoridade superior às leis<sup>293</sup>. Nesta ordem de idéias, o artigo 73 da *Ley de Jurisdicción Constitucional* do referido país inclui os tratados internacionais vigentes como parte integrante do parâmetro de controle constitucional em respeito às leis e normas de igual ou inferior hierarquia<sup>294</sup>. Porém, a Sala Constitucional<sup>295</sup>, tem sustentado reiteradamente que

<sup>291</sup> Inciso 3º. Artigo 5º. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>292</sup> No sistema jurídico costarricense um *concordato* será o tratado de índole internacional assinado entre o Governo da Costa Rica e o Vaticano.

<sup>293</sup> "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes. Los Tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto." Artigo 7º. COSTA RICA. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. San José: Juriscentro, 2000.

<sup>294</sup> "Cabrará la acción inconstitucional: (...) inciso e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución, o si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia" Artigo 73. COSTA RICA. *Ley de Jurisdicción Constitucional*. San José: La ley. 2006.

<sup>295</sup> Na Costa Rica, o Poder Judicial se exerce pela Corte Suprema de Justiça e pelos demais tribunais que estabeleça a lei; está submetido à Constituição, à lei e as resoluções que dite nos assuntos de sua competência. A Corte Suprema de Justiça é o tribunal superior do Poder Judicial, dela dependem os tribunais, funcionários e empregados no ramo judicial, está formada por 22 Magistrados, designados pela Assembléia Legislativa, a Corte como um todo não resolve casos concretos, ela se divide para esta função em quatro câmaras denominadas "Salas" Sala Primeira que analisa casos nas áreas de civil, mercantil, agrário e contencioso administrativo; a Sala Segunda matérias de família, sucessório, juízos universais e trabalhistas; a Sala Terceira conhecerá os recursos de cassação quando seja preciso um tribunal colegiado (Três Juizes) e Salas Constitucionais, que declara a inconstitucionalidade das normas e atos, conhece sobre aprovação dos convênios ou tratados internacionais, assim como os recursos de *habeas corpus e amparo*, etc. Sobre esta Sala ver a Lei Nº 7135 denominada *Ley de Jurisdicción Constitucional*. Disponível em: <www.asamblea.go.cr>. Acesso em junho de 2007.

os instrumentos de Direitos Humanos vigentes na Costa Rica, não têm somente um valor similar à Constituição Política, senão que, na medida em que outorgam maiores direitos ou garantias às pessoas, terão hierarquia sobre a Constituição.

### 1.2.2 Características da Responsabilidade Internacional

Todo ordenamento jurídico impõe certas conseqüências para o descumprimento das suas normas. Em sendo assim, o Direito Internacional exige dos Estados o cumprimento de uma série de obrigações internacionais cuja infração gera a responsabilidade internacional destes. Nestes casos, e sempre que se verifique um vínculo de causalidade entre o fato ilícito (a ação ou omissão imputável ao Estado e contrária a uma obrigação internacional dele exigida) e o dano (material ou moral), haverá a obrigação de reparar por parte do Estado infrator.

Desta forma, a responsabilidade internacional apresenta as seguintes características:

#### a) Civil

Ela é civil, no sentido que o Estado ao não ser um sujeito (uma pessoa física) não conhece a responsabilidade penal. A responsabilidade pode ser dividida em duas grandes espécies, a saber, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil<sup>296</sup>.

A responsabilidade penal, como se analisou anteriormente, concentra sua atenção no agressor que deverá suportar a respectiva repressão, pois o direito penal tem como foco a figura do criminoso<sup>297</sup>, ou seja, a responsabilidade penal surge somente em relação aos indivíduos. Com isto não se está negando a existência dos crimes internacionais<sup>298</sup>, já que se

---

<sup>296</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2002, p. 85.

<sup>297</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.* 1998, p. 21.

<sup>298</sup> Os crimes internacionais são fatos que se consideram ilícitos e com seu reconhecimento se pretendem reprimir ações ou omissões dos Estados que atentem contra aqueles interesses coletivos considerados como supremos da humanidade. Os crimes internacionais derivam do descumprimento ou violação de normas imperativas e de validade *erga omnes*, situadas além do cenário contratual dos Estados. AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.*, 1997, p.120 e ss..

pode citar como exemplos o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade<sup>299</sup>, etc, crimes muito reais e freqüentes na sociedade, tanto que o Tribunal Penal Internacional tem representado uma grande arma de combate a estas barbáries. Contudo, o T.P.I. tem como grande objetivo investigar e levar a julgamento *indivíduos*, não Estados, que tenham cometido aqueles considerados grandes crimes internacionais.

Não podemos negar que a questão da responsabilidade penal do Estado é uma questão controversa<sup>300</sup>, mostrando-se de grande importância à posição tradicional do Julgamento de Nuremberg<sup>301</sup> segundo a qual os crimes internacionais são cometidos pelas pessoas e não por entidades abstratas (como o Estado), também desta posição se deduz que somente por meio de sanções aos indivíduos que cometeram tais crimes é que as disposições do Direito Internacional poderão ser implementadas<sup>302</sup>. O Julgamento de Nuremberg estaria, portanto, na gênese de um novo sistema de aplicação das penas aos condenados individualmente.

Apesar do grande desenvolvimento do Conselho de Segurança da ONU, do T.P.I. e de outras entidades que velam pela segurança e paz mundial, não existe, ainda, um código permanente de delitos estatais, nem órgão acusador e julgador claramente separados e definidos com jurisdição obrigatória e decisões vinculantes<sup>303</sup>. Por tudo o que se disse, se confirma que a responsabilidade estatal não pode ser penal em virtude de não existir qualquer poder superior aos Estados qualificados para lhes infringir as penalidades que seriam cabíveis. Este entendimento prestigia o Estado enquanto sujeito privilegiado do Direito Internacional dotado de igualdade perante os demais Estados<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> BRITO GONÇALVES, Joanisval. O Legado de Nuremberg. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 664.

<sup>300</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 38.

<sup>301</sup> Os julgamentos de Nuremberg apontam inicialmente para a abertura dos primeiros processos contra os 24 princípios criminosos da Segunda Guerra Mundial, dirigentes do nacional-socialismo, ante o Tribunal Militar Internacional, em 20 de novembro de 1945, na cidade alemã de Nuremberg. Um sentido para este termo tem ligação com os Processos de Guerra de Nuremberg, que também levaram em conta os demais processos contra médicos, juristas, pessoas importantes do Governo entre outros, que aconteceram perante o Tribunal Militar Americano e onde foram analisadas 117 acusações contra os criminosos. Destaca-se que este Tribunal não julgou o Estado alemão, apesar de ter julgado organizações consideradas criminosas em muitas sentenças individuais por cometimento de crimes internacionais. BRITO GONÇALVES, Joanisval. **Tribunal de Nuremberg (1945-1946)**: a gênese de uma nova ordem do direito. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2004.

<sup>302</sup> CRAWFORD, James. Primeiro Informe sobre a Responsabilidade Estatal, como relator especial da Comissão Internacional de Direito Internacional. Nações Unidas A/CN/4/490/Add, 1998, p. 2.

<sup>303</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2002, p.87.

<sup>304</sup> *Idem*, p. 86.

Contudo, se realça que nem toda a doutrina segue esta linha de pensamento. O professor Celso Mello apresenta o autor Pella explicando que este, no prefácio de seu livro, afirmava que existem argumentos sérios em prol da responsabilidade penal do Estado citando os seguintes:

(a) dados científicos da psicologia coletiva; (b) o caráter especial que apresenta a personalidade jurídica do Estado; (c) o reconhecimento da personalidade internacional do Estado; (d) a organização constitucional da grande maioria dos Estados; os princípios da nova política criminal internacional<sup>305</sup>

este autor sustenta sua teoria na União Interparlamentar<sup>306</sup>; a *International Law Association*, o 1º. Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, etc.

Carvalho Ramos faz um excelente apontamento nesta dicotomia civil e penal na defesa dos direitos humanos - que é ao final objeto específico de nossa pesquisa:

repudiamos que (...) a responsabilidade internacional do Estado por violação de caráter não – penal, já que há um elemento importante da responsabilização penal que pode ser apropriado na responsabilidade internacional do Estado, em especial no tocante à violação de Direitos Humanos<sup>307</sup>.

Em definitiva, trata-se de uma discussão doutrinária, porém, na prática internacional, não restou consagrada, ainda, a responsabilidade penal do Estado. Quem pode cometer crimes internacionais são as pessoas, agindo em nome do Estado (exemplo: agente público), mas o Estado, em si, encontra-se imune a uma responsabilização penal<sup>308</sup>.

## **b) Estado contra Estado**

Produz-se Estado contra Estado, ainda nos casos em que a vítima do ato ilícito é um particular. Nestes casos, o Estado faz valer a causa dos seus súditos mediante o mecanismo de proteção diplomática, mas resta claro que neles se reclamam direitos próprios<sup>309</sup>. Destaca-se

<sup>305</sup> PELLA VESPASIEN apud ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 38.

<sup>306</sup> A União Inter-parlamentar foi fundada em 1889 por iniciativa do inglês William Cremer e do francês Frédéric Passy que tinham como objetivo criar uma organização onde os conflitos fossem resolvidos através da arbitragem internacional considerando-se que esta possuía uma perspectiva Estado-cêntrica em detrimento de outros atores. Somente a partir do final da Guerra Fria é que tomou outro tipo de papel sob o princípio de resolução pacífica de conflitos internacionais. *THE NEW Encyclopedia Britannica. Op. cit.*

<sup>307</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>308</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2002, p.86.

<sup>309</sup> **Caso Concessões Mavrommatis na Palestina.** C.P.J.I. Série A. Nº 2 Sentença de 1924, p. 18.

que é um princípio de Direito Internacional o dever de cada Estado proteger diplomaticamente seus súditos quando atacados por Estados alienígenas<sup>310</sup>. Então, na hipótese de um particular ser o autor do ilícito, a responsabilidade será também do Estado de que este faz parte excetuando-se os casos qualificados como crimes internacionais anteriormente mencionados.

Na atualidade as organizações internacionais são sujeitos de direito internacional devidamente reconhecidos. Isto nos leva a destacar que mesmo que a prática jurídica majoritária indique os casos de responsabilidade internacional apenas entre Estados, pode haver aplicação também às organizações internacionais<sup>311</sup>. Por exemplo, no caso *Bernadotte*, um sueco, enviado das Nações Unidas, foi assassinado em Jerusalém em circunstâncias tais que comprometeram a responsabilidade internacional do Estado de Israel. As Nações Unidas cogitaram a possibilidade da formulação, em seu próprio nome, de uma reclamatória internacional contra o Estado responsável, o qual ainda não era membro da Organização, solicitando uma opinião consultiva ao Tribunal Internacional de Justiça. Este Tribunal respondeu que um Estado poderia apresentar em relação ao outro uma reclamatória Internacional, assim como também o poderia uma organização, estando destinada a exercer funções e gozar de direitos sem que isto queira dizer que esta organização seja considerada um Estado ou que sua personalidade jurídica, seus direitos e deveres sejam os mesmos atribuídos a um Estado<sup>312</sup>. Com isto podemos confirmar que não somente a teoria da responsabilidade internacional tem sido aplicada às organizações internacionais, senão, inclusive, que estas podem utilizar a proteção diplomática em relação aos seus funcionários<sup>313</sup>.

Ilustrativa é a posição das Nações Unidas quando, em 1996, seu Secretário Geral reconheceu que a responsabilidade internacional é um atributo da personalidade jurídica internacional e, em consequência, um dos princípios codificados pela C.D.I. cuja aplicação às organizações internacionais é amplamente aceita, na suposição do descumprimento de uma obrigação internacional que possa ser atribuída a Organização, sem que ocorra nenhuma causa

---

<sup>310</sup> No mencionado *caso Fábrica de Chorzow* decidiu-se que: "É um princípio de Direito Internacional que a reparação de um mal possa constituir em uma indenização que corresponda ao dano que foi sofrido aos nacionais do Estado afetado, como resultado do ato que é contrário ao Direito Internacional...As regras de Direito que regem a reparação são as do Direito Internacional vigente nos Estados interessados". *Op. cit.*, p. 28.

<sup>311</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 41.

<sup>312</sup> *Caso Bernadotte*. C.I.J Opinião consultiva. Recueil, 1949, p. 183-184.

<sup>313</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *Op.cit.* 2006, p. 284.

de exclusão da ilicitude, importa a responsabilidade internacional e a obrigação de reparar<sup>314</sup>. Também o próprio T.I.J. tem destacado que a ONU poderia incorrer em responsabilidade, além dos seus próprios atos, pelos atos cometidos por agentes no exercício de suas funções oficiais<sup>315</sup>. Isto fez com que a C.D.I incluísse o tema no programa para as sessões de 1997 e 1998. Estas considerações têm sido confirmadas no projeto de artigos sobre responsabilidade das organizações internacionais<sup>316</sup>, que resultou em termos similares aos artigos 1º. e 2º. do projeto sobre a responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos. Entretanto, uma das dificuldades do tema deve-se a que o projeto da Responsabilidade dos Estados mantém silêncio sobre os direitos que correspondem a uma organização internacional prejudicada pelo fato internacionalmente ilícito de um Estado.

A C.D.I. aplicou às Organizações Internacionais o mesmo conceito da responsabilidade internacional que utilizou no Projeto sobre a Responsabilidade dos Estados de 2001. Por decorrência, a Responsabilidade das Organizações Internacionais deveria abarcar a responsabilidade em que incorrem estas organizações por seus fatos ilícitos deixando de lado a consideração das questões de responsabilidade internacional das organizações internacionais pelas conseqüências prejudiciais dos atos não proibidos pelo Direito Internacional<sup>317</sup>.

### c) Não lesar

Traduz-se numa idéia de não lesar ao próximo, viver honestamente e dar a cada um o que é seu. No caso do Direito Internacional, a responsabilidade surge como uma garantia da ordem jurídica como um todo, já que possibilita a manutenção do equilíbrio e da equivalência entre os Estados-membros da comunidade internacional<sup>318</sup>. Ela traduz-se em uma idéia de justiça, apesar de ser um vocábulo cujo sentido é controvertido, fazendo-se referência, neste

---

<sup>314</sup> O.N.U. Doc. A/51/389, parágrafo 6 e 42, e Doc. A /51/903, parágrafo 14. Informes do Secretário Geral.

<sup>315</sup> **Opinião Consultiva:** *Controvérsia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la comision de derechos Humanos*. C.I.J. 29 de abril de 1999, parágrafo 66. Disponível em <www.icj-cij.org>. Acesso em 09 de julho de 2007.

<sup>316</sup> A C.D.I., em seu informativo de trabalho da 58ª. sessão, examinou um quarto informativo apresentado pelo Relator Especial, onde se aprovaram 14 projetos de artigos sobre as circunstâncias que excluem a ilicitude e sobre a responsabilidade de um Estado em relação a um fato proveniente de uma organização internacional. Doc. A/CN.4/564 e Add. 1 e 2.

<sup>317</sup> Neste sentido, vid. C.D.I Labor realizada no 54º. período de sessões de 29 de abril a 7 de junho e de 22 de Julho a 16 de Agosto, 2002. Doc. A/57/10. parágrafo 465 e ss.

<sup>318</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2002, p.65.

caso, à idéia de justiça como aquilo a que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, em uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. "Trata-se de algo que deve ser respeitado nas vicissitudes da vida social quando se tem de distribuir encargos ou benefícios; e também algo a ser restaurado quando é perturbado<sup>319</sup>".

Nesta visão de justiça, a responsabilização do Estado terá como fim último a reparação, restituição, indenização ou reabilitação das vítimas que tenham sofrido violações imputáveis a um determinado Estado. Esta obrigação, além de resultar em princípio amplamente aceito no direito internacional geral, tem sido recolhida com diversos alcances e terminologias nos textos convencionais e nos atos de organismos internacionais que se referem à responsabilidade estatal<sup>320</sup>.

Por outro lado, existem duas grandes teorias sobre a natureza jurídica da responsabilidade internacional: a teoria da responsabilidade por culpa, que é uma corrente subjetivista, e a teoria da responsabilidade por risco, respaldada por uma corrente objetivista.

### 1.2.3 Natureza Jurídica

#### a) Teoria da Culpa

A teoria da culpa<sup>321</sup>, também denominada teoria da falta, fundada em uma contravenção delitativa traz consigo conseqüências aflitivas ou sancionadoras, ou seja, é o elemento ilícito que girará em torno da falta de vontade ou não do agente para o resultado<sup>322</sup>. O verdadeiro sistematizador desta teoria foi Hugo Grotius, no século XVII, com sua "Teoria

<sup>319</sup> HART, Herbert L. **O conceito de Direito**. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

<sup>320</sup> Esta idéia de não violação da esfera de outrem e sua devida restituição serão vista no capítulo III.

<sup>321</sup> Culpa se refere à responsabilidade dada à pessoa por um ato que provocou prejuízos materiais, morais ou espirituais a si mesmo ou a outrem. O processo de identificação e atribuição de culpa pode se dar no plano subjetivo e objetivo. No sentido subjetivo, a culpa é um sentimento que se apresenta à consciência quando o sujeito que avalia seus atos de forma negativa sentindo-se responsável. No sentido objetivo - que é o interessante nesta teoria - a culpa é um atributo que um grupo aplica a um indivíduo, ao avaliar os seus atos, quando esses atos resultaram em prejuízo a outros ou a todos. *THE NEW Encyclopedia Britannica..op.cit.* Juridicamente, a culpa é um comportamento ilícito que contrapõe-se a uma obrigação ou um dever imposto pela lei ou pelo costume. STRENGER, Irineu. *Op.cit.* 2000, p. 63.

<sup>322</sup> AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.*, 1997, p.16.

da falta, ou ausência, ou violação do direito", que assinalou que o comportamento de um Estado que gera a responsabilidade internacional não apenas deve ser contrário a uma obrigação internacional, mas também deve constituir uma falta<sup>323</sup>. Os defensores mais destacados desta teoria foram Heilborn e Strosower<sup>324</sup> e, mais recentemente, Roberto Ago e Dahh.

Grotius sustentava a teoria da culpa no caminho dos romanos, denominada como "culpa aquiliana"<sup>325</sup>, que provem da *Lex Aquilia*<sup>326</sup>, e funda-se na desatenção, na inadvertência do agente cuja ação ou omissão termina por causar um dano a outrem<sup>327</sup>. No direito romano, a responsabilidade era objetiva, ou seja, satisfazia-se apenas com o dano e o nexo de causalidade sendo entendida como uma reação da vítima contra a causa aparente do dano; era o direito de vingança privada reconhecido a vítima do dano. Mas foi com a *Lex Aquilia* de dano que, no século III AEC, introduziu-se no Direito a idéia de culpa. Apesar da importância desta lei, o direito romano manteve suas convicções intervindo o legislador apenas nos casos específicos com a admissão da responsabilidade civil somente nestes casos<sup>328</sup>.

Em outras palavras, esta teoria explica que a vítima somente obterá a reparação do dano comprovando a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna<sup>329</sup>. No caso do Estado, caso por culpa sua, seja por ação ou omissão de uma obrigação internacional, seja cometida uma falta ou causado um dano para outro Estado, surge a responsabilidade internacional e, em princípio, este Estado é responsável pela reparação do dano causado<sup>330</sup>.

<sup>323</sup> GROTIUS, Hugo. *Op.cit.* 1925. p. 430 e ss..

<sup>324</sup> Destacados por VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. Madrid: Aguilar, 1982, p. 356 e ss.

<sup>325</sup> O qualificativo "Culpa aquiliana" origina-se do nome do tribuno da velha Roma chamado Aquiles, que formulou princípios sobre a responsabilidade no ano 286 AEC. GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p. 184.

<sup>326</sup> A *Lex Aquilia* foi sistematizada em três capítulos: No primeiro capítulo, pune-se duramente o autor da morte de um escravo ou de animais quadrúpedes alheios, devendo o culpado pagar o preço mais alto dessas coisas durante o ano anterior ao delito. O segundo capítulo refere-se a uma instituição que caiu em desuso no período clássico, a *adstipulatio*. No último capítulo, sancionam-se os danos que, sem direito, são causados a toda classe de coisas alheias, seja por incêndio, fratura ou por qualquer outro modo. STRENGER, Irineu. **Responsabilidade civil no direito interno e internacional**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 36.

<sup>327</sup> No direito brasileiro, a culpa aquiliana se encontra especificamente no Novo Código Civil nos artigos 186 sobre atos ilícitos – fatos jurídicos e no art. 927, sobre a obrigação de indenizar. BRASIL. Novo Código Civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

<sup>328</sup> GUIER, Jorge. *Op.cit.* 1993. p.184 e ss..

<sup>329</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 27.

<sup>330</sup> VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 358.

O problema ocupa lugar de realce na literatura jurídica moderna, extensiva ao plano o direito internacional, pois são as premissas definitórias que certamente permitem o esclarecimento das incertezas que a todo o momento ocorrem quando se trata de fixar critérios de aplicação de direito, critérios esses que, na vida presente, não podem prescindir de uma orientação metódica genérica, como fórmula de solução ampla e satisfatória aos princípios básicos do direito<sup>331</sup>.

Assim, esta teoria apresenta-se desvirtuada por alguns pensadores<sup>332</sup>, "tornando-se de difícil aplicabilidade, porque tal teoria seria 'importada' do Direito Civil para ser aplicada ou transportada, sem adaptação mais profunda ao Direito Internacional<sup>333</sup>".

A palavra culpa nesta teoria está sendo empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stritu sensu*, mas também o dolo. Na culpa *lato sensu*, não basta a imputabilidade do agente para que a responsabilidade lhe possa ser atribuída, nem todo agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica<sup>334</sup>. Não se confunda vontade com intenção, pois o indivíduo, em sua conduta anti-social, pode agir intencionalmente ou sem intenção. Conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido<sup>335</sup>.

Kelsen lembra que dentro do conceito da responsabilidade pela culpa abrange-se a hipótese da chamada negligência. Esta surge quando a produção ou o não impedimento de um evento, indesejável segundo a ordem jurídica (proibido), decorre da obrigação do agente tê-lo podido evitar ou pelo menos deveria prevê-lo e que, portanto, encontrava-se em sua esfera de conhecimento a possibilidade de evitar ou não provocar sua ocorrência<sup>336</sup>, mesmo que não tenha sido efetivamente previsto ou intencionalmente visado pelo indivíduo através de sua conduta.

O professor Celso Mello faz uma compilação sobre as críticas que têm sido dirigidas a esta teoria. referindo: a) ela não pode ser aplicada em relação às pessoas jurídicas a não ser por meio da ficção, uma vez que a culpa é um elemento psicológico, b) como elemento

---

<sup>331</sup> STRENGER, Irineu. *Op.cit.* 2000, p. 39-40.

<sup>332</sup> Püffendorf, Strisower, Ihering, etc.

<sup>333</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 103.

<sup>334</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 35.

<sup>335</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>336</sup> KELSEN, Hans. *Op.cit.*, 2000, p. 137.

psicológico ela é, muitas vezes, de difícil comprovação e c) ela não explica a responsabilidade do Estado por atos dos seus funcionários incompetentes para sua prática<sup>337</sup>.

### **b) Teoria do risco**

A **teoria do risco** é mais recente que a teoria da culpa tendo surgido com o pensamento de Dionisio Anzilotti<sup>338</sup>, para quem "a responsabilidade nasce da injusta violação do direito de outrem e gera a obrigação de reparação<sup>339</sup>". O autor do dano indenizaria apenas pelo fato do dano em si, sem investigação sobre a existência ou não de culpabilidade.

Kelsen admitia esta teoria, fazendo apenas restrição à expressão "negligência" vista anteriormente<sup>340</sup>. Não sendo necessário demonstrar que o infrator atuou de modo doloso ou culposo, o relevante não é a atitude psicológica dos indivíduos que atuam como órgãos do Estado, senão a conduta objetiva do Estado *per se*: o Estado é responsável pela violação de qualquer obrigação sem necessidade de identificar uma falha psicológica em nenhum de seus agentes<sup>341</sup>.

Assim, a responsabilidade internacional do Estado não se funda no dano em si, mas na violação das normas de Direito Internacional; "é um produto de uma relação de causalidade entre a atividade do Estado e o fato ou ato contrário ao Direito Internacional como um todo, ou seja, afasta-se a idéia de culpa ou seus elementos formadores<sup>342</sup>". Porém, a rejeição da teoria da culpa no Direito Internacional "não deve levar à conclusão de que a responsabilidade no Direito Internacional descansa no conceito de risco<sup>343</sup>".

Os trabalhos de codificação da C.D.I não aceitam estas teses e exigem, como pressuposto para atribuir ao Estado a responsabilidade internacional, a imputabilidade.

<sup>337</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 54.

<sup>338</sup> Defendeu estas teses em dois trabalhos *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nem Diritto Internazionale*, Florença, 1902 e *Responsabilité Internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, 1906.

<sup>339</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Teoria Generale della responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale*. In: *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*. Pádua: CEDAM, v.1, 1956, p. 64 e ss.

<sup>340</sup> KELSEN, Hans. *Op.cit.*, 2000, p. 137 e ss..

<sup>341</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 321.

<sup>342</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 108.

<sup>343</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.*, 1980, p.350.

Mediante a Resolução 32/151, a Assembléia Geral das Nações Unidas convidou a Comissão que, à luz dos progressos realizados com o projeto de artigos sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, inicia-se seu trabalho sobre os temas da responsabilidade internacional pelas conseqüências prejudiciais dos atos não proibidos pelo Direito Internacional e das imunidades jurisdicionais dos Estados e seus bens<sup>344</sup>. O grupo de codificação da C.D.I. assinalou a respeito:

Como questão da aplicação geral, seria difícil, se não impossível, defender a norma da responsabilidade estrita de todas e cada uma das perdas causadas por atividades realizadas legitimamente no território de um Estado ou em outro lugar que este baixo sua jurisdição ou controle. Por suposto, pode incluir-se tal norma de um tratado, mas isto não demonstra necessariamente qual seria a norma de direito internacional geral independentemente do tratado<sup>345</sup>.

Este grupo de estudo destacou também que os conceitos de responsabilidade objetiva são habituais e estão explicados tanto no Direito Interno de muitos Estados, como no Direito Internacional em relação com determinadas atividades ainda que não se tenham desenvolvido plenamente neste último<sup>346</sup>.

A questão da responsabilidade objetiva dos Estados foi estudada especificamente no 43º período de sessões da C.D.I., em 1991, quando vários membros que fizeram uso da palavra expressaram suas dúvidas a respeito da admissão desta obrigação no Direito Internacional, duvidando que os Estados estivessem dispostos a aceitá-la essa obrigação nem sequer como medida encaminhada ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional<sup>347</sup>.

Em 1996, o grupo de Trabalho da Comissão e vários comentaristas que apoiaram a questão<sup>348</sup> previram que um regime geral de responsabilidade objetiva se estabeleceria por tratados somente no caso das atividades perigosas; todavia, existem poucos indícios coerentes de que exista uma prática estatal que apóie esta opinião<sup>349</sup>. Os exemplos de imposição de responsabilidade objetiva dos Estados, tal como o Convênio sobre responsabilidade

---

<sup>344</sup> Resolução 32 /151 Assembléia Geral das Nações Unidas. Doc. A / CN.4/384, p.239-240.

<sup>345</sup> C.D.I. Indenização ou outra forma de reparação. Cap. III, nota 25, 1996. parágrafo 1. Informe.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

<sup>347</sup> Ver as atas 2222 e 2228 da C.D.I. Labor realizado no seu 43º. período de sessões, 1991. Anuário.

<sup>348</sup> A Comissão faz referência aos autores Wilfred Jenks na sua obra *Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law* e ao autor Smith na sua obra *State responsibility and the marine environment*. Ver C.D.I. Labor realizado no seu 54º. período de sessões, 2003, p. 14. Informe.

<sup>349</sup> *Idem*, p. 15. Informe.

internacional por danos causados por objetos espaciais, continuam sendo excepcionais. Este Convênio foi concluído em 1972 e consagra majoritariamente a teoria do risco, por exemplo, em seu artigo II que assim estabelece: "Um Estado de lançamento terá responsabilidade absoluta e responderá pelos danos causados por um objeto espacial na área espacial de sua propriedade, na superfície da Terra ou as aeronaves em vôo". Inclusive, muitos tratados, como a Convenção de Genebra de 1979 sobre a poluição atmosférica transfronteiriça a longa distância<sup>350</sup>, a Convenção de Paris para a proteção e preservação do meio marinho contra a contaminação proveniente de fontes terrestres, de 1974, o Convênio de Viena para a proteção da camada de ozônio, de 1985 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, 1982, são omissos sobre esta questão, deixando-a para posterior desenvolvimento.

Na opinião do professor Celso Mello, a teoria do risco é a que dá maior segurança às relações internacionais, pois "ela atende a tendência da sociedade internacional no sentido de se desenvolver a solidariedade e, em consequência, uma socialização<sup>351</sup>".

A jurisprudência internacional, *v.g.* caso *Corfu Channel*, continua utilizando a teoria subjetivista majoritariamente, numa tentativa conceder maior proteção ao Estado, ainda que pouco a pouco a teoria objetiva esteja ganhando confiança no campo jurisdicional.

Faz-se menção, *grosso modo*, "as demais teorias", como denomina o professor Celso Melo, enumeradas de um modo geral em Rousseau, que são teorias mistas que tentam combinar a aplicação da teoria do risco e a da culpa<sup>352</sup>. Contudo, estas atualmente não têm desenvolvimento, nem relevante menção no Direito Internacional e não serão objeto de estudo.

---

<sup>350</sup> "As partes contratantes, tomando devidamente em consideração os fatos e os problemas em causa, estão decididas a proteger o homem e o seu ambiente contra a poluição atmosférica esforçar-se-ão por limitar e tanto quanto possível, por reduzir gradualmente e evitar a poluição atmosférica, incluindo a poluição transfronteiriças a longa distância". Artigo 2º. Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância de 13 de novembro, 1979.

<sup>351</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 74.

<sup>352</sup> Ver sobre este tema ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 75.

### 1.3 FATOS QUE ORIGINAM A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Os fatos que originam a responsabilidade podem apresentar-se tradicionalmente de duas diferentes formas. Por *ato ilícito*, por exemplo, entende-se a violação por parte das autoridades estatais contra a imunidade diplomática de um representante de um estrangeiro ou mediante uma *omissão de atuar*; em outras palavras, o descumprimento por parte do Estado por não tomar as medidas concernentes ao cumprimento das suas obrigações com o Direito Internacional, v.g., no caso *Corfu Channel*, no qual a C.I.J. declarou a Albânia responsável pela ausência de prevenção sobre o perigo das minas colocadas em suas águas territoriais. Segundo a decisão desta Corte:

Estas graves omissões levam à Responsabilidade Internacional da Albânia. A partir deste ponto, a Corte chega à conclusão de que a Albânia é responsável segundo o Direito Internacional pelas explosões que ocorreram (...) e pelos danos e pela perda de vidas humanas que resultaram delas (...) é um dever de Albânia pagar compensação ao Reino Unido<sup>353</sup>.

Por outro lado, ao aceitar no projeto de Convenção - a partir do seu artigo 20 - as excludentes de ilicitude da conduta estatal<sup>354</sup>, a C.D.I. levaria a colocar, além das posições tradicionais, a responsabilidade estadual por *ato lícito*<sup>355</sup> como causa de responsabilidade internacional. A responsabilidade derivada de ato lícito atua concomitantemente com os conceitos de solidariedade<sup>356</sup> de modo que o juiz possa considerar a responsabilidade neste caso como um princípio geral do direito<sup>357</sup>, elemento cuja identificação é mais complexa em uma comunidade internacional que lida com sistemas internos consideravelmente variáveis.

A responsabilidade originada do ato lícito é realmente excepcional e prevista expressamente em tratado. O exemplo clássico encontra-se no artigo VI do Tratado sobre

---

<sup>353</sup> **Caso Corfu Channel.** C.I.J. Lembremos que, neste caso, um navio, o *Saumarez*, do Reino Unido cruzava o Canal *Corfu*, em águas albanesas, colidindo contra uma mina e sofrendo danos irreparáveis. Outro navio foi enviado, o *Volage*, para resgatar o primeiro, mas teve a mesma sorte com um saldo total de quarenta e cinco mortos e quarenta e dois gravemente feridos. Nesta oportunidade, e após a designação de vários peritos, a Corte manifestou-se que apesar do governo albanês negar a colocação das referidas minas não poderia ter ignorado a colocação por parte de outro ou outros sujeitos e que sua falha estava justamente na atitude omissiva de informar e prevenir aos navios que passavam por ali. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>354</sup> Será ampliado na próxima seção deste trabalho.

<sup>355</sup> Sobre este tema ver GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **O problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos.** Coimbra: Almedina, 1974.

<sup>356</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 33.

<sup>357</sup> *Ibidem.*

Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes de 1967<sup>358</sup>, assim como questões ambientais, como a contaminação. Sobre a responsabilidade internacional por violações ao meio-ambiente, destaca-se a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano<sup>359</sup>, afirmando que todo Estado tem o direito soberano de explorar seus próprios recursos com apoio em sua norma interna sobre meio ambiente, mas com a obrigação de assegurar que as atividades realizadas sob sua jurisdição não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora da jurisdição nacional. Este princípio é reafirmado com o nome de *princípio 2*, na Declaração do Rio, de 1992, nas resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, números 2995, sobre cooperação entre os Estados no campo do meio ambiente<sup>360</sup>, e 3129, sobre a cooperação no campo do meio ambiente em matéria de recursos naturais compartilhados com os demais Estados<sup>361</sup>.

No entender de Luis Cezar Ramos, com o simples ferimento de uma norma ou de uma obrigação internacional surge, a responsabilidade independentemente dela derivar de um ato/fato lícito ou ilícito, especial ou comum. Destaca-se que na prática internacional, majoritariamente, as violações aos direitos humanos surgem pela realização de atos ilícitos ou pela omissão de atuação por parte do Estado<sup>362</sup>, excetuando-se, conforme mencionado anteriormente, as questões ambientais<sup>363</sup>.

A responsabilidade internacional deriva da constatação de que um dano foi causado a outrem violando sua esfera juridicamente tutelada; desta forma, a responsabilidade surge

---

<sup>358</sup> "Os Estados-Partes do Tratado têm a responsabilidade internacional das atividades nacionais realizadas no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, quer sejam elas exercidas por organismos governamentais ou por entidades não governamentais, e de zelar para que as atividades nacionais sejam efetuadas de acordo com as disposições enunciadas no presente Tratado (...). Em caso de atividades realizadas por uma organização internacional no espaço cósmico, inclusive na Lua e demais corpos celestes, a responsabilidade, no que se refere às disposições do presente Tratado, caberá a esta organização internacional e aos Estados Partes do Tratado que fazem parte da referida organização". Art. IV. O.N.U. Tratado sobre princípios reguladores das atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a lua e demais corpos celestes, 1967. In: MAROTTA RANGEL, Vicente. Direito e Relações Internacionais. 4 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>359</sup> Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, de 5 a 16 de junho de 1972.

<sup>360</sup> O.N.U., Resolução 2995, de 15.12.72 Disponível em <www.un.org>. Acesso em 10 jul 2007.

<sup>361</sup> O.N.U., Resolução 3129, de 13.12.73. *Ibidem*.

<sup>362</sup> Razão pela qual os danos derivados por atos lícitos não foi foco desta pesquisa.

<sup>363</sup> O surgimento de atividades consideradas ultraperigosas, como a nuclear, os lançamentos espaciais, o transporte e o uso de hidrocarbonetos e outros têm gerado a discussão sobre a responsabilidade internacional do Estado por atos lícitos de extremo risco. Ver sobre este tema ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 56 e ss.

quando ocorre um *fato lesivo* geralmente provocado por um terceiro que não a pessoa lesada. Deste fato jurídico emana uma relação jurídica entre o autor da conduta lesiva e o titular da posição jurídica violada, ou seja, decorrente do *nexo causal* entre o ato lesivo e o dano<sup>364</sup>. Em relação ao *dano*, o ordenamento jurídico poderá ou não exigir a culpa do agente<sup>365</sup>. Assim, a responsabilidade é definida por uma relação jurídica entre duas partes; de um lado aquele que foi lesado e do outro aquele que deve reparar o dano.

Sendo assim, o fato ilícito é composto por um elemento dito *subjetivo* e por outro dito *objetivo*<sup>366</sup>. O elemento subjetivo é a identificação da conduta atribuível a um determinado sujeito (imputabilidade). O elemento objetivo faz referência ao *nexo causal* entre a conduta estatal e a violação da obrigação internacional<sup>367</sup>.

### 1.3.1 Ato ilícito: elemento subjetivo (atribuição a um Estado)

O ato ilícito é uma manifestação de vontade - uma conduta humana voluntária - contrária à ordem jurídica<sup>368</sup>. É possível afirmar que há um ato ilícito internacional quando se verifica a ocorrência do suporte fático pela violação de uma norma jurídica internacional que acarreta uma lesão à esfera jurídica de um sujeito. Este suporte fático é atribuível a um sujeito distinto da pessoa lesada.

A intervenção do Direito Internacional sobre os atos ilícitos costuma ser considerada autônoma em relação às considerações do direito interno do Estado em causa<sup>369</sup>. No entanto,

<sup>364</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p.55.

<sup>365</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.107 e ss..

<sup>366</sup> Ver Anuario da Comissão de Direito Internacional de 1973 , onde diz: “*the following two elements, both of them witch must be present, are traditionally distinguished: a) an element, generally called a subjective element, consisting of conduct that must be capable of being attributed not to the human being or group of human beings which actually engaged in it, but to the State as a subject of international law, and b) an element, generally called an objective element, witch indicates that the State to witch the conduct in question is attributed has failed, by that conduct, to fullfil an international obligations of the State*”. Ver C.D.I. *Report of the commission to the General Assembly*. New York: Nações Unidas, 1975, p. 179.

<sup>367</sup> Posição respaldada pelos autores Antonio Augusto Cançado Trindade, Celso Albuquerque Mello, André de Carvalho Ramos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça, citadas conforme o decorrer do texto.

<sup>368</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 22.

<sup>369</sup> PINTO, Mónica. Responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos y los entes no estatales. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Liber**: Persona Humana y Derecho Internacional. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997.p.1156 e ss.

esta pretensa autonomia não pode ser considerada plena, pois tudo o que o Direito interno fizer influencia a afirmação da responsabilidade internacional a partir da regulamentação limitativa da imputação que o próprio direito interno costuma fixar.

Parece difícil assumir-se a idéia de atribuição de responsabilidade sem um sujeito, pois deve existir um sujeito de direito internacional a quem seja imputável o ato ilícito<sup>370</sup>. Se, no direito interno civil (diferentemente do que ocorre no âmbito penal), o objetivo último é localizar um patrimônio contra o qual se possa fazer efetiva a reparação pelo dano causado<sup>371</sup>, no direito internacional, o fim último é a reparação do direito violado para reconstituição da Comunidade Internacional. No direito interno civil, os pais são responsáveis com seu patrimônio pelos atos realizados pelos seus filhos, as corporações ou empresas pelos atos realizados pelos seus trabalhadores. No Direito Internacional, o Estado ou a administração será responsável pelos atos dos seus órgãos e funcionários.

A critério de Roberto Ago, 2 (dois) são os elementos necessários para que exista um fato ilícito: o primeiro, consistente em um comportamento atribuível ao Estado como sujeito de Direito internacional e, o segundo, a contravenção de uma obrigação internacional<sup>372</sup>. Logo, estes elementos podem ser subdivididos em *subjetivos* (comportamento atribuído ao Estado) e *objetivos* (violação de uma obrigação)<sup>373</sup>. Depreendendo-se a preocupação da C.D.I pela devida indicação do Estado.

Contudo, a principal função da responsabilidade é a transferência da incidência do dano de um sujeito (a vítima) a outro (aquele que, em última instância, deve suportar o dever de ressarcimento)<sup>374</sup>. Isto não significa que possamos prescindir da imputabilidade ao Estado e muito menos no âmbito dos direitos humanos, onde a responsabilidade internacional está estruturada sobre a idéia de que somente são reparáveis os danos provocados por atos imputáveis aos Estados ou sujeitos assimiláveis a ele (por exemplo, os organismos internacionais)<sup>375</sup>.

---

<sup>370</sup> PINTO, Mónica. *Op.cit.* 1997.p.1157.

<sup>371</sup> Tomás Ramon Fernández *apud* GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. Madrid: Civitas, 1978, p. 326.

<sup>372</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 208-209.

<sup>373</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 91.

<sup>374</sup> LEGUINA VILA, J. **La responsabilidad civil de la Administración Pública**. Madrid: Tecnos, 1983, p. 83.

<sup>375</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 70.

O Projeto da C.D.I. estabelece que todo ato internacionalmente ilícito praticado por um Estado traz como consequência a responsabilidade deste Estado (art.1º), e seu artigo 3º especifica que o Direito Internacional pode caracterizar um ato como internacionalmente ilícito ainda que a legislação interna considere este ato lícito<sup>376</sup>. Como visto anteriormente, e nas palavras da Flavia Piovesan (fazendo referência específica aos direitos humanos),

enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional (...) sustenta-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supra-legal<sup>377</sup>.

Qualquer posicionamento contrário violaria o princípio *pacta sunt servanda* no Direito Internacional, assim como o artigo 27 da Convenção de Viena anteriormente referida.

O Estado, como pessoa política intangível, deve julgar as atuações imputáveis, por ação ou omissão, aos seus órgãos internos, uma vez que Estado responderá internacionalmente por estes. No Projeto da C.D.I., resulta clara esta afirmação conforme previsão do artigo 4º. onde fica determinado que será considerado fato do Estado, de acordo com o Direito Internacional, o comportamento de todo órgão do Estado que tenha a condição de tal e que, segundo o Direito Interno, tenha atuado nesta qualidade<sup>378</sup>.

Continuando no Projeto da C.D.I., no artigo 5º imputam-se ao Estado todos os atos praticados por aqueles que exerçam efetivamente na sua ordem interna prerrogativas de poder público. Este conceito inclui órgãos formais ou de fato do Estado, entidades públicas, para-estatais, pessoas morais ou físicas habilitadas e, inclusive, pessoas privadas que experimentem, em substância, o poder público<sup>379</sup>.

<sup>376</sup> "A qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito rege-se pelo Direito internacional. Tal qualificação não é afetada pela qualificação do mesmo fato como lícito dentro do direito interno". Artigo 3º: Sobre a qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito. C.D.I. Projeto...*Op .cit.*.

<sup>377</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.* 1996, p.83.

<sup>378</sup> "(1) Considerara-se fato do Estado segundo o direito internacional o comportamento de todo órgão do Estado, seja que exerça funções legislativas, executivas, judiciais ou de outra índole. Qualquer que seja sua posição na organização do Estado e tanto se pertence ao governo central quanto a uma divisão territorial do Estado. (2) Entender-se-á que órgão inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição segundo o direito interno do Estado". Artigo 4º: sobre o comportamento dos órgãos do Estado. C.D.I. Projeto...*Op .cit.*.

<sup>379</sup> Este artigo foi anteriormente transcrito.

Pelo artigo 7º, também é feita menção a conduta de órgão ou entidade governamental territorial de um Estado que não seja parte da estrutura formal do Estado, mas que esteja autorizado pelo Direito Interno para exercer autoridade governamental. Este órgão ou entidade também será considerado como ato do Estado sempre que atue nesta condição<sup>380</sup>.

Para o Projeto da C.D.I., órgão estatal pode ser qualquer um, ou seja, qualquer órgão pertencente ao Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, com funções de caráter internacional ou interno (art. 6º<sup>381</sup>). Sobre este ponto, a própria Comissão esclarece:

Os elementos que existem na identificação do órgão com o Estado não deveria fazer-nos esquecer que os órgãos do Estado estão, em último lugar, compostos de seres humanos que estão ainda em capacidade de atuar por sua própria conta. Em consequência é necessário comprovar em cada caso específico, se, em tal ocasião, atuaram como órgãos do Estado, ao amparo de esse status ou como indivíduos privados. As dificuldades práticas que podem algumas vezes surgir a este respeito em modo algum afetam a clareza da distinção desde o ponto de vista dos princípios<sup>382</sup>.

Esta liberdade de auto-organização dos Estados encontra seu fundamento jurídico na Resolução da Assembléia Geral da ONU nº 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970. Nesta resolução, endossa-se a Declaração sobre as Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados declarando-se incompatível com o Sistema das Nações Unidas todas as situações que rompam total ou parcialmente a unidade nacional ou a integridade territorial de qualquer Estado ou país. Segundo a ONU, "todo Estado tem o direito inalienável de escolher seu sistema político, econômico, social e cultural sem qualquer forma de ingerência por parte de qualquer outro Estado"<sup>383</sup>.

Assim, podemos chegar à conclusão de que, no Direito Internacional geral a responsabilidade Estatal parece repousar na teoria do órgão. O Estado será responsável pelo comportamento dos seus órgãos ou de suas entidades facultadas para exercer prerrogativas de

---

<sup>380</sup> "O comportamento de um órgão do Estado ou de uma pessoa ou entidade facultada para exercer atribuições do poder público se considerará fato do Estado segundo o direito internacional, se tal órgão, pessoa ou entidade atua nessa condição, ainda que se exceda em sua competência ou contravenha suas instruções". Artigo 7º: Sobre a extra-limitação na competência ou contravenção de instruções. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

<sup>381</sup> "Considera-se órgão do Estado segundo o direito internacional o comportamento de um órgão colocado a sua disposição por outro Estado, sempre que esse órgão atue no exercício de atribuições do poder público do Estado a cuja disposição se encontra". Artigo 6º: Comportamento de um órgão colocado à disposição de um Estado por outro Estado. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

<sup>382</sup> Reporte da Comissão de Direito Internacional para Assembléia Geral das Nações Unidas Nº 17/9010. pág 92. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em junho de 2007.

<sup>383</sup> Disponível em: <www.un.org>. Acesso em junho de 2007.

poder público, porém as regras de imputação ao Estado não resultam tão claras nos ordenamentos internos, o que certamente prejudicará (apesar do excelente trabalho realizado pela C.D.I.) o ordenamento internacional. Um número considerável de países transfere a responsabilidade do Estado ou da Administração aos atos exercidos pelos funcionários ou agentes do Estado, *v.g.*, artigo 28 da Constituição Italiana de 1947<sup>384</sup>, artigo 34 da Lei Fundamental de Alemanha Federal de 1949<sup>385</sup> (emendada pela lei de 26 de novembro de 2001), artigo 1.928 do Código Civil Mexicano<sup>386</sup>, artigo 1.112 do Código Civil argentino<sup>387</sup> que, apesar de ter suscitado críticas na distinção feita pela jurisprudência entre os conceitos de *empleado e funcionario*<sup>388</sup>, não deve afetar substancialmente a responsabilidade do Estado baseada na atuação dos funcionários, assim como, em geral, não afeta os sistemas de responsabilidade extracontratual do Estado. Em países como Costa Rica, de forma contrária, o fundamento da responsabilidade do Estado é encontrado na responsabilidade direta e objetiva da Administração Pública.

<sup>384</sup> "Os funcionários e os empregados do Estado e das entidades públicas serão diretamente responsáveis, com arranjo das leis penais e civis e administrativas, por atos realizados em violação de quaisquer direitos. Nestes casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos.". Tradução Livre. ITALIA. *Constituzione della Repubblica Italiana*, 1947. Disponível em: <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>. Acesso em junho de 2007.

<sup>385</sup> "Quando alguém em exercício de uma função pública que lhe fosse confiada violasse os deveres que a função lhe impõe com respeito a um terceiro, a responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou a corporação cujo serviço se encontra. No caso de dolo ou culpa grave fica aberta à ação de regresso. Para a reclamação de danos e prejuízos aberta, assim como, para a ação de regresso não poderá se excluir a via judicial". Tradução livre do espanhol. ALEMANHA. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, 1949. Disponível em: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a34>. Acesso em junho de 2007.

<sup>386</sup> "O Estado tem obrigação de responder dos danos causados pelos seus funcionários no exercício das funções que lhes estejam encomendadas. Esta responsabilidade é subsidiária, e só poderá fazer-se efetiva contra o Estado, quando o funcionário diretamente responsável não tenha bens, ou os que tenham não sejam suficientes para responder pelo dano causado". Tradução livre. MÉXICO. *Código Civil para El Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, 1928. Acessível em: <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>. Acesado em Junho de 2007.

<sup>387</sup> "Os fatos e as omissões dos funcionários públicos no exercício de suas funções (...)". Tradução livre. ARGENTINA. *Código Civil de la República de Argentina*. Disponível em <http://www.redetel.gov.ar/Normativa>. Acesso em junho de 2007.

<sup>388</sup> O conceito de *funcionario* que se utiliza no texto tem sido interpretado, em geral, amplamente. Todavia, a jurisprudência Argentina tem estabelecido a distinção entre *funcionarios e empleado*. A partir desta distinção tem afirmado que a responsabilidade do Estado é *directa* quando atua um órgão seu (*funcionario*) e *indirecta* quando atua um dependente (empregado). Isto tem levado a várias críticas, entre estas GORDILLO, para quem "não existe na legislação Argentina uma distinção entre funcionario e empleado, isto é, entre pessoas que decidam em representação da vontade estatal, e pessoas que executem essas decisões em relação de dependência (...) Todas as pessoas que o Estado designa para desempenhar-se em funções por ele encomendadas são em geral agentes seus, por tanto, órgãos dele (...) A responsabilidade em consequência será sempre direta". GORDILLO, Agustín. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Inst. de Estudios de Administración Local, 1984, p. 795-800.

Com relação ao sistema mexicano, a norma fundamental é o artigo 1.928 do Código civil, transcrito anteriormente, demonstrando que no México o sistema de responsabilidade do Estado está claramente fundado na responsabilidade do funcionário (artigo 114 da Constituição Política<sup>389</sup>), a qual poderá ser reduzida quando o ato ilícito ou de risco é inseparável da função conjunta desta.

A construção da responsabilidade mexicana inicia com o *amparo*. O *amparo* no México "é um juízo de nulidade através do qual o demandante procura que as coisas voltem à situação em que se encontrava antes de ditar-se o ato ou a lei reclamada. Quando o ato se tem consumado de maneira irreparável, o *amparo* não se admite (...) <sup>390</sup>". Entretanto, "a ordem judicial de suspensão não prejudica sobre a responsabilidade em que tenha incorrido a autoridade responsável ao ordenar ou executar o ato reclamado" (art. 75. *Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución*<sup>391</sup>).

Destas normativas mexicanas, apresenta-se possível o questionamento do mencionado artigo 1928, que obriga seja demandado primeiramente o funcionário, demonstrando-se sua culpabilidade subjetiva para transferir-se a responsabilidade ao Estado. Por outra parte, o sistema mexicano apresenta um vácuo ao não esclarecer a impossibilidade verificada muitas vezes de determinar a responsabilidade do funcionário<sup>392</sup>.

Ainda no sistema mexicano, na *Ley de Depuración de Créditos*, de 1941, o parágrafo 2º. do artigo 10 diz:

Quando a reclamação se fundamenta em atos ou omissões, os quais conforme a direito, dão origem à responsabilidade civil do Estado, não será preciso demandar previamente ao funcionário ou funcionários responsáveis, sempre que tais atos ou omissões impliquem culpa no funcionamento dos serviços públicos<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> "O procedimento de juízo político só poderá iniciar-se durante o período em que o servidor público desempenhe seu cargo e dentro de um ano depois. As sanções correspondentes se aplicarão num período não maior de um ano a partir de iniciado o procedimento. A responsabilidade por delitos cometidos durante o tempo do encargo por qualquer servidor público, será exigível de acordo com os prazos de prescrição consignados na lei penal, que nunca serão inferiores a três anos. Os prazos de prescrição se interrompem em tanto o servidor público desempenha algum dos encargos que faz referencia o artigo 111 (reformado em 1982)". MÉXICO. *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. *Op. cit.*

<sup>390</sup> CARRILLO FLORES, Antonio. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado en México**. Moscú: [s.ed.], 1981, p. 9.

<sup>391</sup> Disponível em: <<http://info.juridicas.unam.mx/>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>392</sup> CARRILLO FLORES, Antonio. *Op.cit.* 1981, p. 10.

<sup>393</sup> Esta lei pode ser acessada em: <<http://info.juridicas.unam.mx/>>. Acesso em junho de 2007.

Esta lei prevê claramente uma responsabilidade direta, contudo, muito limitada, já que a possível indenização surgida neste caso, dependerá da existência de um anterior orçamento para esta finalidade (estabelecido na própria lei)<sup>394</sup>.

Na Costa Rica, conforme o artigo 190 e seguintes da *Ley General de la Administración Pública*<sup>395</sup>, a cobertura patrimonial inclui também os danos por condutas ilícitas e normais (artigos 190 §2 e 194) e, ainda, os danos causados diretamente pela lei (artigo 194 §3). E, da mesma forma que na Espanha, a responsabilidade do Estado ou da Administração é solidária com a de seus funcionários, os quais são responsáveis pessoalmente quando tenham atuado com dolo ou culpa grave ou tenham cometido ou obedecido atos manifestamente ilegais (artigos 199 a 202 da mencionada Lei).

Voltando ao âmbito internacional e à teoria do órgão, deve-se destacar que esta apenas será aplicável quando o direito interno reflita efetivamente quais os órgãos que atuam em nome do Estado. Então, a questão que surge diz respeito à possibilidade de responsabilização internacional de um Estado, caso uma pessoa ou um grupo de pessoas atue em nome do Estado praticando atos contrários às normas de conduta estabelecidas pelo Direito Internacional. O artigo 8º do mencionado Projeto diz:

Considera-se fato do Estado segundo o direito internacional o comportamento de uma pessoa ou um grupo de pessoas, se essa pessoa ou esse grupo de pessoas atuam de fato por instruções ou sob a direção ou controle de esse Estado (...).

Em outras palavras, este artigo coloca as pessoas que atuam de fato ou em nome do Estado como entes ligados ao Estado<sup>396</sup>.

Ainda assim, tendo por base o anteriormente referido, continua existindo o debate sobre a responsabilidade das entidades públicas territoriais que perseguem o interesse público sem usar o poder público colocando-se em pé de igualdade com os particulares. Nestes casos, a responsabilidade internacional não poderá nascer a não ser pelas mesmas condições previstas para os comportamentos de indivíduos<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> CARRILLO FLORES, Antonio. *Op.cit.* 1981, p. 11.

<sup>395</sup> Esta lei encontra-se disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>396</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 79.

<sup>397</sup> CONDORELLI, Luigi. *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*. In: *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye* (R.C.A.D.I.),1984, p. 20.

Em todo caso, a C.D.I. deixa claro que em cada caso específico, em que se busca a responsabilidade do Estado, deverá ser genuinamente comprovado que a pessoa ou grupo de pessoas foram nomeadas por órgãos do Estado para cumprir uma função particular ou um dever específico<sup>398</sup>.

Na jurisprudência internacional a Corte Interamericana, no Caso *Velásquez Rodríguez*<sup>399</sup>, diz:

em toda circunstância na qual um órgão do Estado ou de uma instituição de caráter público lesione indevidamente um de tais direitos, se está perante um suposto de inobservância do dever de respeito consagrado neste artigo 400(...) Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições de direito interno ou desbordado os limites de sua própria competência(...)<sup>401</sup>.

No mesmo sentido, Cançado Trindade, no caso *Última Tentação de Cristo*, sustenta que

qualquer ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo ou Judicial) ou dos agentes do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade internacional do Estado-Parte em questão<sup>402</sup>.

### 1.3.2 Atos realizados pelos órgãos do Estado e os particulares

Tanto no direito interno, como no internacional, quando se fala da responsabilidade dos Estados pelos atos dos seus órgãos, pensa-se, automaticamente, nas formas clássicas da organização do Estado. Assim, fala-se da responsabilidade do Estado-Legislador, do Estado-Administração Pública e do Estado-Juiz e, mesmo aparentando ser singelo este ponto, a prática e a jurisprudência internacionais nos mostram o contrário.

<sup>398</sup> Report of the Commission to the General Assembly. *Op. cit.*, parágrafo 172.

<sup>399</sup> **Caso Velásquez Rodríguez** C.I.D.H. Sentença de 28 de Julho de 1988. Serie C. Nº 4. Esta sentença tem sido reiterada em decisões posteriores, ver ao respeito **Caso Godínez Cruz** C.I.D.H. Sentença de 21 de Julho de 1989. Serie C. No. 8; **Caso Aloboetoe, Reparaciones**. C.I.D.H. Sentença de 10 de Setembro de 1993, Serie C No.15.

<sup>400</sup> *Idem*, p. parágrafo 169.

<sup>401</sup> *Idem*, p. parágrafo 170.

<sup>402</sup> **Caso La última tentación de Cristo**. Voto do Juiz Cançado Trindade, Sentença de Mérito, de 05 de fevereiro de 2001, *Op. cit.*, parágrafo 40.

### a) Atos do Poder legislativo

Em um regime democrático a função legislativa corresponde exclusiva ou principalmente aos órgãos legislativos, independentes dos Estados unitários, federais ou mistos. Desta perspectiva, qualquer dano ocasionado pelo Parlamento e seus órgãos, produto de atuações que não possam ser qualificadas como leis, devem encaixar-se dentro do campo da responsabilidade administrativa<sup>403</sup>.

A palavra "lei", no entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, significa

norma jurídica de caráter geral, aderida ao bem comum, emanada de órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, elaborada segundo o procedimento estabelecido nas Constituições dos Estados-Partes para a formação de leis<sup>404</sup>.

Isto não exclui a consideração do *Common Law* como verdadeira lei<sup>405</sup> (faz-se referência ao caso *Dudgeon*, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>406</sup>). Por conseguinte, podemos chegar à conclusão parcial que, em matéria de responsabilidade dos órgãos legislativos, excluem-se as chamadas "funções legislativas" dos outros Poderes do Estado<sup>407</sup>, em particular os regulamentos dos poderes executivos e das entidades administrativas.

Adverte-se que, em determinados casos e sob certos limites estabelecidos pelo Constituinte e pelo próprio legislador, ao poder executivo compete expedir decretos com caráter formal e hierárquico de leis. A própria C.I.D.H. reconhece a possibilidade de delegações legislativas em matéria de direitos humanos sempre que tais delegações estejam

<sup>403</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 130.

<sup>404</sup> **Opinião Consultiva OC-6/86**. C.I.D.H. de 9 de maio, 1986. parágrafo 38. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso Julho de 2007.

<sup>405</sup> Sobre o conceito "lei" no sistema Europeu, ver CREMONA, J.J. The interpretation of the Word "Law" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Revista IIDH**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, p. 86 e ss.

<sup>406</sup> No caso *Dudgeon* um homem adulto residente da Irlanda alegava que tinha aceitado voluntariamente a prática de atos homossexuais, a lei da Irlanda do Norte negava-lhe tal direito. O adulto alegava ter sido interrogado, terem revisado a sua casa e temer a instauração de procedimento criminal. O Tribunal entendeu que a cláusula de proteção à moral fazia referência às pautas éticas da sociedade no seu conjunto, cada Estado teria o direito a ditar normas para proteger as crenças morais de sua comunidade. Neste caso, se fazia referência às leis de 1861 e 1885 que estavam vigentes em Irlanda do Norte e mediante as quais se perseguiram práticas homossexuais, inclusive entre adultos que voluntariamente participavam nela. **Caso Dudgeon**. T.E.D.H. Sentença do 22 de Outubro de 1981.

<sup>407</sup> Ver GORDILLO, Agustín. *Op.cit.* 1984, p. 92-93 e 781.

autorizadas pela própria Constituição e que sejam exercidas nos limites impostos pela Corte e pela lei que a delega e que o exercício da função delegada esteja sujeita à controles eficazes de maneira que não se desvirtue, nem possa utilizar-se para desvirtuar, o caráter fundamental dos direitos e liberdades protegidos pela própria Convenção<sup>408</sup>. Nestes casos, pode considerar-se que tais decretos tenham o caráter de leis e aplicando-lhes, portanto, o regime de responsabilidade que se aplica às leis, pois estamos perante o Estado-Legislador<sup>409</sup>.

Desta forma, um Estado incorrerá em responsabilidade internacional quando promulgar uma legislação incompatível com suas obrigações internacionais independentemente se tais leis são ou não constitucionais<sup>410</sup>. Uma lei pode ser inconstitucional, mas não violar o direito internacional<sup>411</sup>. Ao mesmo tempo, uma lei pode ser constitucional e lícita no direito interno e, contudo, ser contrária ao Direito Internacional. No primeiro caso, o Estado nem sempre será responsável internacionalmente; já, no segundo, será caso sejam preenchidas as condições de responsabilidade anteriormente descritas.

No mesmo diapasão, "só será contrário ao direito internacional, uma lei que encerre diretamente alguma disposição contrária, e não quando se limite a fazer possível a realização de um ato futuro internacionalmente ilícito"<sup>412</sup>. Frequentemente afirma-se que a existência de uma lei não implica responsabilidade até que esta lei seja executada pelo órgão legislativo ou judicial correspondente produzindo um dano em determinado sujeito de Direito Internacional<sup>413</sup>. A jurisprudência internacional tem adotado critério oposto assinalando que a mera existência de uma lei discriminatória é *per se* uma violação do Direito Internacional sendo desnecessário a prova da aplicação concreta da mesma, pois se apresenta evidente que o simples fato de uma lei discriminar, por razões de raça, causa prejuízos aos discriminados<sup>414</sup>.

Jiménez de Arechaga - referindo-se ao momento a partir do qual a um Estado pode ser aplicada a responsabilidade - diz que surge como consequência da promulgação de uma lei

---

<sup>408</sup> OC-6/86. *Op. cit.*, parágrafo. 36.

<sup>409</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 131.

<sup>410</sup> VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 361.

<sup>411</sup> Em matéria de direitos humanos, as violações aos direitos constitucionais dos indivíduos ou grupos são também, em geral, ao direito internacional.

<sup>412</sup> VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 361.

<sup>413</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 151.

<sup>414</sup> **Opinião Consultiva sobre Namíbia.** C.I.J. *Reports*, 1971. Trata-se de uma opinião consultiva e não de uma reclamação por danos, mas o princípio estabelecido desde antes, abre caminho à possibilidade de que opere a responsabilidade do Estado pela mera existência de uma lei. Isto, é claro, na hipótese de que tenham ocorrido danos certos, efetivos, individualizáveis e avaliáveis provocados pela existência da lei.

contrária as suas obrigações internacionais, e que esse momento particular "*tempus commissi delictum*" é quando se sofre realmente o dano como uma conseqüência da promulgação de uma lei contrária ao Direito Internacional;

assim, a mera aprovação de uma lei que autorize expropriar propriedades sem indenização, não deve gerar, normalmente, um reclamo internacional suscetível de apresentar-se no terreno judicial. Tal reclamo só poderia apresentar-se quando essa legislação seja de fato aplicada. Todavia, se a simples aprovação de uma lei, por si mesma tem afetado a possibilidade de venda ou o preço de uma propriedade de um estrangeiro, a reclamação seria procedente ainda quando a lei não se tenha aplicado<sup>415</sup>.

De outra parte, também existe um aspecto negativo desta formulação que trata responsabilidade estadual por omissão nos casos em que o Legislativo deixa de fazer uma lei que a ordem jurídica internacional lhe impõe. O exemplo clássico é o caso *Alabama*, entre Estados Unidos e a Grã-Bretanha, que foi decidido por um Tribunal Arbitral, em 1872<sup>416</sup>. Conforme a decisão, o Estado é responsável quando o Órgão Legislativo não edita uma lei internacionalmente imposta (no Brasil adota-se o sistema do *non self-executing*, ou seja, as normas convencionais ratificadas pelas autoridades brasileiras devem passar perante o Congresso Nacional para sua devida promulgação legislativa<sup>417</sup>) ou quando a lei já editada pelo órgão legislativo é contrária a tal lei internacional imposta ou contra uma lei imposta pelo direito internacional<sup>418</sup>.

Os exemplos deste tipo de violação (por omissões, insuficiências ou deficiência legais) podem chegar a ser muito amplos em matéria de direitos humanos, pois os tratados internacionais tendem a delegar ao legislador interno o desenvolvimento de muitos temas relacionados aos direitos humanos. No sistema interamericano, a C.I.D.H diferencia os atos legislativos entre leis de aplicação imediata e leis de aplicação mediata<sup>419</sup>. Nas primeiras, a C.I.D.H., na Opinião Consultiva 14/94, estabeleceu que "no caso das leis de aplicação imediata, a violação dos direitos humanos, individual ou coletiva, se produz pelo mero fato de

<sup>415</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. **Manual de Derecho Internacional**. México: Sorensen, 1973, p. 328 e 329.

<sup>416</sup> A Grã -Bretanha tinha declarado a neutralidade durante a Guerra de Secessão; entretanto, cidadãos ingleses venderam navios de guerra para o Sul que prejudicavam o comércio do Norte (o navio mais famoso era chamado Alabama), violando as regras de neutralidade pela sua simpatia com o Sul. Estados Unidos sustentou a violação dos deveres dos neutros por parte de Inglaterra. Caso Alabama *apud* PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 133.

<sup>417</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 167.

<sup>418</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>419</sup> Ver In CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.171.

sua edição”<sup>420</sup>. Nas segundas, a Corte expressou que “não resultava necessário afetar a esfera jurídica de pessoas determinadas quando estes atos estão sujeitos a atos normativos posteriores ou a aplicação de funcionários dos Estados”<sup>421</sup>. Contudo, nos encontramos em uma etapa de reconsideração desta classificação. De fato, Cançado Trindade, em voto dissidente no caso *El Amparo*, afirmou que a qualidade de obrigação *erga omnes* dos direitos humanos protegidos indica que não se mostra necessário aguardar pelo acontecimento do dano, já que acarretaria *ipso facto* a configuração da responsabilidade internacional do Estado<sup>422</sup>.

Em matéria de direitos humanos, podemos fundamentar, por exemplo, no artigo 2º da CADH, segundo a qual

(...) os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades<sup>423</sup>.

Observe-se que o Estado está obrigado a ditar medidas legislativas e se não as dita descumpra a Convenção Americana, v.g., artigo 18 da CADH: "toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes dos seus pais ou ao de um destes. A lei regulamentará a forma de assegurar a todos este direito mediante nomes fictícios, se for necessário".

Um caso importante de obrigação positiva do Estado e, portanto, suscetível de converter-se em um ato ilícito internacional por omissão, é o caso de proteção judicial que refere o artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos, o artigo 13 do Convênio Europeu e o artigo 25 da CADH, sendo que este último diz expressamente:

---

<sup>420</sup> A opinião Consultiva se originou na reforma constitucional do Peru que tinha agregado o terrorismo como nova hipótese àquela já existente de traição à pátria para aplicar a pena de morte em flagrante violação do art. 4º do Pacto de *San José* de Costa Rica. **Opinião Consultiva Nº 14/94**. C.I.D.H. Sobre a responsabilidade internacional pela edição e aplicação de leis violadoras da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 9 de dezembro de 1994. Série A, No. 14, parágrafo 43, p. 20.

<sup>421</sup> *Ibidem*.

<sup>422</sup> Este caso decorre da denúncia apresentada contra Venezuela, em 1988, em razão de 16 pescadores do povo *El Amparo* terem sido atacados por membros policiais e militares do Comando Específico José Antonio Páez (CEJAP). Ao utilizar armas de fogo causou a morte de 14 pescadores. A Venezuela admitiu sua responsabilidade no caso e a Corte proferiu sentença em 1995. **Caso *El Amparo***. C.I.D.H. Sentença de 18 de janeiro de 1995. Serie C. Nº 19.

<sup>423</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Suscitada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Costa Rica: Secretaria da Comissão Interamericana, 1969.

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que as proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que atuem no exercício de suas funções oficiais (...)"

Em outras palavras se está perante uma obrigação positiva do Estado, ocorrendo seu descumprimento fundamentalmente no caso de não realização ou omissão no desenvolvimento de uma obrigação. Seria considerada uma violação dos órgãos legislativos, mas poderia acontecer, também, com os órgãos executivos e judiciais, segundo os casos, na hipótese de não se editarem as normas que assegurassem tal direito. Aliás, no marco da CADH, a possibilidade de que se violem os direitos humanos por atos legislativos é muito ampla. Como exemplo, pense-se em uma lei que restabeleça a pena de morte nos Estados em que foi abolida (ver artigo 4º,3 da CADH<sup>424</sup>). Outras normas da CADH que remetem ao seu desenvolvimento legislativo são os artigos 7º,2; 4º,3; 7º,5; 10; 11,3; 12,3; 12,3; 13,2; 13,5; 14,1; 15; 16,2; 17,2; 18,2; 21; 21,3; 22,1; 22,3; 22,4; 22,6; 22,7; 23,2; 25 e 26<sup>425</sup>. A mesma situação se encontra (ainda que se mantenha distância) no Convênio Europeu e nos Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais.

Ao que parece, a responsabilidade do Estado-Legislador, no âmbito dos direitos humanos, tem avançado consideravelmente impondo-a aos Estados pela mera existência de uma lei. Outrossim, a ausência de reconhecimento pelo Direito Interno da responsabilidade do Estado por omissões legislativas não seria conveniente, uma vez que a jurisprudência internacional demonstra o perigo de instauração de um processo internacional.

### **b) Atos do poder judicial**

Os atos emanados pelo Poder Judiciário suscetíveis de responsabilização internacional são os atos emanados do Estado-Juiz com exclusão da atividade administrativa exercida por este Poder.

---

<sup>424</sup> "Não se restabelecerá a pena de morte nos Estados que a tem abolido". Artigo 4º: Direito a vida. CADH. *Op .cit.*

<sup>425</sup> Esta convenção está Disponível no *site* oficial da Organização de Estados Americanos <<http://www.oas.org/>>. Acesso em junho de 2007.

O ilícito praticado pelo Poder Judiciário é denominado de denegação de justiça<sup>426</sup> *strictu sensu* e definido como a proibição de vedação ao acesso dos estrangeiros aos tribunais internos, assim como o atraso indevido ou injustificado de uma decisão judicial. Através dos anos, este tema tem sido depurado e evoluído evitando discriminações por que um dos pilares básicos do direito processual é o acesso da vítima ao sistema judiciário e o Direito Internacional não poderia ser exceção<sup>427</sup>. Em consequência, a negação da justiça tem adquirido um conceito amplo visualizando-se como a impossibilidade de acesso aos recursos da administração de justiça, o que em direito constitucional é referido como ausência de devido processo (*due process of law*). Alguns autores, porém, agregam dentro deste conceito as "sentenças manifestamente injustas"<sup>428</sup>.

Esta concepção *lato sensu* da negação da justiça foi criticada por alguns doutrinadores, a saber Anzilotti e De Visscher<sup>429</sup>, muito respeitados na doutrina internacional, os quais limitavam os efeitos da denegação de justiça quando houvesse violação de direitos dos estrangeiros dificultando-se a utilização de medidas judiciais ou administrativas<sup>430</sup>.

Anzilotti afirma:

O resultado desfavorável de um processo não pode ser considerado como uma denegação de justiça (...), é necessário considerar como tal a negativa a dar acesso aos estrangeiros e aos tribunais nacionais para a proteção de seus direitos. Cada vez que exista contradição entre uma decisão pronunciada de forma regular e o Direito Internacional, a responsabilidade em que incorre o Estado não faz surgir a negação de justiça, mas sim de outra violação ao direito internacional. (...) <sup>431</sup>.

Neste aspecto, importante mencionar o Pacto Bogotá em seu artigo VII:

As Altas Partes Contratantes se obrigam a não intentar reclamação diplomática para proteger a seus nacionais, nem iniciar ao efeito uma controvérsia perante a jurisdição internacional, quando tais estrangeiros tenham tido expeditos os meios para acudir aos tribunais domésticos competentes do Estado respectivo <sup>432</sup>.

<sup>426</sup> Ver as referências na seção anterior sobre a diferença entre denegação de justiça e sentença injusta.

<sup>427</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 131 e ss..

<sup>428</sup> O projeto sobre responsabilidade dos Estados, preparado pelo Instituto de Direito Internacional, em seu artigo 182 estabelece: "A sentença *desestimatoria* ditada em um procedimento destinado a examinar uma demanda penal contra um estrangeiro ou determinar seus direitos e obrigações de natureza civil será denegação de justiça (...)". Citação extraída do Anuário da Comissão de Direito Internacional da ONU. vol. II, 1996, p. 207.

<sup>429</sup> De Visscher *apud* RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 180.

<sup>430</sup> *Ibidem*.

<sup>431</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Op.cit.* 1956, p. 429.

<sup>432</sup> OEA. Tratado de Soluções Pacíficas (*Pacto Bogotá*), 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em julho de 2007.

Em outras palavras, a denegação de justiça não pode ser aplicada quando se colocaram à disposição do estrangeiro lesado todos os recursos que proporciona a jurisdição interna excetuando os casos em que se apresente algum vício.

O alcance da definição de denegação de justiça deve ser limitado em função das diversas conseqüências práticas que ocasiona. Dentre elas destaca-se que, na existência de denegação de justiça, não é necessário comprovar a intenção maliciosa do Estado para efeitos de responsabilidade internacional, nem é necessário esgotar os recursos de jurisdição interna<sup>433</sup>. Nos direitos humanos, a situação é diferente porquanto é indispensável o esgotamento de recursos internos à luz do artigo 46, inciso 1º da CADH<sup>434</sup>.

Por outro lado, a solução clássica do Direito Interno perante a irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais tem se baseado na presunção da verdade legal derivada da coisa julgada e na independência do poder judicial; o Direito Internacional reconhece amplamente esta responsabilidade do Estado-juiz.

Já houve decisões afirmando que, diante da independência do Judiciário, o Estado não seria responsável pelos seus atos. Assim o apresenta uma decisão arbitral proferida pelo Senado de Hamburgo, no caso Yuille, Shortridge et Co., entre Grã-Bretanha e Portugal em 1861<sup>435</sup>.

Inclusive, além do exemplo citado por Celso Mello, esta argumentação tem sido invocada no passado para negar a atribuição de responsabilidade em atos da judicatura, v.g., Caso *Confur Channel*. Nos anos recentes, a responsabilidade do Estado por atos de seus

---

<sup>433</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **Manual de Derecho Internacional**. México: Sorensen, 1973, p. 526.

<sup>434</sup> "Para que uma petição ou comunicação apresentada (...) se requerera: 1. Que se tenha interposto e esgotado os recursos de jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos (...)" Artigo 46. CADH. *Op. cit.*

<sup>435</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 132.

órgãos jurisdicionais tem sido geralmente reconhecida<sup>436</sup>, citando-se os casos da C.I.D.H. *Villagrán Morales e outros*<sup>437</sup>, assim como o caso *Viviana Gallardo*<sup>438</sup>.

Esta independência que o Poder Judiciário possui em relação aos demais poderes não tem validade para efeitos de evitar a responsabilidade internacional, já que o princípio da independência tem aplicação apenas interna<sup>439</sup>.

A doutrina de Verdross refere-se a que todo Estado é responsável pelos atos dos seus tribunais contrários ao Direito Internacional sem que este princípio modifique a independência que os mesmos dispõem na ordem interna, uma vez que eles também são órgãos da comunidade estatal. Com efeito, os tribunais podem ser independentes dos outros órgãos do Estado, por exemplo, do Governo, mas não do Estado em si.

Teremos um ato ilícito internacional realizado pelos Tribunais, sobre tudo quando estes infringiram o Direito Internacional, quando violem ao próprio tempo o direito interno: se, por exemplo, não aplicam ou aplicam mal, um tratado internacional devidamente promulgado ou infringem um costume internacional reconhecido também na ordem interna. Mas um tribunal pode acionar também contra o Direito Internacional infringindo uma norma jurídico-internacional, sem infringir seu ordenamento jurídico. O Estado responde de igual maneira em um caso e no outro<sup>440</sup>.

Considera-se que Jiménez De Arechaga sintetiza de maneira fantástica o anteriormente exposto explicando que são três as hipóteses de responsabilidade dos Estados derivadas dos atos ou decisões judiciais: a *primeira* é a das decisões dos Tribunais internos manifestamente incompatíveis com uma regra de Direito Internacional; a *segunda* é a conhecida como

<sup>436</sup> Ver doutrina de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, FRIEDAMANN, HENKIN Y BOWLIE, assim como na jurisprudência, no **caso Viviana Gallardo**, onde o Estado, sim, cumpriu com seu dever de sancionar as pessoas responsáveis pelo homicídio de Viviana Gallardo; também há referência ao **caso Villagrán Morales**.

<sup>437</sup> Caso referente à execução arbitrária por parte do Governo da Guatemala de cinco jovens. Neste caso, a C.I.D.H. decidiu, depois de condenar o Estado de Guatemala por violação do direito à vida, à integridade física e às garantias judiciais, dentre outros artigos consignados pela CADH, abrir a etapa de reparações e de custas. Por outro lado, no ponto N°30 da sentença, a Comissão recomenda ao Estado "que opte pelas medidas necessárias para submeter os responsáveis pelas violações a um processo judicial apropriado, o qual deve fundar-se em uma investigação completa e efetiva do caso e compreender um exame cuidadoso de todas as provas pertinentes, com absoluta observância do devido processo e da lei". **Caso Villagrán Morales e outros**. C.I.D.H. *Op. cit.*

<sup>438</sup> Neste caso, apesar de ser declarado inadmissível perante a C.I.D.H por não terem sido esgotados os recursos internos, a Comissão de Direitos Humanos solicitou ao governo de Costa Rica um relatório detalhado sobre os procedimentos judiciais que estavam sendo aplicados à vítima fazendo uma análise destes conjuntamente a CIDH. **Caso Viviana Gallardo e outras**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução N°. 13/83, de 30 de junho de 1983.

<sup>439</sup> CORBETT, P.E. **Anuário do Instituto do Direito Internacional**, v.3, 1927, p. 221.

<sup>440</sup> VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 362 e 363.

denegação de justiça; e a *terceira* se produz quando, em certos casos excepcionais e sob circunstâncias claramente definidas, um Estado é responsável por uma decisão judicial contrária ao Direito Interno<sup>441</sup>.

Em princípio, estas situações são aplicáveis ao direito dos direitos humanos com exceção da terceira. Atualmente, a responsabilidade não é somente válida para certos casos excepcionais ou circunstâncias definidas. Pelo contrário, as violações por atos judiciais aos direitos humanos que vulneram o direito interno, ainda que não violem expressamente o Direito Internacional, são em geral atribuíveis ao Estado<sup>442</sup>. Por exemplo, o Direito Interno de um país estabelece o direito de recorrer das decisões judiciais em última instância (pois o Direito Internacional reconhece o direito de recorrer das sentenças judiciais, pelos menos penais, perante um órgão judicial independente ou superior - artigo 6º. CEDH<sup>443</sup> e 8º. CADH<sup>444</sup>). Neste caso, a possível violação de tal direito por parte das autoridades judiciais deste país, mesmo que não constitua uma violação direta ao Direito Internacional, constitui uma violação aos direitos humanos, suscetível de ser atribuída ao Estado como ente gerador de uma possível responsabilidade internacional.

Por isto (com base na primeira situação relatada pelo autor) é que um Estado é responsável por uma sentença denegatória de imunidade a um embaixador ou quando seja incompatível com um tratado de extradição. Caso a sentença seja contrária ao Direito Internacional e não seja objeto de apelação configura-se um delito internacional, o qual é imputável ao Estado<sup>445</sup>.

Como se vê, resulta claro que não se exclui a responsabilidade do Estado por atos derivados dos seus órgãos judiciais. É manifesto que o Direito Internacional reconhece como fundamento da responsabilidade do Estado-Juiz as decisões judiciais manifestamente

---

<sup>441</sup> JIMÉNES DE ARECHAGA. *Op.cit.* 1980. , p. 331 e ss..

<sup>442</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 170.

<sup>443</sup> "1. Toda pessoa tem direito a que sua causa seja ouvida eqüitativa, publicamente e dentro de um prazo razoável (...)" Artigo 1º: Direito a um processo eqüitativo. CONVÊNIO EUROPEU PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS. Entrada em vigor 1º de Novembro de 1998.

<sup>444</sup> "1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei (...)" Artigo 8: Garantias Judiciais. CIDH. *Op. cit.*.

<sup>445</sup> JIMÉNES DE ARECHAGA. *Op.cit.* 1973, p. 550-553.

incompatíveis com este ordenamento, o erro judicial, a denegação de justiça e as decisões judiciais contrárias ao próprio ordenamento doméstico.

### **c) Atos do poder executivo**

No Direito Internacional, o Estado é responsável pelos danos causados por atos ou omissões dos funcionários (independentemente da hierarquia no ordenamento interno) e dos órgãos administrativos centrais ou descentralizados que, de alguma forma, exerçam atos de poder público (independentemente da distribuição interna das suas responsabilidades).

Este Poder (Executivo) possui maior número de funcionários em comparação ao Legislativo e ao Judiciário e, por esta razão, a doutrina o considera o maior infrator em relação à responsabilidade internacional<sup>446</sup>. Deste modo, considera-se de suma importância que os Estados estejam conscientes da relevância de uma boa seleção de funcionários, conscientes tanto da legislação interna, como internacional, para evitar futuros atritos legais.

Para poder sintetizar a responsabilidade no exercício da função administrativa, interessante é análise de três problemas diversos: (1) a hierarquia dos funcionários e a responsabilidade do Estado; (2) a responsabilidade do Estado por atos dos entes descentralizados, com especial referência ao problema dos Estados Federados; e (3) a violação dos direitos protegidos internacionalmente quando agem de acordo com normas internas de modo *ultravires*.

Sobre o *primeiro problema* (hierarquia dos funcionários), o Estado gera responsabilidade por qualquer ato contrário ao Direito Internacional cometido por seus agentes executivos ou administrativos ou pelos funcionários do Estado e, em particular, pelo chefe de governo.

Antigamente, distinguiam-se os atos das altas autoridades do Estado e dos funcionários ou empregados subordinados. Diversos exemplos são encontrados acerca desta

---

<sup>446</sup> Sobre este tema ver ACCIOLY, Hildebrando. *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence*. 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (R.C.A.D.I)*, 1959, p. 373.

tendência nos laudos do século XIX<sup>447</sup>. Entretanto, esta distinção vem sendo rechaçada pela doutrina mais recente que afirma inclusive a responsabilidade direta dos Estados por atos dos órgãos executivos de menor categoria, tal qual um delegado<sup>448</sup>. Em outras palavras, para efeito de responsabilidade Estadual é irrelevante a função dentro da escala hierárquica administrativa que o funcionário cumpra<sup>449</sup>.

Na Inglaterra, segundo o *Crown Proceedings Act* de 1947<sup>450</sup>, o Estado (Coroa) não será responsável pelos danos cometidos por nenhum empregado a menos que o empregado tenha sido direta ou indiretamente nomeado pela Coroa<sup>451</sup>. Logo, no Reino Unido não há distinção entre a hierarquia dos funcionários para imputar a conduta dos funcionários do Estado, mas sim ao tipo das tarefas que desempenham ou à relação direta que estes tenham com a Coroa enquanto instituição de Direito Interno<sup>452</sup>.

Por sua parte, (e só mencionando alguns dos sistemas dos países pertencentes ao Sistema Interamericano), no México fala-se que o Estado tem "obrigação de responder pelos danos causados por seus funcionários no exercício de suas funções que lhe estejam encomendadas (...)"<sup>453</sup>. No Uruguai, a Constituição estabelece que: "Quando o dano tem sido causado por seus funcionários no exercício ou em ocasião de esse exercício (...), o órgão público correspondente poderá repetir contra eles o que tivesse pagado em reparação"<sup>454</sup>.

Neste mesmo sentido, Equador também estabelece na Constituição que

<sup>447</sup> Em realidade, como lembra Eagleton, a causa destes laudos encontrava-se não apenas na exoneração de responsabilidade pela categoria inferior do funcionário, mas na rejeição das reclamações por falta de esgotamento dos recursos internos. EAGLETON, *Responsability of States apud* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Responsabilidad Internacional. In: SORENSEN, Max (coord). **Manual de Derecho Internacional Público**. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 519.

<sup>448</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995.

<sup>449</sup> "The distinction between higher and lower officials has no significance for the placing of responsibility on the state". BROOWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford Institute, 1983,p.447. No mesmo sentido ver entre outros: AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 268 ess; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.* 1992. p. 518 e 519; VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 359-360.

<sup>450</sup> Documento Disponível em: <<http://www.tsol.gov.uk/>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>451</sup> Citado por WADE, H.W.R. **Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1971, p. 422.

<sup>452</sup> *Idem*, p. 423.

<sup>453</sup> Artigo 1928. MÉXICO. *Código Civil para El distrito Federal em Matéria Comum y para toda La República en Matéria Federal*, 1928.<<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>> Acesso em julho de 2007.

<sup>454</sup> URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1967. Accesible em: <<http://www.rau.edu.uy/>>. Acesso em julho de 2007.

as instituições do Estado, seus delegados e concessionárias, estarão obrigados a indenizar aos particulares pelos prejuízos que se lhes impute como consequência da prestação deficiente dos serviços públicos ou dos atos dos funcionários e empregados, no desempenho de seus cargos (...) <sup>455</sup>.

Na Costa Rica, a mesma posição está respaldada na *Ley General de la Administración Pública* em seu artigo 191 o qual diz: "A Administração deverá reparar todo dano causado aos direitos subjetivos alheios por faltas de seus servidores cometidas durante o desempenho dos deveres do cargo (...) <sup>456</sup>".

No âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Velásquez Rodríguez* diz: "É imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção cumprida por um ato do Poder público ou pessoas que atuam revestidas dos poderes que ostentam o caráter oficial <sup>457</sup>"; em relação a isto, a Corte não faz esclarecimento sobre a hierarquia dos funcionários.

Todavia (e provavelmente esta hipótese deva ser analisada à margem do critério de hierarquia dos funcionários), a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Viviana Gallardo e outras* contra o Estado de Costa Rica <sup>458</sup>, partiram de uma concepção diferente, afirmando a Comissão que

das informações ... recebidas pela Comissão (...) se depreende que o Governo da Costa Rica tem atuado em conformidade com as disposições legais vigentes sancionando com todo o rigor da lei o responsável dos atos denunciados <sup>459</sup>.

Esta decisão faz crer que o entendimento da Comissão, nos casos em que um Estado Parte da Convenção sancione o responsável direto pelos danos (um policial), é de que não

---

<sup>455</sup> EQUADOR. *Constituição Política de la República del Ecuador*, 1998. Accesible em: <<http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>456</sup> COSTA RICA. *Ley General de la Administración Pública*, 1978, *Op. cit.*.

<sup>457</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op cit.*, parágrafo 172.

<sup>458</sup> Caso muito interessante: em 1981, um policial costarricense, fora do exercício de suas funções, mas com meios que colocou à disposição como se estivesse em serviço, acessou uma cela matando dentro da própria cadeia Viviana Gallardo e ferindo outras 4 companheiras de cela. O Governo da Costa Rica denunciou-se voluntariamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e, perante a Comissão, renunciou imediatamente ao esgotamento dos recursos da jurisdição interna e aos passos estabelecidos pela Convenção. A Corte aceitou a renúncia aos trâmites internos, mas rejeitou a renúncia aos trâmites estabelecidos na Convenção, remetendo o caso a Comissão *Interamericana*. A Comissão não aceitou a petição por que o policial foi sentenciado com a máxima pena prevista no ordenamento interno. **Caso Viviana Gallardo**. C.I.D.H. *Op. cit.*.

<sup>459</sup> *Ibidem*.

haveria responsabilidade do Estado. Neste sentido, parece que a Comissão desconsiderou "que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos está fundado, não tanto no castigo do culpado físico, como na reparação dos danos causados"<sup>460</sup>.

Neste caso, e em face da controvertida posição da Comissão, mostra-se interessante observar o critério do Juiz Piza Escalante, em voto divergente:

(...) A Comissão, ao resolver como fez, parece que veio sem explicação, a estabelecer a tese, para mim inaceitável, de que as violações de direitos humanos não ocorrem quando ocorrem, porque são sempre obras de indivíduos concretos, de carne e osso, ainda que atuem como funcionários de qualquer nível, (...) parece que só se deve sancionar quando o Estado não as repara, com o qual se está afirmando praticamente que a única violação imputável ao Estado seria a chamada denegação de justiça<sup>461</sup>.

Neste caso, a sanção foi produto da aplicação do sistema penal por causa de um delito de ação pública e não pela satisfação ou reconhecimento interno dos direitos violados das vítimas. Acerca do *segundo problema* colocado (responsabilidade do Estado por atos dos entes descentralizados), cabe fixar que, no Direito Internacional, são imputáveis ao Estado os comportamentos de outras entidades com faculdade para exercer prerrogativas de ordem pública (ver artigo 5 do projeto da C.D.I.), incluindo-se, portanto, os comportamentos dos entes públicos descentralizados, seja por razão de território, seja por razão estrutural ou institucional.

Consoante Roberto Ago, a questão da atribuição ao Estado de uma ação ou omissão de "de órgãos de um estabelecimento público" colocou-se perante a Corte Internacional de Justiça no assunto relativo a determinados empréstimos, envolvendo Noruega e França. Neste litígio, o governo da Noruega alegava que alguns dos bancos de seu país, os quais haviam firmado alguns dos empréstimos, possuíam personalidade jurídica distinta do Estado. A responsabilidade não poderia, então, ser atribuída ao Estado pela ação ou omissão da direção dos bancos. O governo francês respondeu que, se o Direito Interno concedia personalidade jurídica aos estabelecimentos públicos distinta daquela atribuída ao Estado, isto não poderia ser trazido para o Direito Internacional<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 114.

<sup>461</sup> Voto divergente do Juiz Piza Escalante na resolução da C.I.D.H no caso *Viviana Gallardo*. *Op. cit.*, parágrafo 28.

<sup>462</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 274 e ss..

Os atos destas entidades são imputáveis ao Estado a que pertencem e seus danos geram a obrigação de pagamento das indenizações correspondentes<sup>463</sup>. No mesmo sentido, Gordillo expressa que não é difícil chegar à conclusão que os entes descentralizados do Estado, como dependentes que são do Estado central, comprometem sua responsabilidade<sup>464</sup>. Entretanto, em uma visão geral, não parece tão óbvio em sistemas como da Costa Rica, Brasil, México, Venezuela, atribuir à Administração Central os danos causados por entes descentralizados<sup>465</sup>.

Com a máxima descentralização territorial e administrativa deriva o federalismo<sup>466</sup>. No Direito Internacional, diferentemente do que ocorre no Direito Interno, os danos causados pelos entes territoriais distintos e inferiores da Federação (tal qual nos Estados Unidos, Brasil, México, Venezuela, Nigéria; as Províncias, na Argentina, Austrália, Canadá; os Cantões, na Suíça, União Soviética; ou as Comunidades Autônomas, na Espanha, etc) são atribuíveis ao Estado Federal ao que pertencem<sup>467</sup>.

No Brasil, André de Carvalho Ramos expõe as inúmeras dificuldades da União em evitar a responsabilização internacional por violação dos direitos humanos devido à repartição constitucional de competências<sup>468</sup>. O Estado Federal é passível de responsabilização internacional, ainda quando o fato sobreveio da atribuição interna de um estado, província, ou cantão membro<sup>469</sup>. Este conteúdo do princípio internacional é aplicável ao âmbito dos direitos humanos. Cita-se o artigo 28 da CADH relativo às cláusulas aplicáveis no Estado Federal.

---

<sup>463</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 274.

<sup>464</sup> GORDILLO, Agustín. *Op.cit.* 1984, p. 803.

<sup>465</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 121.

<sup>466</sup> Sobre o tema, ver KONDER COMPARATO, Fábio. A proteção dos direitos humanos e a organização federal de competências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (org). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro**. Brasília/São José: IIDH, 1996, p. 281-284.

<sup>467</sup> Sobre o tema ver AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 277 e ss. No **caso Pellat**, de junho de 1929, a Comissão de reclamações França-México assinalou que a responsabilidade não poderia ser negada, nem mesmo nos casos em que a Constituição Federal negue ao Governo Central o direito de controle dos Estados particulares ou o direito a exigir deles que ajustem sua conduta aos preceitos do Direito Internacional. *Idem*, p. 279.

<sup>468</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.192.

<sup>469</sup> ACCILOTY, Hildebrando. *Op. cit.*, p. 389.

Sobre o *terceiro problema* (o Estado responsável pelos atos não autorizados ou atos *ultravires*<sup>470</sup> de seus funcionários), os órgãos ou entes de que se trata excedem as competências de que são titulares<sup>471</sup>, segundo o Direito Interno, ou atuam contravindo as instruções que tenham recebido em respeito do Estado<sup>472</sup>. Isto quer dizer que para que a responsabilidade seja imputada ao Estado, em tais circunstâncias, é necessário que os órgãos atuem em qualidade de tais órgãos e ao amparo do caráter oficial<sup>473</sup>.

Caso o ato praticado pelo funcionário careça de toda aparência de exercício de funções públicas, a situação equipara-se à *responsabilidade em casos de atos de particulares*, e o Estado só responderá no caso de não adoção das medidas exigíveis para impedir o ato ilícito ou por não aplicar a sanção prevista ao seu autor<sup>474</sup>.

Muitos autores clássicos sustentaram que não seria possível imputar ao Estado um ato cometido por funcionário que excede à competência que lhe foi concedida, como recorda Jimenez De Arechaga:

...sustentaram que não era possível imputar ao Estado um ato cometido por um funcionário quando tenha excedido a competência que lhe atribui o direito interno ou quando contraria as instruções que tenha recebido. Este critério baseia-se na consideração teórica de que, quando um órgão passa os limites de suas funções, os atos não podem ser atribuídos ao Estado (...) De acordo com esta lógica, toda a responsabilidade internacional do Estado seria ilusória, já que a um funcionário do Estado quase nunca são dadas instruções ou lhe autorizam cometer atos ilícitos<sup>475</sup>.

No campo da proteção aos direitos humanos, a atuação *ultravires* é que concretiza, em geral, a responsabilidade por violação dos direitos protegidos<sup>476</sup>. A C.I.D.H. declarou que é princípio de Direito Internacional que o Estado responda pelos atos dos seus agentes

<sup>470</sup> Este termo é uma locução latina composta de duas palavras, *ultra* e *vires*, as quais significam mais além (*ultra*) e força, competência ou autoridade (*vires*) podendo definir-se como mais além de suas forças. No mundo jurídico, tem sido empregada para fazer referência aos atos de entes públicos ou privados que ultrapassam a ordem da lei. Ver *site* oficial da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional do Litoral sobre Locuções Latinas. Disponível em: <<http://www.fcjs.unl.edu.ar/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>471</sup> Para o autor Celso A. Mello, neste caso, estaríamos perante culpa *in eligendo* "ocorre quando o estado não adota padrões de seleção de funcionários que sejam aceitos internamente, por exemplo, concursos públicos rigorosos". *Op. cit.*, p. 120.

<sup>472</sup> Ver artigo 9º do Projeto da C.D.I. anteriormente citado.

<sup>473</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 116.

<sup>474</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. *Op.cit.* 1999, p. 402.

<sup>475</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.* 1980. p. 329.

<sup>476</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.161.

amparados por suas funções oficiais e pelas omissões dos mesmos, ainda que atuem fora dos limites de suas competências ou em violação ao direito interno. Em outras palavras, considerou-se princípio de Direito Internacional a responsabilização do Estado por atos *ultravires*<sup>477</sup>.

#### **d) Atos realizados pelos particulares:**

A impossibilidade de que se possa falar da responsabilidade direta dos indivíduos (particulares ou funcionários) frente ao Direito Internacional não significa que os danos provocados por suas ações não possam refletir-se, através do Estado, no plano internacional. Neste aspecto, faz-se referência aos atos realizados por pessoas privadas, mas que possam ser imputados ao Estado.

A responsabilização internacional do Estado por atos de particulares é observada tanto nos casos de conduta de agentes estatais agindo a título particular, como nos casos de conduta de agentes estatais no momento dos atos de particulares<sup>478</sup>. Os indivíduos podem realizar uma série de atos ilícitos ou lícitos contra um Estado estrangeiro, dentro do território do Estado ao qual pertence, como, por exemplo, o ataque a uma Missão Diplomática ou a membros do Corpo Diplomático<sup>479</sup>.

No passado, a doutrina apresentava, como fundamento da responsabilidade do Estado por atos praticados por particulares, a teoria da solidariedade do grupo<sup>480</sup>; em outras palavras, a coletividade responderá pelos atos dos indivíduos. Todavia, o entendimento moderno é completamente diverso, baseando-se na teoria da omissão ou ato próprio do Estado.

Em informe sobre Assunto Relativo a Reclamações Britânicas na Zona Espanhola de Marrocos, de 1923, resolvido por Max Huber, abordam-se diretamente os elementos fundamentais que regem a responsabilidade do Estado por atos realizados pelos particulares, mas com a concorrência omissiva dos órgãos ou autoridades do Estado. Os deveres do Estado na prevenção e repressão dos delitos ou dos atos executados pelos particulares contrários ao

---

<sup>477</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 170.

<sup>478</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.162.

<sup>479</sup> Exemplo extraído da obra de Luis Cezar Ramos. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>480</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 141.

Direito Internacional implicam a responsabilidade do Estado, quando percebida esta negligência em relação à prevenção destes atos contrários ou na repressão aos delitos. Ambos deveres são relativos às circunstâncias objetivas que operam em um Estado em um dado momento<sup>481</sup>.

Na compreensão de Jiménez de Arechaga, um Estado somente é responsável pelos atos dos seus próprios órgãos quando tenha deixado de cumprir seu dever de diligência na prevenção ou repressão dos delitos cometidos por particulares. Nestes casos, a base da responsabilidade do Estado não consiste na cumplicidade com o autor do ato, mas no descumprimento do seu dever internacional de tomar todas as medidas adequadas e razoáveis para impedir o ato ilícito ou para deter o infrator e submetê-lo à justiça<sup>482</sup>.

Verdross comunga o mesmo entendimento admitindo que um Estado não responda por atos ilícitos dos particulares - nacionais ou estrangeiros. Porém, não é menos certo que o Estado é responsável, caso seus órgãos omitam-se na tomada das medidas de prevenção ou repressão que o Direito Internacional prescreve para a proteção dos Estados ou cidadãos estrangeiros<sup>483</sup>.

Em síntese, o Estado deveria ter consciência que um indivíduo ou uma coletividade poderia agir com dolo contra um Estado estrangeiro não fazendo nada para impedi-lo ou um ato ilícito é praticado em um Estado, mas não se impõe nenhuma punição<sup>484</sup>.

No direito dos direitos humanos, os Estados não estão apenas obrigados a impedir danos aos cidadãos, mas respeitar por si mesmos os direitos humanos, garantindo-os e proporcionando as medidas pertinentes e necessárias para fazê-los efetivos. Isto se deve por ser o Estado responsável por atos cometidos pelos seus órgãos e funcionários, assim como é possível a remição destes atos para particulares, sempre que o Estado tenha participado. Vale citar os casos *Luberti*<sup>485</sup> e *Artico*<sup>486</sup>, em ambos, o T.E.D.H. reconheceu a responsabilidade parcial do Estado.

<sup>481</sup> CASANOVAS, Oriol. **Casos y textos de Derecho Internacional Público**. Madrid: Tecnos. 1984. p.483-489.

<sup>482</sup> JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *Op. cit.*, 1980 p. 337.

<sup>483</sup> VERDROSS, Alfred. *Op.cit.* 1982, p. 370 e ss..

<sup>484</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 156.

<sup>485</sup> **Caso Luberti**. T.E.D.H. Sentença de 23 de fevereiro de 1984. Disponível em:< <http://www.echr.coe.int> >. Acesso em junho de 2007.

<sup>486</sup> **Caso Artico**. T.E.D.H. Sentença do 13 de Maio de 1980, parágrafo 44. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em junho de 2007.

A falta da devida diligência para prever ou para reparar as violações aos direitos humanos cometidas pelos particulares podem ser verificadas na própria jurisprudência da C.I.D.H, *v.g.*, o caso *Godinez Cruz*, onde a Corte decidiu que

um fato inicialmente não é imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular (...) a responsabilidade internacional pode surgir não por esse fato e, sim, pela devida diligência para prevenir a violação<sup>487</sup>.

Ainda, cita-se também o voto dissidente conjunto no caso *Gangaram Panday*: "a devida diligência, impõe aos Estados o dever de prevenção razoável naquelas situações, que podem redundar, inclusive, por omissão, na supressão da inviolabilidade do direito à vida<sup>488</sup>".

Desta forma, cabe ao Estado um papel "ativo na promoção dos direitos humanos", inclusive zelando para que particulares não violem os direitos protegidos e, caso isto ocorra, buscar a reparação devida<sup>489</sup>.

### 1.3.3 Elemento objetivo: nexa causal e resultado lesivo: dano

#### a) Elemento objetivo: nexa causal

Este elemento diz respeito ao nexa entre o ilícito e o responsável por ele<sup>490</sup>; por outros meios, à imputabilidade. A imputação de um ato implica o sofrimento das conseqüências por parte do autor do ato. A imputabilidade e a responsabilidade são termos tão conectados que costumam confundir-se; por um lado, a imputabilidade afirma a existência de uma relação psíquica entre o ato e a pessoa, e a responsabilidade resulta da imputabilidade<sup>491</sup>.

<sup>487</sup> **Caso Godinez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 182.

<sup>488</sup> **Caso Gardaram Padey**. C.I.D.H. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C. Nº. 16. Voto dissidente conjunto dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Asdrual Aguiar – Aranguren e Sonia Picado Sotela. Parágrafo 35.

<sup>489</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.165.

<sup>490</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995, p. 34

<sup>491</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Sudamérica, 1958, p. 326.

No caso específico deste estudo, há referência ao nexo entre a conduta do Estado e a violação da obrigação internacional. Deve-se acentuar a importância do ato ilícito em prejuízo do dano e da reparação.

Salienta Ramos que "o estabelecimento da responsabilidade internacional de um Estado requer a análise do fato tido como violador de direitos em dois aspectos: se for o fato ilícito e se o fato é imputável ao Estado tido como violador<sup>492</sup>".

Na jurisprudência internacional, o Tribunal Europeu em reiteradas ocasiões afirmou a necessidade de existência de um nexo causal, assim no caso *Luberti*: "Toda petição de danos deve rejeitar-se a falta de vínculo de causalidade<sup>493</sup>". No Sistema Interamericano, também é ampla a jurisprudência citando-se, a título de exemplo, o voto em conjunto dos Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e M.E. Ventura Robles. Neste voto, estabeleceu-se que

o nexo causal, que tanto se buscava da Corte se encontra claramente configurado na falta de devida diligência por parte do Estado enquanto às condições de vida de todos os membros da Comunidade Yakyé Axa (responsabilidade internacional objetiva do Estado)<sup>494</sup>.

Com isto, confirma-se a necessidade da procura do nexo causal para a devida imputação de um Estado.

## **b) Resultado lesivo: dano**

No Direito Interno, os danos possuem determinados requisitos para que sejam suscetíveis de ressarcimento. Da mesma forma, no Direito Internacional não se mostra suficiente a possibilidade do dano ser ressarcido; é necessário que o dano seja imputável, direta ou indiretamente, ao sujeito responsável, produzindo uma lesão antijurídica, que o prejudicado não está obrigado a suportar ainda que derive de uma atividade lícita. Por

<sup>492</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.110.

<sup>493</sup> **Caso Luberti** T.E.D.H. Sentença de 23 de fevereiro de 1984. Parágrafo 40. No mesmo sentido e da mesma Corte, ver **Caso Campbell y Fell**. Sentença de 28 de junho de 1984. **Caso Sunday Times**. Sentença de 6 de novembro de 1980. **Caso Artico**. Sentença de 13 de maio de 1980. **Caso Corigliano**. Sentença de 10 de dezembro de 1982, parágrafo 53.

<sup>494</sup> **Caso Yakyé Axa**. C.I.D.H. Sentença de 06 de Fevereiro de 2006. Série C. Nº142. No mesmo sentido, ver entre outros casos da mesma corte, **Caso Raxcacó Reyes**. Sentença de 06 de Fevereiro de 2006. Série C. Nº143. **Caso Acevedo Jaramillo** Sentença de 07 de fevereiro de 2006. Série C. Nº 144. **Caso Comunidad Moiwana**. Sentença de 08 de fevereiro de 2006. Série C. Nº146.

exemplo, o Direito internacional autoriza os Estados a realizar determinados atos danosos (v.g., em caso de fome em um país, uma embarcação estrangeira pode ser detida e expropriada sua carga<sup>495</sup>), mas sob a condição de que se deva pagar uma indenização adequada às partes (v.g., confiscar os bens da embarcação estrangeira). Apesar disso, o prejudicado não está obrigado a suportar os danos lícitos a ele causados<sup>496</sup>.

Como afirma Cavalieri Filho "Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano"<sup>497</sup>.

A doutrina internacional tem se mostrado muito dividida sobre o que deva ser considerado dano ou resultado lesivo no Direito Internacional<sup>498</sup>. Para uma parte da doutrina, o dano surge da constatação de um prejuízo material ou moral contra outro Estado. Entretanto, outra parcela da doutrina considera como ato lesivo o dano jurídico causado à comunidade internacional<sup>499</sup>. Aliás, nem sempre a doutrina dividiu-se entre estes dois critérios. Neste ponto, cita-se o pensamento de Roberto Ago que considerava dois os elementos necessários para a produção do fato ilícito: (1) que o comportamento seja atribuível ao Estado e (2) que surja a contravenção de uma obrigação internacional (citadas anteriormente), ou seja, ele não exige o dano como elemento necessário para o surgimento da responsabilidade internacional<sup>500</sup>.

Concordando Jaime Ferrer Lloret com o critério de Ago, afirma que o dano não é um elemento necessário para que surja a responsabilidade internacional e sintetiza seu pensamento da seguinte forma: (a) Tradicionalmente, a necessidade de um dano é exigida em matéria de responsabilidade por danos aos estrangeiros, mas neste caso é a norma primária que deve estipular a existência de um dano; (b) não se deve transferir ao Direito Internacional idéias e conceitos do Direito Interno constituídas no seio de sociedades humanas que pouco tenham relação com a sociedade Internacional<sup>501</sup>.

---

<sup>495</sup> O exemplo foi tomado de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. *Op.cit.* 1973, p. 516.

<sup>496</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 36.

<sup>497</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 70.

<sup>498</sup> Anzilloti, Celso Mello, Eduardo Jiménez de Arechaga, entre outros, sustentam esta posição.

<sup>499</sup> Mencionado por CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.200.

<sup>500</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 208-209.

<sup>501</sup> FERRER LLORET, Jaime. *Op.cit.* 1998, p. 101.

Esta doutrina que não exige o dano como elemento constitutivo da responsabilidade internacional decorreu de posição exposta pela C.D.I.<sup>502</sup>, em informe de 1973, o qual afirmava:

(...) para insistir, a todo custo, que o dano é um elemento que está sempre presente em todo fato internacionalmente ilícito, tem que se aceitar a idéia de que toda violação de uma obrigação internacional por outro Estado implica em certo modo um prejuízo para esse outro Estado. O que equivale a dizer que o dano inerente a todo fato internacionalmente ilícito é o que, ao mesmo tempo, é inerente a toda violação de uma obrigação internacional. A mencionada violação de uma obrigação internacional tem parecido suficiente à Comissão, sem que seja necessário agregar um elemento mais<sup>503</sup>.

Contudo, através da pesquisa e da evolução do pensamento da Comissão, no projeto de 2001 estabeleceu-se claramente que "O prejuízo compreende todo dano, tanto material quanto moral, causado pelo fato internacionalmente ilícito do Estado"<sup>504</sup>.

Apesar de, na prática, a Corte distinguir entre dano material e moral<sup>505</sup> para determinar as reparações em favor das vítimas e seus familiares, não se pode afirmar com isto que seja requisito obrigatório à existência de ambos para a configuração da responsabilidade internacional. A correta distinção sobre estes tipos de dano resulta relevante na questão da reparação à vítima ou seus familiares, os quais viram seus direitos desrespeitados.

Ainda neste caminho, cabe lembrar que, no segundo relatório apresentado pela C.D.I., o próprio Roberto Ago, então relator especial, explicou a não obrigação da exigência do dano material como elemento da responsabilidade internacional do Estado<sup>506</sup>. Deste modo, somente o dano considerado como dano jurídico é integrante da responsabilidade internacional do Estado<sup>507</sup>.

---

<sup>502</sup> Lembra-se que, nesta época, somente existia a primeira parte do atual projeto.

<sup>503</sup> Informe da C.D.I à Assembléia Geral. Anuário C.D.I, 1973-II, p. 187.

<sup>504</sup> Ver artigo 30, parágrafo 2º do Projeto da C.D.I. *Op. cit.*.

<sup>505</sup> Serão estudados no capítulo das reparações.

<sup>506</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004.

<sup>507</sup> *Ibidem.*

## 2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos podem ser estudados por diferentes óticas, assim como são apresentadas inúmeras definições. Chega-se sempre à conclusão que os direitos humanos constituem-se naquelas liberdades e direitos básicos que possui toda pessoa pelo fato de sua condição humana<sup>508</sup>. Contudo não são direitos tão simples de fundamentar encontrando-se elementos variáveis na doutrina.

Parte da doutrina de Norberto Bobbio, encontra-se recapitulada na obra de Alonso Gómez Robledo, que lembra as quatro dificuldades pelas quais Bobbio passou ao tentar achar um fundamento absoluto dos direitos humanos. *Primeiro*, deve perguntar-se como seria possível querer encontrar o problema do fundamento dos direitos humanos quando não somos capazes nem sequer de outorgar uma noção precisa sobre seu significado. *Segundo*, existe uma dificuldade em sua definição pelo fato de que os direitos humanos se apresentam como uma categoria extremamente variável no tempo. *Terceiro*, o conceito de direitos humanos é extremamente heterogêneo em relação com a eficácia dos direitos no espaço onde se apresentam. Por último, a *quarta* dificuldade que se encontra na existência dos direitos é que não se pode reconhecer a validade destes sem atentar contra outro direito e vice-versa<sup>509</sup>; por exemplo, cita Alonso Gómez que os direitos individuais e os direitos sociais são geralmente antinômicos no sentido de que seu desenvolvimento não pode ocorrer de forma paralela, ou seja, "a experiência histórica demonstra que na medida que os direitos sociais aumentam, as liberdades individuais diminuem<sup>510</sup>".

---

<sup>508</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2003 p. 21.

<sup>509</sup> Norberto Bobbio *apud* GÓMEZ ROBLEDÓ, Alonso. *Naturaleza de los Derechos Humanos y su validez en Derecho Internacional consuetudinario*. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.1, 1998. p. 788 e ss.

<sup>510</sup> *Idem*. p. 790.

Apesar de sua difícil fundamentação, os direitos humanos são uma realidade aceita inclusive pela maioria de ordenamentos. Desde a criação da ONU, tem-se proclamado em torno de 30 (trinta) declarações internacionais sobre direitos humanos, 70 (setenta) tratados da mesma matéria incluindo duas Cortes judiciais<sup>511</sup>. Porém, o excesso de trabalho que apresentam estas Cortes regionais mostra que muitos pensamentos e ordenamentos internos ainda precisam evoluir. Um problema chave que confronta os órgãos de supervisão internacional é a coordenação entre os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos em níveis global e regional, assim como em relação à interação entre o direito internacional e direito interno, sem violação ao princípio de soberania, o qual é muito defendido em alguns países.

### **2.1.1 Normas de proteção internacional dos direitos humanos aplicáveis ao Direito Interno**

O Direito Interno e o Direito Internacional de proteção aos direitos humanos devem sempre apontar à mesma direção, mostrando-se em constante interação e tendo sempre presente que os beneficiados são os próprios seres humanos. O peso da doutrina e da prática internacional na proteção dos direitos humanos pode ser visualizado nas alterações das legislações internas especialmente nas Constituições que tem "o propósito de harmonizá-las com os referidos tratados<sup>512</sup>". Portanto, a Constituição de um país é o instrumento jurídico destinado a dar a categoria normativa que um Tratado, Pacto ou Convênio sobre direitos humanos terá no ordenamento jurídico interno<sup>513</sup>.

No continente Americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório anual de 1977, constatou várias deficiências no direito interno de muitos países, tais como a inoperância das garantias e meios de defesa, a falta de independência do Poder

---

<sup>511</sup> Corte Européia e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>512</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 537.

<sup>513</sup> AYALA CORAO, Carlos M. Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 89.

Judiciário, etc, deixando-se de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos<sup>514</sup>. Nos anos subsequentes, a Comissão relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política dos Estados instando os Estados-Membros da OEA a incorporar e harmonizar suas legislações com os preceitos contidos nos Tratados de Direitos Humanos<sup>515</sup>.

Alguns países levaram tão a sério a matéria que não apenas concederam aos Tratados de Direitos Humanos a hierarquia constitucional, senão que os elevaram a nível *supra* Constitucional. Na América Central, a Constituição da Guatemala resultou num exemplo, contido em seu artigo 46, que estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pela República de Guatemala têm preeminência sobre o direito interno<sup>516</sup>. Outro exemplo é a Constituição da Nicarágua que, além de confirmar a proteção estatal que se dá aos habitantes, reconheceu os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assim como Direitos Civis e Políticos) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>517</sup>.

O caso da Costa Rica também é singular<sup>518</sup>. A Constituição Política outorgou aos Tratados Internacionais uma hierarquia supra-legal (artigo 7º), mas a jurisprudência tem-lhes dado uma hierarquia constitucional. Assim, a jurisprudência tem reconhecido aos Tratados referentes aos Direitos Humanos um valor constitucional que, dependendo das circunstâncias, poderia inclusive resultar *supra-constitucional* quando outorgue direitos e garantias maiores para as pessoas. Para ilustrar esta idéia, transcreve-se uma sentença costarriquense de 1992 que afirmou: "Os instrumentos de direitos humanos vigentes na Costa Rica, têm não somente

<sup>514</sup> AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p..

<sup>515</sup> *Ibidem.*

<sup>516</sup> "Estabelece-se que o princípio geral de que em matéria de direitos humanos, os tratados e convenções aceitados e ratificados por Guatemala, tem preeminência sobre o direito interno". Artigo 46: Preeminência do Direito Internacional. Tradução Livre. GUATEMALA. Constituição da República de Guatemala. *Op. cit.*

<sup>517</sup> "No território nacional toda pessoa goza da proteção estadual e do reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, do irrestrito respeito, promoção e proteção dos direitos humanos e da plena vigência dos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos; na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas e na Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos". Artigo 46. Tradução Livre. NICARAGUA. Constituição Política República de Nicarágua: promulgada em dia 9 de Janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/nicaragu.htm>>. Acesso em julho 2007.

<sup>518</sup> Sobre as hierarquias das normas na Costa Rica, recomenda-se a leitura de HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. **El Derecho de la Constitución.** San José: Juricentro, v.1-2, 1994.

um valor similar à Constituição Política, senão que na medida que outorguem maiores direitos ou garantias as pessoas, primarão sobre a Constituição<sup>519</sup>.

Em outras legislações, com as modificações que apresentam as Constituições, consideram-se os direitos humanos de relevância e hierarquia Constitucional. Por exemplo, a Constituição de Chile, com as reformas feitas em 1989, em seu artigo 5º equiparou a nível Constitucional os direitos garantidos nos Tratados de Direitos Humanos<sup>520</sup>. Na Colômbia, seguindo-se a mesma linha de pensamento, determinou-se, em seu artigo 93, que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia prevaleceriam na ordem interna, assim como os direitos humanos constitucionalmente tratados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia<sup>521</sup>.

Na Constituição Brasileira de 1988, proclamou-se que o Brasil se rege pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º)<sup>522</sup> tendo como fundamento à dignidade da pessoa humana (artigo 1º. III) e os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que Brasil seja parte (artigo 5.2)<sup>523</sup>. Para Cançado Trindade, o estipulado no artigo 5.2 se insere na nova tendência das Constituições Latino-americanas de conceder um tratamento especial ou

<sup>519</sup> Sentença da Sala Constitucional de 1992. Nº 3435-92. Disponível em: < <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>520</sup> "A soberania reside essencialmente na Nação. Seu exercício se realiza por o povo através do plebiscito e de eleições periódicas e, também, pelas autoridades que esta Constituição estabelece. Nenhum setor do povo nem individuo algum pode atribui-se seu exercício. O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essencialmente que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitadas e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados por Chile e que se encontram vigente". Artigo 5º. Tradução Livre. CHILE. Constituição Política de Chile: promulgada no dia 08 de agosto de 1980. Disponível em: < <http://www.camara.cl/legis/masinfo/m6.htm> >. Acesso em julho de 2007.

<sup>521</sup> "Os Tratados e Convênios Internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem sua limitação nos Estados de exceção, prevalecem no ordenamento interno. Os direitos e deveres consagrados nesta Carta, se interpretarão de conformidade com os Tratados Internacionais sobre direitos humanos ratificados por Colômbia". Artigo 93. Tradução Livre. COLÔMBIA. Constituição Política de Colômbia: promulgada em 07 de julho de 1991. Disponível em: < <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> >. Acesso em julho de 2007.

<sup>522</sup> "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I. Independência Nacional, II. Prevalência dos direitos humanos, III. Autodeterminação dos povos, IV. Não-intervenção, V. igualdade entre os Estados, VI. Defesa da paz, VII. Solução pacífica dos conflitos, VIII. Repúdio ao terrorismo e ao racismo, IX. Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, X. Concessão de asilo político (...)". Artigo 4º. BRASIL. Constituição Política da República do Brasil. *Op. cit.*

<sup>523</sup> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes: II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Artigo 5.2. BRASIL. Constituição Política da República do Brasil. *Op. cit.*

diferenciado no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados.

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, (...) na Constituição Brasileira: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação Pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam (...) a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno<sup>524</sup>.

Cabe, então, aos tribunais internos aplicar as leis dos países respectivos para assegurar a implementação a nível internacional da proteção dos direitos humanos. Assim mesmo, os Tratados de Direitos Humanos devem atender à necessidade de prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional com as obrigações convencionais<sup>525</sup>.

Outrossim, existem "garantias coletivas"<sup>526</sup> de controle para verificar que os ordenamentos internos estejam de conformidade com o estabelecido pela comunidade internacional. Assim, os órgãos de supervisão internacionais podem ser convocados por um Estado Parte para verificar se os atos normativos, administrativos ou judiciais internos de outro Estado Parte encontram-se ou não em conformidade com as disposições daqueles Tratados, v.g., o artigo 24 da Convenção Européia de Direitos Humanos<sup>527</sup>, os artigos 47-54 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos<sup>528</sup> e o artigo 45 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>529</sup>.

<sup>524</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, fundamentos jurídicos e Instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

<sup>525</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit* 2003, p. 524.

<sup>526</sup> Termo utilizado no Preâmbulo da Convenção Européia de Direitos Humanos. *Op. cit.*

<sup>527</sup> "Qualquer Parte Contratante pode denunciar à Comissão, por intermédio do secretário Geral do Conselho da Europa, qualquer infração das disposições da presente Convenção que julgue possa ser imputada a outra Parte Contratante.". Artigo 24. Convenção Européia de Direitos Humanos. *Op. cit.*

<sup>528</sup> "Se um Estado parte na presente Carta tem fundadas razões para crer que um outro Estado Parte violou disposições desta mesma Carta, pode, mediante comunicação escrita, chamar a atenção desse Estado sobre a questão. Esta comunicação será igualmente endereçada ao Secretário-Geral da OUA e ao Presidente da Comissão. Em um prazo de três meses, a contar da recepção da comunicação, o Estado destinatário facultará ao Estado que endereçou a comunicação explicações ou declarações escritas que elucidem a questão, as quais, na medida do possível, deverão compreender indicações sobre as leis e os regulamentos processuais aplicados ou aplicáveis e sobre a reparação já concedida ou o curso de ação disponível". Artigo 47. Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. *Op. cit.*

<sup>529</sup> "(1) Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegre haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta convenção". Artigo 45. CADH. *Op. cit.*

O artigo 24 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao estabelecer esta "garantia coletiva", está reconhecendo o interesse legítimo de todo Estado Parte para utilizar mecanismos de supervisão estabelecidos na própria Convenção independentemente de afetar os interesses dos próprios ordenamentos internos. No caso *Pfunders/ Fundres* (Áustria vrs Itália), a natureza das ações dos Estados Membros da União Europeia foi aclarada pela Comissão Europeia de Direitos Humanos. Nesta ocasião, Áustria denunciava violações por parte de Itália à ordem pública Europeia sendo esta acusação respondida por parte de Itália com uma exceção preliminar de *ratione temporis* baseada no fato de que a Áustria só havia aceitado o Convênio Europeu em data posterior aos fatos que se denunciavam. A Comissão Europeia de Direitos Humanos rechaçou a exceção preliminar e esclareceu que Áustria estava exercendo esta ação processual porque considerava que existia uma violação à ordem pública europeia e o fato de negar tal direito por uma questão temporal implicaria uma falta de reciprocidade de direitos entre Estados<sup>530</sup>.

Na doutrina de Cecília Medina encontra-se um comentário ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, segundo o qual argumenta-se que o fato de que o artigo 46.2 do Convênio Europeu transmita ao Comitê de Ministros as decisões para que este vele pela sua execução<sup>531</sup> está provando os interesses coletivos da Europa na manutenção da ordem pública em matéria de Direitos Humanos<sup>532</sup>.

No mesmo sentido, no preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos se reconhece a existência de uma ordem pública que deve ser garantida por todos. Estipula-se que um dos propósitos desta Convenção é "consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdades pessoais e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem". Por outro lado, no corpo do texto desta CADH,

---

<sup>530</sup> **Caso Pfunders/Fundres**. 788/60, *apud*, MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo, 1979-2004**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004. p. 212.

<sup>531</sup> "(1) As Altas partes Contratantes se comprometem a acatar as sentencias definitivas do Tribunal nos litígios em que sejam partes. (2) A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, que velará por sua execução". Artigo 46: Força obrigatória e execução das sentenças. Convênio Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. *Op.cit.*

<sup>532</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op.cit.*, 2004. p. 212-213.

estabelece-se um órgão de supervisão, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>533</sup>.

Estipula-se, também, no artigo 45 do Pacto São José, o direito de todo Estado Parte de apresentar uma comunicação perante esta Comissão alegando que outro Estado incorreu em violações aos direitos humanos estabelecidos na CADH. Assim, também o artigo 62 permite aos Estados Parte submeter casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No mesmo sentido, o artigo 65 prevê um mecanismo para que a Assembléia Geral da OEA possa reagir frente ao descumprimento por qualquer dos Estados Parte a alguma sentença proferida pela Corte<sup>534</sup>.

Mesmo com todo o sistema de controle e o avanço doutrinário na temática, persiste na América uma divergência entre os Tratados de direitos humanos e a hierarquia legal interna de cada país. Esta realidade se denota com a simples leitura da Constituição de cada país signatário da CADH onde cada direito interno dá uma solução distinta ao problema. O professor Cançado Trindade recomendou que a incorporação da normativa internacional de proteção ao direito interno deve ser feita acompanhada da aceitação integral, sem reservas, dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos<sup>535</sup>. Este mesmo pensamento tem seguido o sistema regional europeu, onde, com a vigência do Protocolo Nº 11 da Convenção Européia, são automaticamente compulsórios tanto o direito de petição individual, como a jurisdição da Corte Européia em matéria contenciosa<sup>536</sup>.

Também é da opinião de Cançado Trindade que, em matéria de direitos humanos, não há mais pretensão de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno (para ele não se deve voltar à discussão da teoria monista e dualista em matéria de direitos humanos em

---

<sup>533</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959 pela resolução VIII, na quinta reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores. As funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são: (a) Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos de América. (b) Velar pela observância e pelo respeito desses direitos nos Estados americanos. Tramitar petições de vítimas de violações aos direitos humanos (ou de seus representantes) que, tendo sem êxito utilizado os recursos legais internos, apresenta denúncias contra algum dos Estados membros do Sistema Interamericano. (d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América. Sobre o funcionamento da Comissão, recomenda-se a leitura dos informes anuais feitos pela própria Comissão. Disponíveis em: <<http://www.cidh.org/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>534</sup> Trâmite estudado no próximo capítulo.

<sup>535</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 541.

<sup>536</sup> *Ibidem.* p. 542.

nossos dias), considerando que sempre deverá prevalecer a norma mais favorável às vítimas, seja uma norma de Direito Internacional ou uma norma de Direito Interno<sup>537</sup>. Este critério da norma mais favorável foi aplicado desde a década de cinquenta pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (petição N° 235/56)<sup>538</sup>.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 29, inciso b), estabelece que nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de

limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados Partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados<sup>539</sup>.

Este artigo vem sendo interpretado como a incorporação expressa do princípio da norma mais favorável.

Este princípio também se encontra reconhecido em outra série de instrumentos legais como no artigo 5.2 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, no artigo 4° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 5° da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, no artigo 5° sobre o Estatuto de Apátridas e no artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação sobre todas as formas de Discriminação contra a mulher.

Esta regra, de prevalência da norma mais favorável, *primeiro* contribui para reduzir consideravelmente as possibilidades de conflitos entre os instrumentos legais em seus aspectos normativos. *Segundo*, obtém maior coordenação entre os instrumentos de dimensão vertical (Tratados e instrumentos de direito interno), como horizontal (dois ou mais Tratados). E, *terceiro*, contribui para demonstrar que a tendência atual é o propósito de coexistência de distintos instrumentos jurídicos no sentido de ampliar e fortalecer a proteção aos direitos humanos<sup>540</sup>.

A este princípio da norma mais favorável pode ser agregado também o princípio clássico de não intervenção, pelo qual os Estados não devem intervir nos assuntos que sejam

---

<sup>537</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 542.

<sup>538</sup> *Ibidem.* p. 544.

<sup>539</sup> Artigo 29 inciso b. CADH. *Op. cit.*.

<sup>540</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 543.

da exclusiva jurisdição doméstica. É o próprio Direito Internacional que define quais matérias ficarão exclusivas ao próprio Direito Interno. Em certos casos, a jurisdição internacional autoriza, inclusive, a intervenção individual, por exemplo, nos casos de atraso ou negação de justiça injustificada<sup>541</sup>.

### 2.1.2 Efeitos das sentenças da Corte Interamericana no Direito Interno

Um pilar necessário para uma correta convivência entre o Direito Interno e o Direito Internacional dos direitos humanos é a aceitação pelos Estados do direito de petição individual sobre a matéria e da competência obrigatória dos órgãos de supervisão internacionais (inclusive judiciais) atuantes neste domínio. Este direito encontra-se consagrado no artigo 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos, nos artigos 55-58 da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, no artigo XIV sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e no artigo 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

O Convênio Europeu assinalou, em seu preâmbulo, que as liberdades fundamentais constituem as bases da justiça e da paz no mundo cuja manutenção descansa em um regime verdadeiramente democrático com respeito aos os direitos humanos<sup>542</sup>. Como consequência desta posição encontra-se o direito do indivíduo de apresentar comunicação contra o Estado em cuja jurisdição se encontra ou encontrava. Este mecanismo é denominado por o ex-presidente da Comissão Interamericana, Calos Ayala, como "amparo internacional" que, por sua vez, tem como base o *Bill of Rights Transnational* perante um organismo transnacional<sup>543</sup>.

A consolidação deste direito de petição e submissão por parte do Estado a órgãos de supervisão internacional prova que tanto os direitos constitucionais, como o Direito

---

<sup>541</sup> PIZA ESCALANTE, Rofolfo. *Op.cit.* 1998, p. 182

<sup>542</sup> O Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi assinado em Roma, no dia 04 de novembro de 1950, e entrou em vigência em 03 de setembro de 1953. Este Convênio sofreu uma transformação radical com a entrada em vigor do Protocolo 11, de 01 de novembro de 1998.

<sup>543</sup> Ver AYALA CORAO, Carlos M. **Del amparo Constitucional al Amparo Interamericano Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. Caracas / San José: 1996.

Internacional têm evoluído apresentando, na atualidade, uma uniformidade de certos direitos fundamentais, especialmente de garantias que preservem a sua cobertura e eficácia. Contudo, esta uniformização da lei não ocorrerá com um simples diálogo entre países. Por isto é que – no caso do sistema regional de América - a Corte e a Comissão Interamericana têm sido de grande ajuda para encontrar um diálogo positivo entre as diversas legislações dos Estados-Membros da OEA<sup>544</sup>.

Apesar de que Corte Interamericana de Direitos Humanos (cujo funcionamento iniciou desde 1979) possui funções muito claras<sup>545</sup>, alguns países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos discutem a validade das recomendações que esta Corte emite<sup>546</sup>. Por exemplo, a República do Peru foi condenada em 1999, no caso *Castillo Petruzzi* pela C.I.D.H.. Nesta ocasião, a Corte dispôs que as vítimas deveriam ser julgadas no foro civil com as devidas garantias. A República do Peru procedeu a tentativa da retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte esclarecendo que não participaria mais daqueles casos nos quais Peru não conteste a demanda nos primeiros momentos processuais. Esta reação por parte do Estado peruano permitiu que a Corte declarasse pela primeira vez e por unanimidade que a exclusão da competência<sup>547</sup> da C.I.D.H. é inadmissível<sup>548</sup>.

Ao comemorarem-se os 20 anos da Corte Interamericana, criou-se um grupo de trabalho *ad hoc* para estudar e sugerir medidas de aperfeiçoamento e fortalecimento do Sistema Interamericano. Na primeira reunião deste grupo de trabalho, recomendou-se aos

---

<sup>544</sup> Apesar de que as competências destes órgãos sejam distintas (a Comissão tem somente jurisdição consultiva, enquanto a Corte tem, além, jurisdição contenciosa), ambos podem interpretar o alcance das normas do pacto e orientar os países que aceitaram a competência destes órgãos a orientar cada âmbito local onde o convênio deve aplicar-se.

<sup>545</sup> A C.I.D.H. tem especificamente dois tipos de funções: (1) A função jurisdicional: através da qual a Corte determina se um Estado incorreu em responsabilidade internacional por ter violado algum dos direitos consagrados ou estipulados na CADH. (2) A função consultiva: através da qual a Corte responde aquelas consultas que lhe formulam os Estados-Membros da OEA ou os órgãos da mesma sobre temas atinentes à interpretação da CADH ou de outros tratados relativos a proteção dos direitos humanos nas Américas. Sobre o devido funcionamento da C.I.D.H., ver a coletânea realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos denomina *Memória del Seminario: El sistema Interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José: C.I.D.H., 2003.

<sup>546</sup> O caso de Trindade e Tobago resulta outro claro exemplo. Este país caribenho, em 1999, fez valer o artigo 78 da CADH que autoriza a um país retirar-se do sistema estipulado pela CADH. Porém, o Estado é responsável pelos fatos que tenham acontecido até o momento que surtiu efeito a retirada da competência contenciosa da C.I.D.H.

<sup>547</sup> Um Estado pode retirar-se do Sistema Interamericano cumprindo os requisitos estipulados no artigo 78 da CADH, segundo o qual o Estado deve dar um prazo de um ano para que seja efetiva retirada da Convenção e, portanto, a competência contenciosa da Corte.

<sup>548</sup> Ver caso *Castillo Petruzzi e outros*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C. Nº 52.

países que haviam aceitado a competência da C.I.D.H. cumprir as sentenças que esta emitia, assim como também se pediu um esforço conjunto para cumprimento das suas recomendações<sup>549</sup>.

No projeto de resolução aprovado na Sessão de 28 de abril de 2000 pelo Conselho Permanente<sup>550</sup> e no informe do presidente do Comitê de Assuntos Jurídicos e Políticos, resolveu-se<sup>551</sup>, entre outras propostas, motivar os Estados-Membros da OEA adotar as medidas necessárias para cumprir as decisões da C.I.D.H. de acordo com o definido no artigo 68 da CADH. Este artigo 68 reconheceu a competência obrigatória da Corte e solicitou "realizar o melhor esforço para aplicar as recomendações da C.I.D.H. de conformidade com o principio de boa fé<sup>552</sup>". Porém, em virtude deste principio da boa fé, também consagrado no artigo 31.1 da Convenção de Viena, caso um Estado ratifique um Tratado Internacional (especialmente tratando-se de direitos humanos) possui a obrigação de realizar seu melhor esforço para aplicar (no Sistema Interamericano) não somente as recomendações da Corte, como também as da Comissão Interamericana, que é, em definitivo, também um órgão de proteção<sup>553</sup>.

Em outro sentido, os países pertencentes ao Sistema Interamericano deveriam estar mais conscientes de que a Corte tem uma jurisdição reparatória plena, já que quando decide que houve violação de um direito protegido pela Convenção dispõe de poderes para determinar que se retorne a garantir o direito do qual a vítima foi privada e, também, sendo procedente, estipular as conseqüências e os meios de reparação para a vítima<sup>554</sup>. A CADH reforça o caráter de jurisdição internacional de amparo frente às violações dos direitos humanos atribuíveis aos agentes de um Estado Parte que não tenham sido reparadas eficaz e oportunamente na jurisdição interna.

A própria CADH estabeleceu o compromisso dos Estados Parte de cumprir as decisões em que sejam partes. Em matéria de indenizações, as sentenças podem ser

---

<sup>549</sup> As diversas apresentações e discursos por parte deste grupo de trabalho encontram-se acessíveis no *site* oficial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em < <http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>550</sup> Disponível em <<http://www.oas.org/consejo/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>551</sup> Disponível em <<http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>552</sup> Artigo 68. CADH. *Op. cit.*

<sup>553</sup> AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p. 110.

<sup>554</sup> Artigo 63. CADH. *Op. cit.* Artigo que será estudado mais detalhadamente no próximo capítulo.

executadas pelos procedimentos internos de cada Estado (execução de sentenças contra o Estado). A critério de Carlos Ayala, a obrigatoriedade das decisões tanto da Comissão como da Corte Interamericana tem sido altamente reconhecida na Costa Rica, Argentina e Colômbia<sup>555</sup>.

Na Argentina, uma decisão judicial de 1995 estipulou:

A (...) jurisprudência Argentina deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais na medida em que o Estado Argentino reconheceu a competência da Corte Interamericana para conhecer de todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana (...) <sup>556</sup>.

No mesmo diapasão, Costa Rica, em 1985, solicitou uma Opinião Consultiva à C.I.D.H. sobre a legitimidade de definir como obrigatório o registro em um Conselho Profissional para exercer a profissão de jornalismo; a Corte estipulou que impor qualquer impedimento para que uma pessoa se possa expressar seja a nível profissional (jornalista) ou mesmo um leigo seria violador do artigo 13 da CADH que ampara o direito de expressão<sup>557</sup>.

Dez anos depois, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Costa Rica sentenciou a inconstitucionalidade do artigo 22 da *Ley Orgánica del Colegio de Periodistas* que exigia o registro obrigatório dos jornalistas, alegando:

(...) Se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...) a força de sua decisão ao interpretar a Convenção e levar a juízo as leis nacionais à luz desta normativa, seja em caso contencioso ou em uma mera consulta, terá o mesmo valor da norma interpretada(...) <sup>558</sup>.

A Sala Constitucional costarricense tem estabelecido através de sua jurisprudência:

<sup>555</sup> AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p. 120.

<sup>556</sup> Recurso de Cassação de 7 de abril de 1995, *apud*, AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p. 121.

<sup>557</sup> **Opinião Consultiva Nº 5**. C.I.D.H. De 13 de novembro de 1985.

<sup>558</sup> Sala Constitucional, Costa Rica. Sentença Nº 2312-95 de 09 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>>. Acesso em julho de 2007.

- Que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é imediatamente executivo e executório na ordem jurídica interna e não apenas o resultante dos Tratados ou Convenções dos quais Costa Rica seja parte, mas também do costume internacional e de qualquer instrumento de Direito Internacional Geral. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os quais a Sala Constitucional tem reconhecido o valor vinculante e a hierarquia constitucional ao interpretar o artigo 48 da sua Constituição Política<sup>559</sup>.
- A Sala Constitucional, desde sua criação, tem concedido uma interpretação muito generosa à matéria. Destaca-se a sentença Nº 343592 de 1992 em que se tratou de um mandado de segurança impetrado contra a Direção Geral do Registro Civil por um cidadão estrangeiro casado com costarriquense, a quem foi negada (por ser homem) a naturalização privilegiada concedida pelo então artigo 15, inciso 5º. da Constituição. Este artigo conferia naturalização: "A mulher estrangeira que havendo estado casado durante dois anos com costarriquense e havendo residido em um país durante o mesmo período, manifeste seu desejo de adquirir a nacionalidade costarriquense<sup>560</sup>".

A Sala Constitucional considerou procedente o recurso e ordenou a inscrição do recorrente como costarriquense por naturalização interpretando que o referido artigo 15, inciso 5º não poderia ser aplicado literalmente, porque este implicaria uma violação das normas e princípios da igualdade e de não discriminação por razão de sexo consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>561</sup>.

No mesmo sentido, a Corte Constitucional de Colômbia vem reconhecendo os efeitos vinculantes da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de reiteradas sentenças. Considera Carlos Ayala que a Colômbia se tem convertido no tribunal

---

<sup>559</sup> "Toda pessoa tem direito ao recurso de *Habeas Corpus* para garantir sua liberdade e integridade pessoais, e ao mandado de segurança para manter ou restabelecer o goze dos outros direitos consagrados nesta Constituição, assim como os de caráter fundamental estabelecidos nos instrumentos sobre direitos humanos aplicáveis na República. Ambos recursos serão de competência da Sala (Constitucional) indicada no artigo 10". Artigo 48. COSTA RICA. Constituição Política da República de Costa Rica. *Op. cit.*

<sup>560</sup> Citado em PIZA ESCALANTE, Rofolfo. *Op.cit.* 1998, p. 188.

<sup>561</sup> *Idem*, p. 188.

com a jurisprudência mais conectada em relação com o desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais<sup>562</sup>. Outrossim, a Colômbia promulgou a Lei Nº 288 por meio da qual se estabelecem instrumentos para a indenização de prejuízos às vítimas de violações de direitos humanos em virtude das estipulações por determinados órgãos internacionais de Direitos Humanos. De conformidade com esta lei, caso algum informe da Comissão Interamericana concluir que o Estado de Colômbia incorreu em alguma violação aos direitos humanos e recomendar a indenização pertinente, o Comitê de Ministros ao emitir um conceito favorável torna obrigatória a celebração do trâmite indenizatório interno previsto em tal lei<sup>563</sup>.

Contudo, apesar de todos os esforços para apelar ao entendimento pacífico e racional entre países, a realidade atual é distinta porquanto as decisões da Corte possuem mais caráter persuasivo do que força judicial<sup>564</sup>. A pouca relevância que, muitas vezes, os países mostram diante das decisões emitidas pela C.I.D.H. impõe o estudo da normativa sobre o tema. Assim, encontram-se vários artigos na CADH que podem auxiliar na análise do compromisso internacional que os Estados devem ter em matéria de direitos humanos. É o caso do artigo 1.1, no qual os Estados se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidas na Constituição<sup>565</sup>. Não resultando suficiente que o Estado se abstenha de afetar os direitos e liberdades reconhecidos, deve garantir o livre e pleno exercício dos mesmos<sup>566</sup>. O artigo 2º estipula o dever dos Estados de adotar com ajuda dos procedimentos constitucionais e as disposições da CADH as medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessárias para fazer efetivos tais direitos e liberdades<sup>567</sup>.

O artigo 25.2, inciso c) estabelece que os Estados Partes se comprometem a garantir o cumprimento das decisões da Corte pelas autoridades competentes<sup>568</sup>. No mesmo sentido, o artigo 63 menciona que a C.I.D.H. assegurará a vítima o gozo dos seus direitos e liberdades, inclusive, o pagamento por conceito de indenização. Destes artigos pode-se comprovar a força vinculante que deveriam possuir as sentenças da C.I.D.H. É claro que estas sentenças também devem contar com o auxílio e a colaboração do Estado Parte, já que é obrigação deste

---

<sup>562</sup> AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p. 123.

<sup>563</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>564</sup> Opinião de Alonso Gómez. In GOMEZ-ROBLEDOS, Alonso. *Op. cit.*.

<sup>565</sup> Artigo 1.1. CADH. *Op. cit.*.

<sup>566</sup> **Caso Velásques Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 10.

<sup>567</sup> Artigo 2º. CADH. *Op. cit.*.

<sup>568</sup> "Os Estados Partes comprometem-se: c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso". Artigo 25.2. CADH. *Op.cit.*.

estabelecer procedimentos internos para possibilitar o cumprimento das normativas da C.I.D.H. Sobre este tema, a Comissão Interamericana se manifestou perante a Assembléia Geral no mês de junho de 1999, argumentando que este cumprimento por parte dos ordenamentos internos é fundamental para a vitalidade e integridade do sistema de direitos humanos da Organização<sup>569</sup>.

A obrigação dos Estados em adotar as medidas necessárias para dar cumprimento às decisões da Comissão e da Corte Interamericana pode ser concretizada em atos de natureza legislativa, executiva, judicial ou qualquer outro<sup>570</sup>, dependendo da natureza da medida reparatória que seja necessária adotar no direito interno para dar cumprimento efetivo à decisão do órgão internacional<sup>571</sup>. Neste ponto, resulta fundamental o papel dos juizes e advogados para que os órgãos jurisdicionais assegurem a implementação a nível interno e internacional dos direitos humanos, assim como a jurisprudência supra-nacional sobre a matéria<sup>572</sup>.

Voltando-se ao caso específico da C.I.D.H., o juiz desta mesma Corte, Diego García Sayam, opinou que se está vivendo uma etapa positiva no Sistema Interamericano, posto que vem se firmando uma tendência em ver a Corte de uma forma mais sistemática<sup>573</sup>. Tendo como base, agora, o princípio da norma mais favorável, assim como o compromisso a que os Estados se submetem ao ratificar a competência da Corte Interamericana. Por isto, não resta dúvida do caráter obrigatório que as sentenças contenciosas da C.I.D.H. devem ter no Direito Interno. E, agora, também existem as opiniões Consultivas emanadas pela Corte<sup>574</sup>.

Com respeito às opiniões Consultivas, invocando a Corte a emissão de sua opinião sobre a interpretação de uma norma jurídica, estas não possuem o mesmo alcance jurídico que

---

<sup>569</sup> Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/indice.htm>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>570</sup> GARCÍA SAYÁN, Diego. **Una viva interacción**: Corte Interamericana y Tribunales Internos. In: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo, 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004. p. 327.

<sup>571</sup> AYALA CORAO, Carlos M. *Op. cit.*, 2005. p. 129.

<sup>572</sup> GARCÍA SAYÁN, Diego. *Op.cit.*2004. p. 331.

<sup>573</sup> *Idem*, p. 547.

<sup>574</sup> A C.I.D.H. tem uma função contenciosa, onde a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da CADH quando os Estados Partes tenham reconhecido tal competência e esgotados os recursos internos; e, uma função Consultiva, que permite aos Estados Membros da OEA consultar à Corte sobre a interpretação de qualquer tratado relativo à proteção dos direitos Humanos nos Estados Americanos.

as sentenças em matéria contenciosa<sup>575</sup>. As opiniões Consultivas da Corte Interamericana não são de acatamento obrigatório, mas podem e influenciam muito no Direito Interno. A professora Nádia de Araújo, em artigo dedicado ao tema ao referir-se ao Brasil, concluiu que ainda que "o Brasil não formulou nenhum pedido de opinião consultiva, (...) já demonstra estar-se adequando à interpretação esposada pela Corte (...) "<sup>576</sup>". Assim, no artigo da professora Araújo encontram-se dois exemplos de Opiniões Consultivas emitidas pela C.I.D.H. que influenciaram o direito brasileiro.

A primeira Opinião Consultiva é a Nº 5 (citada supra) sobre a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalismo (*Colégio de Periodistas*). A professora Nádia de Araújo relatou que a decisão foi percebida prontamente pelo Ministério Público Federal, pois havia legislação interna brasileira que obrigava a inscrição no Ministério do Trabalho das pessoas que pretendiam exercer a profissão de jornalista. Então, por iniciativa do Ministério Público Federal da 3ª. Região, foi proposta uma ação civil pública argumentando-se que a exigência do diploma para jornalistas significava uma restrição de acesso à carreira. Desta ação foi destacada a violação formal ao artigo 13 da CADH<sup>577</sup>.

A segunda Opinião Consultiva, referida na doutrina da professora Araújo, é a Opinião Consultiva Nº 16 solicitada pelo México, onde se questionava se haveria violação ao direito à vida e ao devido processo legal quando, em razão do descumprimento da obrigação constante no artigo 36 da Convenção de Viena, um Estado não tivesse informado ao estrangeiro ali preso sobre seu direito de solicitar assistência das autoridades consulares de seu país de origem<sup>578</sup>. No Brasil, como consequência desta Opinião Consultiva, expediu-se recomendação a Polícia Federal para que, nos casos de prisão de cidadãos estrangeiros no Brasil, o preso seja notificado sobre seu direito de assistência consular.

Costa Rica tem adotado uma posição muito peculiar em relação às Opiniões Consultivas emanadas da C.I.D.H., pois a Sala Constitucional não somente tem reconhecido o

---

<sup>575</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Liber Amicorum*. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.2, 1998. p.828.

<sup>576</sup> ARAUJO, Nádia de. A influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: Revista CEJ. Nº 29, abril / junho, 2005, p. 65.

<sup>577</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>578</sup> A C.I.D.H. decidiu que a comunicação consular é uma forma de proteção dos direitos humanos. E sobre outra questão levada perante a Corte, sobre o momento certo da notificação, a Corte entendeu que ela deveria ser feita antes de qualquer declaração do estrangeiro à autoridade que o deteve. *Idem*, p. 68.

valor vinculante das sentenças contenciosas da Corte, mas também às Opiniões Consultivas quando a consulta tenha sido formulada pelo Governo costarricense<sup>579</sup>.

Tendo clara a posição que se considera que os Estados pertencentes ao Sistema Interamericano devam ter perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta dúvida, ainda, sobre o caráter obrigatório das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos dentro do ordenamento interno. Sobre o tema expressou-se Néstor Sagües, a respeito de um caso argentino:

o critério da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com todo o respeito e mérito que possa ter, não é definitivo, já que a Corte Interamericana pode compartilhá-lo ou não. A natureza jurídica da Comissão e da Corte não é, por conseguinte, a mesma. Os integrantes da Comissão são membros (artigo 34 CADH), entretanto, os da Corte resultam juízes (artigo 52 CADH)<sup>580</sup>.

A Corte Interamericana, na opinião Consultiva N° 13, determinou que a Comissão Interamericana era competente nos temas das atribuições que lhe confere os artigos 41 e 42 da CADH para qualificar qualquer norma do Direito Interno de um Estado Parte como violadora das obrigações que assumiu ratificar ou aderir a Convenção<sup>581</sup>. De acordo com esta Opinião Consultiva, a seguinte Opinião Consultiva N° 14 estipulou novamente que a Comissão poderá recomendar ao Estado a derrogação ou reforma da norma violadora sendo para isto suficiente que tal norma tenha chegado por qualquer meio ao seu conhecimento<sup>582</sup>.

Para tentar resolver a questão, deve ser levado em conta o artigo 29 da CADH, onde se estipula que a jurisdição interna não pode desvincular-se da interpretação feita pela justiça super-estatal. Na doutrina de Alfredo Gozáni, coloca-se uma excelente pergunta sobre as recomendações da Comissão Interamericana: até que ponto seria obrigatória para um juiz local?

<sup>579</sup> PIZA ESCALANTE, Rofolfo. *Op.cit.* 1998, p. 191.

<sup>580</sup> Nestor Sagües, *apud*, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Op.cit.* 1998. p.828.

<sup>581</sup> **Opinião Consultiva 13/93.** Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Série A. N° 13, parte resolutiva.

<sup>582</sup> **Opinião Consultiva 14/94.** Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação das leis violadoras da Convenção. Série A. N° 14, parágrafo 39.

O autor responde que outros doutrinadores têm opinado sobre a Corte Interamericana, afirmando que a Comissão Interamericana não possui, em sentido, estrito obrigatoriedade de aplicação ou seguimento por parte de um juiz da jurisdição interna, porém dispõe de elevado valor persuasivo. Em outras palavras, apela –se a compreensão por parte da doutrina interna da congruência que deve ser acompanhada na relação do Sistema Interamericano de direitos humanos com a legislação interna.

## 2.2 ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

A regra do esgotamento dos recursos na jurisdição interna iniciou com a proteção diplomática, que operava como uma condição preliminar de admissibilidade para conhecimento do caso apresentado pelo Estado reclamante<sup>583</sup>. Esta regra foi transposta ao campo dos direitos humanos com características diferentes. Atualmente, ela opera como um pré-requisito de admissibilidade das reclamações ou petições na tutela internacional dos direitos humanos.

O professor Cançado Trindade ensina que a regra de esgotamento dos recursos internos começou desde os tempos medievais, época em que este instituto se aplicava antes da tomada de represálias como meio de ajuda na proteção diplomática. O conceito foi evoluindo e, subseqüentemente, nos tempos modernos, a regra passou a aplicar-se no contexto do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados aos estrangeiros<sup>584</sup>.

O princípio de esgotamento prévio dos recursos internos encontrou apoio na prática internacional e na doutrina "(...) podemos fazer referência a diversas passagens dos escritos de autores clássicos como Francisco de Vitória, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Wolff e Vattel (...) <sup>585</sup>". No Brasil, encontra-se em prática esta regra de esgotamento de recursos internos desde 1856 constando em registros, uma nota do Ministro José Maria da Silva Paranhos à

---

<sup>583</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. **La regla del agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano, aplicada al caso colombiano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 37.

<sup>584</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Esgotamento de recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 23 e ss..

<sup>585</sup> *Idem*, p. 24.

delegação britânica, que afirmava que o súdito britânico preso no Pará deveria recorrer ao direito brasileiro<sup>586</sup>.

### 2.2.1 Recursos internos e proteção diplomática

Como a regra de esgotamento dos recursos internos teve suas origens na proteção diplomática e foi deslocada para a proteção dos direitos humanos, atualmente, a critério de Cançado Trindade, vem apresentando sérios problemas de interpretação<sup>587</sup>. Por esta razão, considera-se pertinente ver, *grosso modo*, a figura da proteção diplomática para esclarecer suas características e diferenciá-la da regra de esgotamento de recursos internos como pré-requisito processual.

O professor Antônio Augusto Cançado Trindade, em sua célebre tese defendida na Universidade Cambridge<sup>588</sup>, explica que no decorrer das sessões ocorridas na década de 30, no Instituto de Direito Internacional, sobre a proteção diplomática de nacionais no exterior, os pesquisadores encarregados se deixaram levar por uma controvérsia fundamental que "tornou-se fatal ao desenvolvimento dos trabalhos sobre a matéria<sup>589</sup>". Na época, uma corrente doutrinária apresentou a proposta de que "o estrangeiro lesado deveria ter o direito de reclamar diretamente perante um órgão internacional<sup>590</sup>"; outra corrente doutrinária, chegava a conclusão de que "o indivíduo como tal deveria ter o direito de reclamar perante um órgão internacional contra o Estado que lhe causara o dano sem a intervenção de qualquer Estado reclamante<sup>591</sup>". O professor Trindade explica em melhores palavras que uma corrente defendia que o dano causado a um indivíduo é causado a toda a coletividade (o interesse nacional absorve o interesse individual), mas a corrente oposta sugeria que o interesse individual deveria permanecer em primeiro plano<sup>592</sup>.

---

<sup>586</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984, p. 38.

<sup>587</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 2003, p. 121.

<sup>588</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984 (versão resumida da Tese defendida perante a Universidade de Cambridge, em 28/11/77, intitulada *Developments in rhe Rule of Exaustion of Local Remedies in International Law*).

<sup>589</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>590</sup> *Idem*, p. 136.

<sup>591</sup> *Idem*, p. 137.

<sup>592</sup> *Idem*, p. 138.

Apesar do professor Trindade não aprofundar o mérito deste desacordo básico, ele extrai um elo entre esta distinção e os atuais direitos humanos, a saber, quando estes juristas (nos anos 30) favoreceram a tese de que a reclamação de um indivíduo contra o Estado agressor deveria ser levada diretamente a um órgão internacional sem a intervenção de um estado protetor, "estavam (...) introduzindo um novo elemento no quadro da proteção diplomática (...) esse elemento, com efeito, viria, anos após, a ser incorporado em um sistema distinto, qual seja, o da proteção de direitos humanos<sup>593</sup>".

Deixando-se de lado esta controvérsia e ingressando no mérito da questão, a proteção diplomática é definida como "a ação diplomática empreendida pelo governo do particular lesado junto ao governo presumido responsável para obter a reparação do dano causado a seu súdito<sup>594</sup>". A proteção diplomática também é denominada "Teoria do endosso<sup>595</sup>", significando que o Estado está assumindo a demanda, incorporando-a a seu sistema, sendo que este endosso pode ser aceito ou recusado pelo Estado<sup>596</sup>.

Existem duas grandes correntes doutrinárias que defendem argumentos divergentes sobre a natureza desta regra jurídica de esgotamento de recursos internos. A *primeira regra* é a denominada processual; segundo esta, a regra de esgotamento dos recursos internos afeta o direito de ação frente à jurisdição internacional sem prejuízo do objeto mesmo da demanda<sup>597</sup> ou, em outras palavras, é um requisito prévio de admissibilidade de uma ação internacional<sup>598</sup>. Esta regra é alegada como uma exceção de incompetência na etapa preliminar<sup>599</sup> em virtude de que não existe responsabilidade internacional do Estado ainda declarada.

A *segunda corrente*, denominada substantiva, garante que a responsabilidade internacional somente surge quando os recursos internos foram esgotados. Accioly<sup>600</sup> e

---

<sup>593</sup> Destaca-se que o professor Trindade, apesar de fazer um breve entrelaçamento entre os direitos humanos e a proteção diplomática, adverte que "difundir os elementos do sistema de proteção dos direitos humanos ao sistema de proteção diplomática (para 'enriquecer' ou 'aprimorar' este último) estão muito provavelmente fadadas ao fracasso". *Idem*, p. 139.

<sup>594</sup> ROSSEAU, Charles, *apud*, ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 84.

<sup>595</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 84.

<sup>596</sup> REZEK, José Francisco. *Op.cit.* 2006, p. 277.

<sup>597</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 38.

<sup>598</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 101.

<sup>599</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 39.

<sup>600</sup> Ver ACCIOLY, Hildebrando. *Op.cit.* 1959, p.339 e ss..

Jiménez de Arechaga<sup>601</sup> são grandes expoentes desta posição. Para resumir, o confronto referente à natureza processual ou substancial da regra de esgotamentos dos recursos internos provém do momento no qual nasce o fato ilícito internacional e o surgimento da responsabilidade do Estado.

Para que a proteção diplomática do Estado possa ser exercida faz-se necessário que o prejudicado tenha "uma nacionalidade clara e contínua"<sup>602</sup>, isto é, o Estado apenas poderá proteger diplomaticamente seu nacional, "ou membro de uma coletividade que ele representa na ordem internacional"<sup>603</sup>. Para Luis Ramos Pereira, este vínculo jurídico de nacionalidade é o passo inicial e o mais importante para que se coloque em marcha o instituto da proteção diplomática<sup>604</sup> e, lembra o autor, que a critério da C.I.J., na falta de acordos especiais unicamente o vínculo de nacionalidade outorga ao Estado o direito da proteção diplomática<sup>605</sup>. Ampliando-se esta idéia, os apátridas não teriam direito a este instituto<sup>606</sup>.

Em caso de dupla nacionalidade ou polipatria, esclarece Valério Mazzuoli, qualquer dos Estados podem proteger o danificado contra terceiros Estados sendo apenas impossível o endosso quando seja contra um Estado do qual também é nacional o indivíduo peticionário<sup>607</sup>. O professor Celso Mello diz acreditar que esta regra de não proteção a um indivíduo em relação a um Estado de que ele já tenha nacionalidade surgiu no século XIX quando o internacionalista norte-americano Wheaton afirmou que Estados Unidos não poderiam dar proteção diplomática a um alemão naturalizado estadunidense e que deveria retornar a Alemanha<sup>608</sup>. No caso de sujeitos com dupla nacionalidade lesados por um terceiro Estado, a proteção diplomática cabe ao Estado de que o indivíduo tenha a nacionalidade efetiva<sup>609</sup>.

---

<sup>601</sup> Ver JIMÉNEZ DE ARECHÁGA, Eduardo. **International Responsibility. In: Manual of Public International Law.** Londres: Max Sorensen, 1968, p. 583 e ss..

<sup>602</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 251.

<sup>603</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 86.

<sup>604</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 252.

<sup>605</sup> O autor faz referência a sentença de 28 de fevereiro de 1939, entre a Estônia e a Litânia, sobre a estrada de ferro *Panevezys-Saldutiskis*. *Apud* RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 252.

<sup>606</sup> "Um refugiado que não é apátrida pode ter a proteção diplomática do Estado que lhe acolher, porquanto, constitui um fenômeno social, com causas políticas, contudo, um apátrida não pode ter tal proteção, porquanto se trata de uma condição jurídica, ou seja, um indivíduo pode ser apátrida de origem, por exemplo, quando ele é filho de um apátrida, que nasceu em um Estado que adota o sistema de *ius sanguinis*". *Idem*, p. 252.

<sup>607</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. *Op.cit.* 2006, p. 283.

<sup>608</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 91.

<sup>609</sup> *Idem*, p. 90.

Este requisito da nacionalidade do reclamante também se aplica às pessoas jurídicas. Antigamente, considerava-se que a nacionalidade da sociedade seria a do sócio majoritário ou daquele que detivesse o controle desta<sup>610</sup>. Após esta teoria, a jurisprudência e a doutrina sobre o tema evoluíram muito existindo vários critérios diferentes para a concessão de nacionalidade de pessoas jurídicas, mas em nenhuma destas negou-se o direito que a pessoa jurídica possui a nacionalidade<sup>611</sup>.

Além do requisito da nacionalidade do reclamante, precisa-se o esgotamento dos recursos internos judiciais e administrativos no território em que se praticou o evento danoso<sup>612</sup>. Com isto se quer que o Estado verifique se a pessoa lesada (no caso o considerado nacional) esgotou previamente os recursos tanto administrativos como judiciais disponíveis no território do Estado reclamado<sup>613</sup>.

Antes do esgotamento dos recursos internos, existe um ilícito, mas este somente irá, realmente, internacionalizar-se caso o Estado não conceder a devida reparação, ou seja, pressupõe-se a existência das vias internas para a solução do conflito, assim como a acessibilidade que o indivíduo possa ter a tais mecanismos<sup>614</sup>.

Na proteção diplomática, este esgotamento de recursos legais internos deve ser aplicado de forma justa e equânime em favor do lesado. Então, funciona como condição para o exercício da proteção com um caráter "preventivo em face do exercício da proteção<sup>615</sup>". A base de sustentação do instituto do esgotamento dos recursos internos é a soberania<sup>616</sup> como garantia para o Estado saber que possui independência.

Dentro das vantagens que esta figura apresenta o Professor Cançado Trindade recorda que:

---

<sup>610</sup> Faz-se referência à teoria negativista de Niboyet. *In*: RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 266.

<sup>611</sup> Por não ser o foco do tema, não se desenvolverá nesta pesquisa a nacionalidade das sociedades, porém recomenda-se a leitura de MARQUES DOS SANTOS, António. Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público. *In*: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

<sup>612</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 251.

<sup>613</sup> REZEK, José Francisco. *Op.cit.* 2006, p. 282.

<sup>614</sup> *Idem*, p. 282.

<sup>615</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>616</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 294.

(...) à aplicação criteriosa da regra do esgotamento dos recursos internos por parte das Chancelarias de diversos países contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as reclamações internacionais; pela aplicação da regra, institui-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema jurídico interno do Estado em questão. Favoreceu a regra, assim, uma certa harmonia na conduta das relações internacionais<sup>617</sup>.

Em resumo, a regra dos recursos internos na proteção diplomática foi criada como forma de pressão para exigir dos Estados o aprimoramento nos padrões da administração interna de justiça tendo um caráter negativo no sentido de que não se poderia exercer proteção alguma até que o estrangeiro tivesse esgotado todos os meios<sup>618</sup>. O esgotamento de recursos internos dentro da proteção dos direitos humanos é estudado como o dever dos Estados Parte de tratados internacionais em aderir aos temas que estes mesmos Tratados exigem sobre obrigações que protejam os direitos humanos.

### **2.2.2 Regra do esgotamento de recursos internos dentro dos direitos humanos**

Na proteção internacional dos direitos humanos, o esgotamento dos recursos internos é considerado um pré-requisito para a admissibilidade de reclamações ou petições perante o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos<sup>619</sup>. Esta mesma exigência se encontra, também, na maioria de sistemas conhecidos. Pode-se confirmar esta tendência, na leitura do artigo 41, inciso c) do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU (assim como os artigos 2º e 5.2, inciso c) do seu Protocolo Facultativo), nos artigos 11.3 e 14.7 da Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, no artigo 54 do Regulamento da Comissão Americana de Direitos Humanos, nos artigos 26 e 27.3 da Convenção Européia de Direitos Humanos e no artigo 46.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O jurista Cançado Trindade afirma que, no âmbito dos órgãos de proteção aos direitos humanos no sistema europeu (Comissão Européia e Corte Européia de Direitos Humanos), a regra de esgotamento dos recursos internos vem recebendo uma maior flexibilização. Assim,

---

<sup>617</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984, p.112.

<sup>618</sup> *Idem*, p. 171.

<sup>619</sup> *Idem*, p. 121.

nos primeiros anos de atividade da Comissão Européia de Direitos Humanos o ônus da prova incidia sobre os reclamantes; nos últimos anos, a Comissão distribuiu este ônus da prova entre as partes litigantes sendo que esta mudança favoreceu ao Estado Reclamado<sup>620</sup>.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 46.1 da CADH, destaca que para admitir uma petição individual se requer o prévio esgotamento de recursos internos por parte da suposta vítima<sup>621</sup> sendo este um dos requisitos de maior relevância para a admissibilidade da petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, em consequência, perante a Corte Interamericana. Esta regra procura dispensar os órgãos internacionais das demandas que devam ser remediadas inicialmente dentro dos meios de jurisdição interna do governo em questão<sup>622</sup>.

A norma de esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema conforme seu direito interno antes de enfrentar um processo internacional. Isto leva a confirmar que se parte da idéia de que o Estado deva ter uma estrutura que lhe permita solucionar no âmbito interno os casos de violações aos direitos humanos, "não pela circunstância de que a vítima seja nacional de um Estado, senão (...) porque tem como fundamento atributos da pessoa humana<sup>623</sup>". O preâmbulo da CADH assinala claramente que a proteção internacional da pessoa humana tem como "colaborador" o serviço dos Estados-Membros da OEA<sup>624</sup>. Assim, a suposta vítima deverá obter uma solução satisfatória dentro do próprio Estado fazendo o correto uso dos procedimentos estabelecidos para cada caso em particular.

A C.I.D.H. tem afirmado que os recursos internos necessários de esgotamento são aqueles que têm caráter jurisdicional. Para a Corte Interamericana, os recursos jurisdicionais internos devem ser adequados e efetivos<sup>625</sup>, por outras palavras, "idôneos para proteger a

---

<sup>620</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984, p.228.

<sup>621</sup> "Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos. (...)". Artigo 46.1 inciso a). CADH. *Op. cit.*

<sup>622</sup> **Caso Viviana Gallardo e outras.** C.I.D.H. Sentença de 13 de novembro de 1981. Série A. Nº 81, parágrafo 26.

<sup>623</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 38. Aqui, a autora se baseia na linha de pensamento do preâmbulo da CADH.

<sup>624</sup> Preâmbulo da CADH. *Op. cit.*, parágrafo 2º.

<sup>625</sup> **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C. Nº4, 1998, parágrafo 63.

situação jurídica infringida, e capazes de produzir o resultado para o qual foram concebidos (...) <sup>626</sup>". Para a mesma Corte, um recurso resulta eficaz se este é "capaz de produzir o resultado para o que tem sido concebido <sup>627</sup>", e considera-se adequado, caso sua função seja "idônea para proteger a situação jurídica infringida <sup>628</sup>".

Estes critérios da Corte têm direta relação com o artigo 25 da CADH que assegura que os recursos internos devem ser rápidos, simples e efetivos, assim como devem ser procedidos perante o respectivo funcionário competente <sup>629</sup>. Então, da Convenção e da jurisprudência da Corte, extraem-se as características que devem possuir os recursos internos para que não estejam em contradição com o Sistema Interamericano:

- Estes recursos devem ser acessíveis ao demandante: não devem interceder terceiras pessoas a não ser o defensor legal. Em caso de falta de recursos por parte da suposta vítima, o Estado deve proporcionar assistência gratuita.
- Devem ser adequados: as funções dos recursos internos dos países pertencentes ao Sistema Interamericano devem ser ideais para proteger a situação jurídica infringida.
- Os recursos internos devem ser efetivos: estes devem possuir uma coerência entre o interposto no recurso e a sentença final <sup>630</sup>.

### 2.2.3 Formulação da exceção preliminar

Depois de esgotados os recursos internos, a suposta vítima que teve seus direitos violados poderá acudir ao amparo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A

<sup>626</sup> **Opinião Consultiva OC 11/90.** Sobre as exceções ao esgotamento dos recursos internos (artigo 46.1, 46.2 e 46.2, inciso b) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), parágrafo 36.

<sup>627</sup> **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 24.

<sup>628</sup> *Idem*, p. parágrafo 25.

<sup>629</sup> "(1) Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (...)". Artigo 25.1: Proteção Judicial. CADH. *Op. cit.*

<sup>630</sup> **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 66.

Comissão Interamericana é o órgão encarregado de estudar a admissibilidade das petições sobre violações aos direitos humanos no Sistema Interamericano possuindo a faculdade de declarar a petição como inadmissível por inobservância ao requisito de esgotamento de recursos internos<sup>631</sup>. Segundo Cançado Trindade, esta é uma das exceções preliminares mais utilizadas pelos Estados em prol do respeito a sua soberania<sup>632</sup>.

Em outras ocasiões, a Comissão, sem mencionar expressamente que o recurso é inadmissível, pode decidir que, como os recursos internos não foram esgotados, as petições sejam arquivadas e a decisão comunicada aos reclamantes. O maior número de decisões tomadas pela Comissão Interamericana em relação à aplicação da regra dos recursos internos tem se valido do sistema de solicitar informações adicionais concernentes ao funcionamento do Direito Interno na matéria possibilitando à Comissão adotar uma decisão definitiva sobre a matéria. Tais pedidos, para conhecer o ordenamento interno do país demandado, podem ser classificados em três categorias:

Em *primeiro lugar*, pedidos de informação dirigidos aos próprios governos reclamados, onde se pede que o Estado envie a maior informação possível sobre sua própria estrutura de esgotamento de recursos internos. O professor Cançado Trindade relata um caso:

a Comissão havia reiteradamente solicitado ao governo reclamado informações pertinentes ao esgotamento dos recursos internos, mas como não fora atendida em seus pedidos e tampouco o reclamante atualizara sua petição, decidiu a Comissão arquivar o caso, 'sem prejuízo de reabrir seu exame se as informações fossem fornecidas dentro de um prazo razoável', uma vez que naquele estágio sentia que não possuía informações suficientes para tomar uma decisão no caso<sup>633</sup>.

Do caso relatado, confirma-se a hipótese em que, se um governo não se aproveita da chance de alegar uma objeção de não esgotamento, parece não haver motivos para que a Comissão não decida a favor do reclamante<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984, p. 233.

<sup>632</sup> *Idem*, p.,p. 232.

<sup>633</sup> O autor, ao relatar este caso, emitiu sua opinião dizendo que é difícil evitar a impressão de que o governo reclamado seja indevidamente favorecido pela maneira como se aplicou a regra de esgotamento dos recursos internos. *Idem*, p. 234.

<sup>634</sup> *Idem*, p. 234.

Em *segundo lugar*, a Comissão solicita informações sobre o esgotamento dos recursos internos aos reclamantes<sup>635</sup>. Por exemplo, no caso *Romero Díaz e outros*, a Comissão considerou que o peticionário não tinha apresentado razões para demonstrar que se lhe deveria aplicar as exceções do artigo 46.2 da CADH, já que na Venezuela existem os recursos adequados para proteger os direitos que se consideram como violados, ou seja, neste caso não ficou demonstrado que às supostas vítimas se lhes tenha negado o acesso aos recursos internos<sup>636</sup>.

Em *terceiro lugar*, a Comissão Interamericana solicita informações adicionais tanto aos reclamantes, como aos governos reclamados.

Quando a Comissão decide aprovar o caso, este será submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesta etapa processual, o Estado acusado ainda poderá exercer seu direito de defesa apresentando contestação à demanda quando poderá solicitar algumas exceções preliminares seja para objetar a competência da Corte, a improcedência da demanda<sup>637</sup> ou mesmo falta de esgotamento dos recursos internos.

A Corte tem afirmado que "a exceção de não esgotamento dos recursos internos, deve opor-se nas primeiras etapas do procedimento, a falta deste poderá presumir-se como renúncia tácita<sup>638</sup>". Quando resulte competente a Corte Interamericana para conhecer sobre esta exceção preliminar, a Corte deverá esclarecer quais recursos foram esgotados pela vítima e quais recursos o Estado alega que não foram esgotados. Em palavras mais concretas, a exceção de não esgotamento dos recursos internos pode ser invocada em dois momentos processuais: quando se opõe previamente perante a Comissão ou quando se invoca diretamente perante a Corte.

---

<sup>635</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984, p. 234-235.

<sup>636</sup> **Caso Romero Díaz e outros.** Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 03 de outubro de 2000. Neste caso, a Comissão Interamericana acolheu a exceção de falta de esgotamento dos recursos internos apresentada pelo Estado.

<sup>637</sup> "Notificada a demanda à suposta vítima, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados, estes disporão de um prazo improrrogável de 2 meses para apresentar autonomamente à Corte suas petições, argumentos e provas". Artigo 36. Regulamento da C.I.D.H. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/Regulamento.pdf>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>638</sup> **Caso Neira Alegria e outros.** C.I.D.H. Sentença de 11 de dezembro de 1991. Série C. Nº 13, 1991, parágrafo 13. **Caso Ximenes Lopes** Exceção preliminar. C.I.D.H. Sentença de 04 de julho de 2004. Série C. Nº 129, 2006, parágrafo 5.

A C.I.D.H., em uma visão muito ampla, argumentou que o pronunciamento sobre esta exceção preliminar é um labor próprio de sua competência contenciosa justamente por tratar-se de uma questão relativa à interpretação ou aplicação da Convenção. A Corte argumenta estar habilitada para sentenciar livremente sem estar vinculada com o que tenha estipulado a Comissão<sup>639</sup>. O juiz Caçado Trindade manifestou seu desacordo com este argumento, já que "a exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos é de pura admissibilidade e, como tal, (...) deve ser resolvida pela Comissão Interamericana<sup>640</sup>". "A Corte não é, a meu modo de ver, um Tribunal de recursos ou apelações de decisões de admissibilidade da Comissão<sup>641</sup>".

Por outro lado, a teor do artigo 46.1, inciso a) da CADH e em conformidade com os princípios gerais do Direito Internacional, quando um Estado alega a exceção de não esgotamento dos recursos internos corresponderá a este comprovar que dentro de seu sistema existiam recursos cujo exercício não tenham sido esgotados<sup>642</sup>. Quando o Estado-Parte demonstra a disponibilidade dos recursos internos para o exercício de um direito protegido pela CADH, a carga probatória se transfere ao reclamante (art. 46.2 CADH).

Em outro sentido, no caso *Loayza Tamayo*, a C.I.D.H. rejeitou a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos afirmando que no procedimento perante a Comissão Interamericana apenas havia sido feita menção ao desenvolvimento dos recursos internos pendentes sem alegação específica na exceção preliminar por falta de esgotamento interno<sup>643</sup>. Então, pode afirmar-se que para reconhecer esta como exceção preliminar se requereria, também, que o Estado tenha manifestado específica e previamente perante a Comissão Interamericana sua objeção ao não cumprimento do artigo 46.1 da CADH<sup>644</sup>.

Noutro sentido, mostra-se enriquecedor trazer neste ponto o caso *Viviana Gallardo e outras*. Neste, antes de se levar o assunto perante a Comissão Interamericana, o governo questionado (Costa Rica) dirigiu sua petição perante a Corte Interamericana para determinar

<sup>639</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 39.

<sup>640</sup> **Caso Castillo Páez**. C.I.D.H. Sentença de 30 de janeiro de 1996. Série C. Nº 24. Voto arrazoado do Juiz Antônio Augusto Caçado Trindade, parágrafo 2.

<sup>641</sup> *Idem*, p. parágrafo 9.

<sup>642</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 88; e **caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 90.

<sup>643</sup> **Caso Loayza Tamayo**. C.I.D.H. Sentença de 31 de Janeiro de 1996. Série C. Nº 25, 1996, parágrafo 38.a.

<sup>644</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 42.

se houve atos que violassem a CADH. Para efeito deste caso, Costa Rica renunciou formalmente ao procedimento perante a Comissão, assim como ao requisito de esgotamento dos recursos na sua jurisdição interna. Na decisão sobre este caso, a C.I.D.H, destacou que o procedimento perante a Comissão Interamericana não era em princípio renunciável, já que os interesses em jogo não eram somente do governo da Costa Rica.

A Corte também aproveitou para lembrar que, segundo a jurisprudência internacional, o requisito de esgotamento dos recursos internos é renunciável ainda que tacitamente. Porém, a Comissão é o órgão que deve determinar primeiramente sobre estes requisitos de admissibilidade. Assim, a Corte não aceitou a renúncia ao trâmite perante a Comissão e reenviou o caso novamente à Comissão<sup>645</sup>. Ao final, a Corte evitou ter que pronunciar-se especificamente sobre a renúncia do governo da Costa Rica aos seus procedimentos internos. Em voto dissidente, o então juiz da C.I.D.H. Rodolfo Piza Escalante, estabeleceu que a medida preliminar do esgotamento de recursos internos "é renunciável (...) e uma tvez produzida a renúncia é irrevogável<sup>646</sup>".

Este critério de possível renúncia à exceção preliminar terá como primeira consequência que o caso poderá ser conhecido de modo imediato pelas instâncias internacionais e, como segunda consequência, que o Estado que renunciou ao seu direito não poderá alegar, mais adiante, o auxílio dos meios de proteção internacional<sup>647</sup>. Resumindo o caso anterior, podem destacar-se dois princípios para a correta aplicação desta exceção preliminar. Por primeiro, que se trata de uma regra cuja invocação pode ser renunciada de forma expressa ou tácita pelo Estado que tem direito a invocá-la; em segundo lugar, que a exceção de não esgotamento dos recursos internos, para ser oportuna, deverá ser alegada nas primeiras etapas do procedimento e, à falta da mesma, pode presumir-se como renúncia tácita por parte do Estado interessado.

A C.I.D.H. teve a oportunidade de abordar as questões da renúncia tácita no caso *Gangaram Panday*. Ao examinar a objeção de não esgotamento dos recursos internos, a Corte observou que o Governo não fez valer perante a Comissão tal objeção, o que equivaleria a

---

<sup>645</sup> A Comissão, pela resolução N° 13/83, declarou a petição inadmissível arquivando-se o caso.

<sup>646</sup> *Caso Viviana Gallardo e outras*. C.I.D.H. *Op. cit.* Voto vencido do Juiz Rodolfo Piza Escalante, parágrafo 37.

<sup>647</sup> *Idem*, p. parágrafo 38.

uma renúncia tácita da mesma, além do governo tampouco ter assinalado, em seu devido tempo, os recursos internos a serem esgotados<sup>648</sup>.

De fato, considera Cançado Trindade, em voto arrazoadado, que constitui um requisito de sentido comum da administração correta da justiça e da estabilidade jurídica, que uma objeção à admissibilidade baseada no não esgotamento dos recursos internos seja apresentada somente na medida que permitam as circunstâncias do caso. Se tal objeção que beneficia primeiramente ao Estado demandado, não se apresenta no momento oportuno, presume-se que o Governo demandado renunciou, ainda que tacitamente, a tal objeção.

Se tal renúncia ocorreu no procedimento perante a Comissão (...) não se pode conceber que o Governo demandado possa livremente retirar essa renúncia no procedimento subsequente perante a Corte<sup>649</sup>.

Em outra situação, como nos desaparecimentos forçados, o fato de ter ser impetrado um *habeas corpus* ou um mandado de segurança sem sucesso resulta suficiente para se entender como esgotados os recursos da jurisdição interna caso a pessoa desaparecida siga nesta situação. Nestes casos, a regra de esgotamento dos recursos internos não deve ser entendida como "a necessidade de efetuar, mecanicamente, trâmites formais"<sup>650</sup>.

#### 2.2.4 Exceções ao esgotamento dos recursos internos

O artigo 46.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece 3 hipóteses nas quais não se aplica a regra do esgotamento dos recursos internos: a) a não existência na legislação interna do Estado do devido processo para a proteção dos direitos ou direitos que se alegam que tenham sido violados, b) que não se tenha permitido a suposta vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna ou tenha sido impedida de esgotá-las e c) que tenha atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> **Caso Gangaram Panday**. C.I.D.H. Sentença de 04 de dezembro de 1991, Série C. Nº16, 1991, parágrafo 39.

<sup>649</sup> **Caso Loayza Tamayo**. C.I.D.H. *Op.cit.*. Voto arrazoadado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 3º.

<sup>650</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 36.

<sup>651</sup> Artigo 46.2. CADH. *Op. cit.*.

### a) Não existência de recursos adequados

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, um Estado Parte deve garantir que, no âmbito interno, diversos recursos sirvam para proteger o direito em debate. Em todos os ordenamentos internos existem múltiplos recursos, mas não todos os recursos que possui um país são utilizáveis em todos os casos e circunstâncias. Se, em um caso específico, o recurso não é adequado, resulta claro que não é preciso esgotá-lo<sup>652</sup>.

O mero fato de que um recurso interno não produza um resultado favorável para o reclamante não implica a inexistência ou esgotamento de todos os recursos internos eficazes, pois poderá ocorrer, por exemplo, que o reclamante não tenha recorrido oportunamente ao procedimento apropriado<sup>653</sup>.

### b) Impedimento de acesso à justiça interna

A violação aos direitos humanos com possibilidade de ser responsável o próprio Estado torna mais vulnerável a situação, já que ao serem os próprios agentes as pessoas que cometeram o ilícito, poderá ocorrer facilmente o desaparecimento de provas, os processos podem ser viciados ou mesmo as próprias vítimas ou familiares podem ser ameaçados pelo próprio Estado especialmente quando se trata de governos militares. Por isto é que o acesso aos recursos internos relaciona-se com três circunstâncias, a saber: a) quando ao peticionário não se lhe tenha permitido interpor os recursos existentes no Estado; b) quando estas demandas tenham sido sentenciadas sem consideração às provas, nem aos argumentos do demandante; c) quando existe uma prática comprovada dentro do Estado que impeça que um determinado recurso seja utilizado pela vítima<sup>654</sup>.

A primeira circunstância, sobre o impedimento de acesso aos recursos propriamente ditos, exemplifica-se no caso *Loayza Tamayo* contra Peru. Neste caso, a vítima foi privada de sua liberdade por tropas do exército do Peru sem direito à vítima, nem a representação legal, nem visitas, nem a um recurso de *Habeas Corpus*<sup>655</sup>. A Corte nesta ocasião assinalou que

<sup>652</sup> *Caso Velásquez Rodríguez*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 42.

<sup>653</sup> *Caso Velásquez Rodríguez*. C.I.D.H. *Op. cit.*, 42.

<sup>654</sup> Seguindo o critério de JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 40.

<sup>655</sup> Os acontecimentos ocorridos neste caso serão devidamente explicados no próximo capítulo.

a regra de esgotamento dos recursos internos pressupõe que um Estado não só está obrigado a oferecer recursos judiciais efetivos senão também a garantir que estes possam enriquecer-se com respeito às normas do devido processo. Isto é assim, pois a efetividade dos recursos depende em grande medida de que em sua tramitação se respeitem as devidas garantias<sup>656</sup>.

Em outro sentido, a Opinião Consultiva 11/90, de 1990, traz à discussão um tema muito interessante, questionando se na falta de obtenção de representação legal, por qualquer motivo, v.g., temor generalizado dos advogados públicos de ir contra o Estado, poderia ser alegada como exceção para o esgotamento de recursos internos<sup>657</sup>. Em resposta, a Corte lembrou o artigo 8º sobre as garantias judiciais da CADH, segundo o qual:

Toda pessoa tem direito a ser escutada, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei. (...) <sup>658</sup>.

Também lembra que dentro da proteção dos direitos garantidos pela Convenção encontra-se o dever de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público para garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos<sup>659</sup>. Este dever de organizar o aparato governamental está relacionado com a assistência legal. Por consequência, determina-se na Opinião Consultiva que nestes casos é procedente a exceção de esgotamento dos recursos internos<sup>660</sup>.

Nesta opinião consultiva também se fez referência aos casos nos quais a suposta vítima não poderia conseguir representação legal por estar em estado de indigência. A Corte assinalou que o fato de encontrar-se em um estado de indigência não constituiria uma exceção à regra do esgotamento dos recursos internos em face do estabelecido no artigo 46.1 da CADH. Porém, nestes casos requeria-se que a suposta vítima estabeleça o nexo causal entre o estado de indigência e a impossibilidade de obter assistência legal para acessar à administração de justiça, pois confirmado este nexo causal, a pessoa indigente se encontraria em condições de desigualdade perante a lei<sup>661</sup> permitindo a Corte agir em favor da suposta vítima.

<sup>656</sup> **Caso Loayza Tamayo**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 85.

<sup>657</sup> **Opinião Consultiva 11/90**. *Op. cit.* parágrafo 17 e ss..

<sup>658</sup> Artigo 8. CADH. *Op. cit.*

<sup>659</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 166 e **caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C. N°5, 1989, parágrafo 175.

<sup>660</sup> **Opinião Consultiva 11/90**, parágrafo 40.

<sup>661</sup> *Idem*, p. parágrafo 26.

Por conseguinte, a C.I.D.H considerou que se deve entender que o artigo 8º da Convenção exige a assistência legal somente quando esta seja necessária para que se possa falar em de devidas garantias e que o Estado que não proveja assistência gratuita quando se trata de um indigente, não poderá argüir a exceção preliminar de não esgotamento de recursos internos<sup>662</sup>.

Desta opinião consultiva se extraem duas grandes contribuições que refletem a flexibilidade da C.I.D.H.. Se, por razões de indigência ou por temor generalizado dos advogados em representar legalmente a suposta vítima, não se poderá exigir o prévio esgotamento dos recursos internos<sup>663</sup>.

### **c) Atraso injustificado da justiça interna**

A regra do prévio esgotamento de recursos internos de modo algum deve conduzir a pensar-se que um processo possa perdurar indefinidamente para que se possa chegar ao amparo internacional em auxílio da vítima indefesa. Geralmente, todo procedimento tem assinalado um prazo razoável dentro do qual se deve atender ao pedido das partes. Porém, existem algumas circunstâncias que possibilitam o descumprimento de tais prazos, *verbi gratia*, a falta de elementos probatórios que permitam culpar os supostos responsáveis dos fatos.

Tanto a Corte Européia, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm definido o conceito de prazo razoável como limite para determinar a partir de quando se poderia considerar uma violação ao direito a uma justiça rápida e eficaz em conformidade com os artigos 8º, 7.4, 7.5 e 7.6 da Convenção Americana.

Nos casos *Velásquez Rodríguez*<sup>664</sup> e *Godínez Cruz*<sup>665</sup>, ambos contra o governo de Honduras, a Comissão Interamericana argumentou que havia sido esgotada a probabilidade razoável de obter-se alguma solução no ordenamento interno. Em outras palavras, pela falta de efetividade do Poder Judiciário tornava-se desnecessário insistir na regra do esgotamento

---

<sup>662</sup> **Opinião Consultiva 11/90**, parágrafo 20.

<sup>663</sup> *Idem*, p. parágrafo 42.

<sup>664</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**, C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 61 e ss..

<sup>665</sup> **Caso Godínez Cruz**, C.I.D.H., *Op. cit.*, parágrafo 59 e ss..

dos recursos. Em 1989 (tomando em consideração ambos casos), a C.I.D.H. destacou, pela primeira vez, a possibilidade de renúncia expressa ou tácita da regra de esgotamento pelo atraso injustificado da justiça interna; contudo, segundo o estudado, esta deve ser invocada nas primeiras etapas de processo.

Conforme a jurisprudência da C.I.D.H., para determinar a razoabilidade de um prazo devem ser levados em consideração três elementos:

Complexidade do caso: esta está ligada às circunstâncias que dificultam a tarefa de investigação por parte das autoridades e, por conseqüência, o desenvolvimento do mesmo. A C.I.D.H. já tem estabelecido casos em que as investigações judiciais foram extensas demais justificando que o processo tenha uma duração excessiva<sup>666</sup>.

Para que este atraso injustificado não seja utilizado em detrimento do Estado responsável, é necessário que não seja atribuível aos funcionários do aparato estatal, nem por negligência na procura de provas, nem por negligência na tramitação de diligências<sup>667</sup>.

Atividade processual do interessado: Apesar da suposta vítima sempre ter o direito de acessar aos recursos internos, também tem o dever de fazer bom uso dos mecanismos que o Estado coloca a sua disposição<sup>668</sup>.

Se a vítima não sabe utilizar os meios internos, poderia desembocar em atrasos desnecessários que afetariam seus próprios interesses, assim como terceiros que necessitam de uma justiça rápida. A respeito disto, a C.I.D.H. manifestou que

segundo a prática internacional quando uma parte em um litígio adota uma atitude determinada que redunde em benefício próprio ou em detrimento da parte contrária, não pode logo, em virtude do princípio de *estoppel*<sup>669</sup>, assumir outra conduta que seja contraditória com a primeira. Para a segunda atitude, rege a regra de *non concedit venire contra factum proprium*<sup>670</sup>.

<sup>666</sup> Ver caso *Genie Lacayo*. C.I.D.H. Sentença de 29 de janeiro de 1997, Série C. Nº30, parágrafo 78 e ss.

<sup>667</sup> JIMÉNEZ PAVA, Ana María. *Op.cit.* 2003, p. 48.

<sup>668</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>669</sup> Sobre o tema do princípio de *estoppel* ver GIACOMUZZI, José Guilherme. Nunca Confie Num Burocrata. *In* Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. Org. Humberto Ávila. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 378 a 431.

<sup>670</sup> *Caso Neira Alegria*. C.I.D.H. Sentença de 11 de dezembro de 1991. Série C. Nº13, parágrafo 29.

- Conduta das autoridades judiciais: este elemento implica realizar a avaliação da conduta das mesmas para determinar se houve culpa, dolo ou negligência na tramitação das investigações ou dos processos.<sup>671</sup>

O argumento de defesa mais comum utilizado pelos Estados para justificar o atraso na justiça interna é a grande quantidade de processos que tramitam no aparato Estatal, assim como a escassez de verba para manter um pessoal capacitado<sup>672</sup>. A Corte tem sido enfática ao ressaltar que tais argumentos não eximem o Estado de cumprir com seu dever de distribuir justiça rápida<sup>673</sup>.

Por outro lado, o acúmulo de casos envolvendo uma mesma circunstância poderá impossibilitar o devido acesso à justiça interna, por exemplo, no Estado de Honduras, onde ocorreram numerosos casos de desaparecimentos forçados entre os anos 1981 e 1984 acumulando muitos familiares na procura de pessoas. A Corte, então, considerou que tantos desaparecimentos impossibilitavam o esgotamento de recursos interno, pois resultavam claro os abusos que as autoridades deste país estavam tendo contra a população<sup>674</sup>. Para todos os possíveis casos de atraso injustificado, a Corte recorda o artigo 1.1 da Convenção que obriga os Estados Parte garantir os direitos consagrados neste instrumento internacional através de suas instituições internas.

### **2.3 ATENUANTES E A EXCLUSÃO DA ILICITUDE APLICADA ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS**

Provisoriamente, pode-se afirmar que a antijuricidade corresponde a todo ato contrário ao Direito. Desta maneira, o fato potencialmente gerador de responsabilidade internacional do Estado deve ser antijurídico<sup>675</sup>. No entanto, esta afirmação não enriquece muito o presente estudo, posto que no mundo do Direito Internacional o que é antijurídico não

<sup>671</sup> **Caso Neira Alegria**. C.I.D.H. Sentença de 11 de dezembro de 1991. Série C. Nº13, parágrafo 50.

<sup>672</sup> **Caso Genie Lacayo**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 39 inciso c.

<sup>673</sup> *Idem*, p. parágrafo 40.

<sup>674</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 43.

<sup>675</sup> Afirmação extraída da doutrina que será mencionada no decorrer desta seção.

é tão simples de ser reconhecido, nem existem normas tão evoluídas que configurem todos os tipos de antijuricidade que possam surgir em uma sociedade globalizada como a atual.

Enfocando-se apenas na evolução do conceito responsabilidade estatal, a sua consolidação precisa a não existência de causas de justificação (atenuantes). Destaca-se que as causas geradoras dos danos podem não ser antijurídicas e, ainda assim, os danos podem ser antijurídicos, o que, ao final de contas, é o que interessa.

Para García de Enterría e Fernández, o caso fortuito e a força maior devem ser estudados como parte do problema da imputação, enquanto o fato de terceiro e a culpa da vítima devem ser analisados sob o marco da relação de causalidade<sup>676</sup>. Estes autores não vêem as excludentes de ilicitude como figuras jurídicas encaixadas no mesmo tipo. Vedel, por sua parte, enumera todas as excludentes da ilicitude como um problema de causalidade<sup>677</sup>. Jiménez de Arechaga, em posição mais aproximada à da C.D.I., refere a estas como causas de justificação<sup>678</sup>.

Desde 1978, a C.D.I. vem tentando esclarecer as divergências surgidas entre os autores afirmando: "a maioria dos autores continuam enumerando à força maior entre as circunstâncias que excluem a possibilidade de qualificar-se como ilícito um ato ou omissão que leva o descumprimento de uma obrigação<sup>679</sup>". Agrega-se que ao considerar a força maior uma circunstância que exclui a ilicitude, ela teria o efeito de evitar que uma conduta determinada seja qualificada como um ato internacionalmente ilícito<sup>680</sup>.

Em seu relatório à C.D.I., Roberto Ago assinala que

---

<sup>676</sup> Para estes autores, as causas de exclusão de ilicitude (diferente à posição optada neste trabalho) são quatro: caso fortuito, força maior, culpa da vítima, e imputação a terceiro. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Op.cit.*, 1978 p. 351 a 361. Antes do projeto da C.D.I., existiam mais disparidades sobre as causas da ilicitude.

<sup>677</sup> VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Trad. de la 6a ed. Francesa por la editorial. Madrid: Aguilar, 1980, p. 322 a 326.

<sup>678</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **El derecho internacional contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 1980. p. 513 e ss.

<sup>679</sup> SECRETARIA DA COMISSÃO INTERNACIONAL DA ONU. *La fuerza mayor y el caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina*. In: Anuário da Comissão de Direitos Internacional. Vol. II, 1978, p. 72.

<sup>680</sup> Esta foi uma novidade importante que não se considerava nas excludentes de ilicitude do Direito Internacional clássica. *Ibidem*.

o verdadeiro efeito da existência destas circunstâncias não consiste em excluir a responsabilidade que se deriva de um fato ilícito em si, mas em impedir que se qualifique de ilícito o comportamento do Estado (...)<sup>681</sup>.

Celso A. Mello incrementa a posição de Roberto Ago, explicando que, no continente americano nos países que conhecem a Cláusula Calvo ao admitir a renúncia à proteção diplomática, fazem com que a ilicitude do ato permaneça simplesmente se excluí sua responsabilidade<sup>682</sup>. Independentemente da postura que se adote, a importância destas excludentes é tornar temporariamente sem efeito a obrigação internacional<sup>683</sup>.

Segundo o artigo 26 de Projeto, a exclusão da ilicitude não tem lugar caso a obrigação em causa derive de uma norma imperativa de Direito Internacional Comum<sup>684</sup>. De outro lado, o artigo 27 nos indica expressamente as conseqüências da invocação de uma circunstância que exclui a ilicitude, transcrevendo:

A invocação de uma circunstância que exclui a ilicitude em virtude do presente capítulo entender-se-á sem prejuízo de: (a) O cumprimento da obrigação de que se trate, no caso e na medida em que a circunstância que exclui a ilicitude tenha deixado de existir. (b) A questão da indenização de qualquer perda efetiva causada por o fato em questão<sup>685</sup>.

Em suma, as causas de justificação não são outra coisa que aqueles atos realizados conforme o direito, já que seu possível aspecto de ilicitude se vê "justificado". A exclusão da ilicitude não prejudicará nenhuma questão que possa surgir com relação aos danos causados<sup>686</sup>. Em outras palavras, determinadas situações e violações de uma obrigação internacional atribuível a um Estado podem não gerar a Responsabilidade Internacional<sup>687</sup>. Esta premissa foi introduzida no projeto da Comissão de Direito Internacional, capítulo V, estabelecendo 6 (seis) possíveis eventos que retirariam o caráter ilícito do descumprimento de

<sup>681</sup> AGO, Roberto. Anuário da Comissão de Direito Internacional, v.2, 1979, p. 127.

<sup>682</sup> *Ibidem*.

<sup>683</sup> *Ibidem*.

<sup>684</sup> "Nenhuma disposição do presente capítulo excluirá a ilicitude de qualquer fato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação que emana de uma norma imperativa de direito internacional geral". C.D.I. Projeto...*Op.cit.*.

<sup>685</sup> Comissão de Direito Internacional, artigo 27: conseqüências da invocação de uma circunstância que exclui ilicitude. C.D.I. Projeto...*Op.cit.*.

<sup>686</sup> COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Anuário. Vol. II. 2da. Parte, 1980, p. 59-60.

<sup>687</sup> Sobre o tema ver, entre outros JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.*, 1992. p. 514 ss. GARCIA DE ENTERRIA, E. FERNANDEZ, T.J. *Op.cit.*, p. 350 e ss. CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.217 e ss.

determinada obrigação, a saber: consentimento, legítima defesa, contramedidas, força maior, perigo extremo e estado de necessidade<sup>688</sup>.

### 2.3.1 Consentimento

O consentimento ocorre nos casos em que um Estado aceita a realização de um ato que seria ilícito em circunstâncias normais. A respeito, o Projeto diz:

O consentimento válido de um Estado à realização por outro Estado de um fato determinado exclui a ilicitude de tal fato em relação com o primeiro Estado, na medida em que o fato permanece dentro dos limites de tal consentimento<sup>689</sup>.

Objeto de questionamento são os casos em que há coerção por parte do Estado que requer o consentimento ou ameaças de invasão ou mesmo intimações sobre futuras represálias econômicas. Nestes casos, invalida-se o ato por vício de consentimento, considerado princípio geral de direito (sem o qual a liberdade das pessoas ficaria reduzida à mera ficção). É por isto que a expressão *consentimento válido* do artigo 20 faz referência à impossibilidade de conter o consentimento vícios de erro, dolo, coação ou corrupção exigindo-se que seja livre e atribuível ao Estado<sup>690</sup>.

Como exemplo, cita-se o *Tribunal de Nuremberg*<sup>691</sup> que, ao apreciar o crime de agressão cometido contra a Áustria pela Alemanha Nazista, desconsiderou o consentimento dado pelo Estado austríaco afirmando que o consentimento fora obtido pela coerção e, assim, não justificava a anexação.

Além disso, este consentimento não tem aplicação quando o fato autorizado corresponde à inobservância de uma norma de *jus cogens*<sup>692</sup>, porquanto o *jus cogens* contempla as normas imperativas. As normas imperativas, segundo a Convenção de Viena,

---

<sup>688</sup> Ver Artigos do 20 ao 25. C.D.I. Projeto...*Op.cit.*

<sup>689</sup> Artigo 20: Consentimento. C.D.I. Projeto...*Op.cit.*

<sup>690</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 168.

<sup>691</sup> BRITO GONÇALVES, Joannisval. *Op. cit.* 2004, p. 7.

<sup>692</sup> C.D.I. Anuário. Vol. II. 1979. *Op.cit.*, p. 137.

são normas aceitas e reconhecidas pela Comunidade Internacional dos Estados em seu conjunto como normas que não admitem acordo em contrário e que só podem ser modificadas por uma norma ulterior de Direito Internacional Geral que tenha o mesmo caráter<sup>693</sup>.

Com base neste mesmo artigo 53 da Convenção de Viena é que se afirma que o consentimento deva acontecer antes do ato danoso, pois quando o consentimento é ulterior subsistem os elementos que dão amparo à reparação<sup>694</sup>.

O exemplo mais palpável de consentimento resulta da autorização do ingresso de tropas em outro Estado com a idéia de cooperar com o Estado solicitante, v.g., Decreto Nº 02-2006, da Nicarágua, autorizando o ingresso das tropas dos Estados Unidos Mexicanos<sup>695</sup>. Igualmente podemos citar o Decreto, também nicaragüense, Nº 94-2005, denominado *Autorización del Ingreso de Tropas del Ejército de Guatemala*, em cujo artigo 1º estipula-se

Autorizar o ingresso ao território nacional e permanência no mesmo no período compreendido do 10 ao 20 de dezembro de 2005, de três contingentes da Unidade Humanitária de Resgate da Conferência de Forças Armadas *centroamericanas* (...) sem aportar armas e unicamente equipados com seus meios de procura, salvamento e resgate perante desastres naturais (...) <sup>696</sup>.

Na prática, a Comunidade Internacional demonstra a situação de vulnerabilidade quando o consentimento violava os direitos de outros Estados. Nesta situação, citam-se, entre outros, os casos da entrada das tropas soviéticas na Hungria, em 1956, na Checoslováquia, em 1968 e no Afeganistão, em 194, assim com a entrada de tropas estadunidenses em Granada, em 1984, e no Líbano, em 1958. Várias delas ainda hoje impunes no ordenamento internacional confirmando que nem sempre se conta com a colaboração dos próprios estados afetados.

Entretanto, surge outro questionamento sobre os atos de terror praticados em um Estado com o apoio ou financiamento (um óbvio consentimento) por parte de outro Estado. Ao financiar um movimento terrorista alienígena, um Estado poderia ver reconhecido o seu

<sup>693</sup> Artigo 53: Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Convenção sobre Direitos dos Tratados. *Op.cit.*

<sup>694</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000, p. 353.

<sup>695</sup> NICARAGUA. *Autorización de Ingreso de Tropas Mexicanas*. Decreto Nº 02-2006. Aprovado o dia 16 de Janeiro de 2006.

<sup>696</sup> NICARAGUA. *Autorización de Ingreso de Tropas del Ejército de Guatemala*. Decreto Nº 94-2005. Aprovado em 28 de novembro de 2005.

consentimento e, portanto, excluída a ilicitude de sua atuação? Aqui, poderemos nos defrontar com várias hipóteses. Em primeiro lugar, o Estado que acolhe os rebeldes (no caso de pertencer a um Sistema Internacional de Direitos) estaria sujeito à Responsabilidade Internacional por violação aos direitos humanos (conforme visto no capítulo anterior). Em segundo lugar, com o grupo dos rebeldes teríamos 2 (duas) possibilidades: (a) atuando em nome e por conta própria, serão julgados segundo o ordenamento interno correspondente; (b) atuando em nome e por conta do Estado, este responderá perante a Comunidade Internacional. Em todo caso, o Estado ainda que esteja consentindo na atuação, caracteriza um atuar ilícito, aliás, muito diferente de um consentimento jurídico causal de ilicitude aqui estudado, posto que a própria atuação estaria em conflito com as normas do *jus cogens* e ulteriores ao ato danificador.

Em uma situação semelhante, e tendo como base a situação vivida após os ataques terroristas do 11 de Setembro, poderiam ser atribuídas, no caso, aos Estados Unidos, as violações cometidas ao Direito Internacional pelos terroristas? Seguindo as fórmulas que se vêm estudando, é evidente que não. Todavia os Estados Unidos poderiam alegar legítima defesa e atacar o Iraque? Esta é uma situação extremamente controversa e que se tentará responder no capítulo relativo à legítima defesa.

Especificamente nos direitos humanos, os próprios tratados de Direito Internacional estipulam que nenhum Estado poderá exonerar-se ou exonerar outro Estado das responsabilidades em que tenha incorrido por infração grave<sup>697</sup>. A própria C.D.I. tem afirmado que a proteção internacional dos direitos humanos é considerada como integrante do rol de normas imperativas de Direito Internacional e, por consequência, inadmissível o consentimento como excludente da ilicitude<sup>698</sup>.

### 2.3.2 Contramedidas derivadas de atos ilícitos

As contramedidas são reações não amistosas contra uma atitude ilícita praticada por um Estado ou por uma organização internacional, após uma solução pacífica frustrada entre

---

<sup>697</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.222.

<sup>698</sup> C.D.I. Anuário. Vol. II, 1979. *Op.cit.*, p. 114.

ambos<sup>699</sup>. Em outras palavras, as contramedidas constituem reações unilaterais dos Estados perante atos ilícitos que os afetam, aplicando o Estado lesado atos também ilícitos ao Estado agressor com a finalidade de induzi-lo ou comprometê-lo a restabelecer o império do direito<sup>700</sup>.

Tradicionalmente, faz-se confusão entre os termos retorsão e contramedida. A retorsão e a represália são duas espécies de contramedidas em sentido amplo; porém, em sentido estrito, a retorsão como sanção unilateral, neste capítulo, não poderia ser incluída.

Na tentativa de esclarecer a diferença de conceitos, alude-se a uma efêmera definição de ambos. A *retorsão* é uma medida lícita de autoproteção adotada contra os ilícitos de um Estado, *v.g.*, a declaração por parte de um Estado de pessoa *non grata* de um membro de missão diplomática de um Estado alienígena<sup>701</sup> que atua em seu território.

Por outro lado, a *represália* é a contra medida mais utilizada no Direito Internacional, consistindo em medidas de coerção derogatórias das regras comuns internacionais realizadas por um Estado após sofrer uma violação na sua esfera jurídica por parte de outro Estado. Isto leva a afirmar que, tanto a retorsão como as represálias, são medidas derogatórias do DIP. Contudo, a retorsão consiste na aplicação de um ato *lícito* contra o Estado agressor, enquanto a represália surge do cometimento de um ato *ilícito* contra o Estado, porém autorizado pela Comunidade Internacional<sup>702</sup>.

Assim, tecnicamente a retorsão não poderia figurar como sinônimo de contramedida e inclusive por não ser ilícita, não poderia estar entre as circunstâncias que excluem a ilicitude<sup>703</sup>. Para efeitos desta pesquisa e devido a C.D.I. não ter optado pela divisão das contramedidas entre represália e retorsão<sup>704</sup>, considera-se a represália como contramedida excludente da ilicitude, a ser vista nesta seção, e a retorsão, como simples sanção unilateral, será estudada no capítulo correspondente às sanções.

---

<sup>699</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 361.

<sup>700</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. Retorsión y Represalias por violación a los derechos humanos. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Liber: Persona Humana y Derecho Internacional**. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997, p.1767.

<sup>701</sup> O exemplo foi tomado do autor RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 368.

<sup>702</sup> As fontes bibliográficas que esclarecem estas diferenças serão vistas no decorrer desta seção.

<sup>703</sup> Para Celso Albuquerque Mello, as contramedidas e a retorsão, na prática, são bastante confundidas ficando, inclusive, difícil separá-las. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 169.

<sup>704</sup> C.D.I. Anuário, 1979. *Op.cit.*, p.109.

Restando claras, ao menos em teoria, as diferenças entre estes dois institutos, podemos afirmar que a contramedida é uma forma de execução forçada de uma obrigação de reparar. Roberto Ago tinha proposto para esta figura o termo "sanção"<sup>705</sup>, mas a C.D.I. preferiu reservar o termo contramedidas para os atos que forem aplicados pelos próprios Estados, preservando a palavra sanção para as medidas aplicadas por organizações internacionais; em concreto, as adotadas pelo C.S.N.U. no marco do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas<sup>706</sup>.

O Direito Internacional autoriza a represália como meio de sanção perante a violação de suas normas, devendo ser aplicada pelo Estado prejudicado. Um ato de represália que cause perdas ou danos a outros Estados constituirá um ato ilícito dando lugar à responsabilidade, mas, conforme o tema da discussão Nº 25 da Conferência de Codificação de 1930, o Estado não será responsável pelas perdas ou danos causados, desde que consiga demonstrar que atuou sob circunstâncias que justificassem o exercício da represália.

Em seu artigo, a C.D.I. decidiu posicionar as contramedidas como uma forma de coação perante ato internacionalmente ilícito, o que foi considerado um grande avanço pelo simples fato de ter sido incluído no projeto<sup>707</sup>. Este artigo dispõe:

A ilicitude de um fato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional sua em relação a outro Estado ficará excluída no caso e na medida em que esse fato constitua uma contramedida tomada contra esse outro Estado, de conformidade com o estipulado no capítulo II terceira parte<sup>708</sup>.

Deste artigo, depreende-se que o termo contramedida no projeto é utilizado para designar toda medida que perde seu caráter ilícito com o fundamento de surgir como reação ao ato ilícito anterior.

---

<sup>705</sup> AGO, Roberto. *Op.cit.* 1969. p. 39-46.

<sup>706</sup> O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas consiste em 7 artigos destinados à ação por parte do Conselho de Segurança em caso de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. ONU. Carta das Nações Unidas. *Op.cit.*

<sup>707</sup> Critério de Francisco Villagrán, membro da C.D.I na década dos 90's. VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997, p.1776.

<sup>708</sup> Artigo 22: Contramedidas em razão de um fato internacionalmente ilícito. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

Ainda neste projeto, a C.D.I. especificou que o Estado lesado poderia aplicar contramedidas dentro de certos limites, condições e restrições. De fato, o artigo 49, após longas discussões<sup>709</sup>, assim tratou do tema:

1. O Estado lesionado somente poderá tomar contramedidas contra Estado responsável do fato internacionalmente ilícito com o objeto de induzi-lo a cumprir às obrigações que lhe incumbem em virtude do disposto na segunda parte. 2. As contramedidas se limitarão ao descumprimento temporário de obrigações internacionais que o Estado que toma tais medidas tem com o Estado responsável. 3. No possível, as contramedidas serão tomadas em forma que permitam a renovação do cumprimento de ditas obrigações<sup>710</sup>.

Do teor deste dispositivo deduz-se que as represálias estão condicionadas pelo propósito de não reprimir, mas induzir o Estado relutante ao cumprimento com esses deveres internacionais.

Com opinião contundente, o juiz Cançado Trindade manifestou, em voto separado, não lhe parecer que o Projeto de Artigos adotado em 2001 tenha feito

justiça à concepção avançada de Roberto Ago, ou às preocupações de Arangio-Ruiz, por ter entrado em detalhes sobre as chamadas contramedidas, que refletem o mais primitivo do direito internacional (...), é um reflexo do mundo em que vivemos<sup>711</sup>.

Para o juiz, existem formas mais solidárias de combater os atos internacionalmente ilícitos. Critério muito respeitado neste trabalho, já que, na prática, as represálias podem durar muitos anos para gerar efeito, sendo os maiores prejudicados os nacionais do país, assim como pode provocar uma reação inversa (por parte do Estado agressor) a pretendida pela Comunidade Internacional, como no caso de Chile<sup>712</sup>.

De acordo com o Direito Internacional, o Estado lesado, antes de aplicar represálias, deve constatar a existência de certas circunstâncias, isto é, certos requisitos prévios, a saber: a existência de um ato ilícito, a proporcionalidade no exercício da controvérsia e o comprometimento da não realização de atos proibidos anteriormente pela lei<sup>713</sup>.

<sup>709</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997.p.1777.

<sup>710</sup> Artigo 49: Objeto e limites das contramedidas. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*.

<sup>711</sup> **Caso Juan Humberto Sánchez**. C.I.D.H. Sentença de 26 de novembro de 2003. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em julho de 2007. Voto reiterado no **Caso Maritza Urrutia**. C.I.D.H. Sentença de 27 de novembro de 2003.

<sup>712</sup> Analisado *supra*.

<sup>713</sup> Estes requisitos são extraídos da jurisprudência que ao longo de trabalho será citada.

### a) Requerimento prévio

Uma contramedida somente poderá ser aplicada na existência de um ilícito prévio, o qual poderá consistir em ações ou omissões que geraram violação ou descumprimento de uma obrigação internacional, seja de natureza convencional, consuetudinária ou mesmo compromissos assumidos pelo Estado – *jus cogens* – que lhe sejam atribuíveis.

No caso *Gabcikovo-Nagymaros*, apesar de ser um caso claro de invocação do estado de necessidade, a C.I.J. ajudou a confirmar a exigência de um ato ilícito prévio para a qualquer reação internacional afirmando que "em primeiro lugar o ato deve ser em resposta de um ato ilícito prévio por parte de outro Estado"<sup>714</sup>.

Como se trata de violação de normas convencionais, mostra-se prudente fixar se as normas são ou não auto-executáveis no ordenamento interno do Estado que está supostamente violando-as. Aliás, se o fato ilícito consiste ou não em uma falta de legislação prevista da norma convencional<sup>715</sup>. Aqui, retorna-se ao tema da soberania do Estado, porque um Estado poderia estar exercendo um ato conforme seu direito interno (lícito) contra outra Nação que pode recepcionar esta situação como um ato ilícito segundo sua esfera jurídica interna, v.g., a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o castigo corporal aplicado, inclusive a menores, violador dos direitos humanos<sup>716</sup>. Entretanto, alguns países da Ásia consideram certo e inclusive correto para correção do vandalismo<sup>717</sup>.

Lembremos que a Carta das Nações Unidas, através de resoluções e declarações da Assembléia Geral, mostra clara tendência em salva-guardar os Estados de medidas coercitivas para que outros Estados optem por normativas internas<sup>718</sup>. Na mesma linha no organismo regional americano, no artigo 19 da Carta da OEA estipula-se que:

<sup>714</sup> *Caso Gabcikovo-Nagymaros Project*: caso entre Hungria e Eslováquia. C.I.J. Este caso origina-se em 1977 quando tinham assinado um acordo as atuais Hungria e Eslováquia. Este último país, justamente ao ter passado por muitas modificações geográficas e adquirido a independência recentemente, entra em conflito sobre a forma do cumprimento do anterior tratado e o aproveitamento das construções já realizadas. *Reports*, 1997, parágrafo 51. Disponível em: <<http://www.un.org/>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>715</sup> **Opinião Consultiva Nº 14-94**. C.I.D.H. *Op.cit.*

<sup>716</sup> Ver entre outros *Caso Instituto de Reeducación del Menor*. C.I.D.H. Sentença de 02 de setembro de 2004.

<sup>717</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997, p. 1786.

<sup>718</sup> ONU. Resolução da Assembléia Geral 31-91 de 14 de dezembro de 1976, onde se estipula o Direito de todo Estado eleger seu próprio sistema econômico, cultural e social em conformidade com a vontade soberana de seu povo, livre de toda forma de intervenção ou ameaça do exterior. Também reafirmou o direito soberano e inalienável de todos os Estados e as organizações internacionais. Disponível em: < <http://www.un.org/>>. Acesso em julho de 2007.

Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem<sup>719</sup>.

Assim como o artigo 17 do mesmo corpo diz:

Cada Estado tem o direito de desenvolver, livre e espontaneamente, a sua vida cultural, política e econômica. No seu livre desenvolvimento, o Estado respeitará os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal<sup>720</sup>.

Este artigo 17 é mais amplo que o artigo 2º, inciso 4 da Carta da ONU<sup>721</sup> ao admitir a interpretação restritiva dos direitos humanos. Desta maneira, não poderiam ser aplicadas pressões econômicas ou políticas para se considerar lícito ou ilícito um determinado ato na esfera que interfere com os direitos da pessoa humana. O medular da temática radica em que, na história das relações internacionais, os Estados têm assumido individualmente determinadas posições, executando unilateralmente determinados atos e amparando-se na ausência de normas internacionais.

Assim, uma discussão internacional pode tomar força quando se afirma, em um caso concreto, que o efeito legal que produz uma conduta individual de um governo considera-se limitado no exercício de seu direito de fazer perante outros Estados<sup>722</sup>. Assim, a existência de procedimentos coletivos de verificação de violações é uma necessidade inquestionável<sup>723</sup> para evitar abusos na consideração de atos ilícitos quando na realidade não existem.

Por outro lado, as contramedidas estão limitadas temporalmente devendo ser finalizada sua aplicação quando cesse agressão e ocorra reparação do ato ilícito<sup>724</sup>. O fator temporal também pode ser afetado pela suspensão da contramedida caso o Estado que tenha cometido o ilícito, aceite e aplique, de boa fé, um procedimento de solução de controvérsia, suspendendo-se a represália. As represálias podem ser renovadas se o Estado agressor não cumprir o compromisso assumido<sup>725</sup>.

<sup>719</sup> Artigo 19 Carta da OEA. *Op. cit.*

<sup>720</sup> Artigo 17 Carta da OEA. *Op. cit.*

<sup>721</sup> *Supra* citado.

<sup>722</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. **Sanciones por violaciones de los Derechos Humanos**. In: XIX CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL. Washington: Secretaría General de Asuntos Jurídicos de la OEA, 1996.p.72.

<sup>723</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.360.

<sup>724</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 246.

<sup>725</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.*1996.p.1799.

## b) Proporcionalidade e equivalência

A C.D.I. prevê no artigo 51 do Projeto, dedicado à proporcionalidade, que "As contramedidas devem ser proporcionais ao prejuízo sofrido, tendo em consideração a gravidade do fato internacionalmente ilícito e os direitos em questão"<sup>726</sup>.

Com a finalidade de que não existisse nenhuma dúvida sobre a possibilidade de aplicação de contramedidas por parte de Estados que não tenham sofrido um dano material, mas sim, uma lesão aos seus direitos, a C.D.I. esclarece:

O requisito de que a contramedida seja também proporcional aos efeitos do fato ilícito sobre o Estado lesionado não deveria interpretar-se restritivamente para excluir a adoção de contramedidas contra o Estado que viole suas obrigações internacionais relacionadas com os direitos humanos de seus nacionais, baseando-se em que essa violação não comporta um dano material para o Estado lesionado. Tal interpretação poderia ter efeito negativo no desenvolvimento e observância da normativa sobre direitos humanos e não estaria em consonância com o amplo conceito de lesão adotado pela Comissão<sup>727</sup>.

Ao final do comentário anterior da Comissão agrega,

o Estado juridicamente lesionado, em comparação com o Estado materialmente lesionado, estaria mais limitado à hora de eleger o tipo e a intensidade das medidas que sejam proporcionais ao dano jurídico sofrido<sup>728</sup>.

Isto denota que a Comissão tem uma tendência a preocupar-se mais em prever a possibilidade de aplicação das contramedidas no alcance da noção do Estado lesado naqueles casos de violação das normas internacionais sobre direitos humanos. O julgamento do caso *Gabcikovo-Nagymaros* é um exemplo disto, pois a C.I.J. considerou que as medidas utilizadas pela antiga Checoslováquia eram ilegais por serem desproporcionais<sup>729</sup>.

Contudo, dimensionar qual seria uma reação proporcional e equivalente à gravidade da violação não é tarefa tão simples. Especialmente analisando-se a questão das violações aos

<sup>726</sup> Artigo 51: Proporcionalidade. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

<sup>727</sup> C.D.I. Trabalho realizado no 47º período de sessões A/50/10., p. 173-174.

<sup>728</sup> *Ibidem.*

<sup>729</sup> "In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question(...) Czechoslovakia failed to respect proportionality with is required by international law". **Caso Gabcikovo-Nagymaros**. C.I.J. *Op. cit.*, parágrafo 85.

direitos humanos, uma vez que não se trata de violações aos direitos de uma pessoa especificamente, mas geralmente de várias ou muitas delas. A natureza dos direitos violados e as diferentes situações das vítimas tornam complexo apreciar, "em correta perspectiva e simetria, a equivalência e a proporcionalidade"<sup>730</sup>.

Como aponta Francisco Villagrán, na "maioria dos casos de represálias se tem tratado de reações de países altamente desenvolvidos frente a outros em vias de desenvolvimento, inclusive, de 'quarto mundo'<sup>731</sup>". Além disto, existe tendência a exigir reparações, além dos limites que o Direito Interno do Estado estabelece em favor das vítimas.

Para destacar um exemplo prático de aplicação das represálias de caráter econômico desproporcionais, cita-se o caso entre países pertencentes a *Commonwealth* e a Nigéria: em 10 de novembro de 1995, Ken Saro-Wiwa, um escritor e defensor das minorias na Nigéria, foi executado junto com outros 8 (oito) simpatizantes do Governo militar do Estado africano, fato que esgotou a paciência dos países ocidentais. Desta forma, a *Commonwealth* decidiu pela suspensão da Nigéria como membro da Organização das Nações Unidas durante 2 (dois) anos, ameaçando-a com expulsão. Por outro lado, os Estados Unidos suspenderam as exportações de armas para este país, a Comissão Européia suspendeu a ajuda ao desenvolvimento deste país, e os Estados membros da União Européia impuseram um embargo de armas, decidindo, também, pela não concessão de vistos aos membros do Governo da Nigéria.

Porém, a principal entrada econômica da Nigéria era o petróleo de cuja extração participavam importantes empresas britânicas (como a *Shell*), francesas e italianas. Em face à possibilidade de imputação de um embargo de petróleo à Nigéria (proposto por Nelson Mandela), os Estados Unidos se opuseram de forma categórica considerando a já existência de embargos de petróleo contra Líbia, Iraque e Iran. Um quarto embargo provocaria uma forte elevação nos preços. Além disto, o Secretário das Nações Unidas opôs-se à medida tão drástica, porque aumentaria a instabilidade política do país<sup>732</sup>. Este caso reflete as possíveis conseqüências econômicas (que, ao final de contas, penalizam ainda mais a população) na aplicação de represálias entre países com economias tão variadas.

---

<sup>730</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997.p.1786.

<sup>731</sup> *Ibidem.*

<sup>732</sup> Sobre este caso ver NDISYE, Waly; COOMARASWAMY. **Informe sobre a situação dos direitos humanos em Nigéria**, 1997. E/CN.4/1997/62. Disponível em: < <http://www.un.org>>.

### c) Obrigações que não podem ser afetadas

A C.D.I. estabelece no seu artigo 50:

1. As contramedidas não afetarão: (a) A obrigação de abster-se de recorrer à ameaça ou ao uso da força, como está enunciada na Carta das Nações Unidas; (b) As obrigações estabelecidas para a proteção dos direitos humanos fundamentais; (c) as obrigações de caráter humanitário que proíbem as represálias (d) Outras obrigações que emanam de normas imperativas do direito internacional geral. 2. O Estado que tome contramedidas não ficará livre do cumprimento das obrigações que lhe incumbam: (a) Em virtude de qualquer procedimento de solução de controvérsia aplicável entre dito Estado e o Estado responsável (b) De respeitar a inviolabilidade dos agentes, locais, arquivos e documentos diplomáticos consulares<sup>733</sup>.

Neste artigo, são estabelecidas obrigações que derivam de normas imperativas do Direito Internacional ou normas *jus cogens*. O artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece "Tratado em conflito com uma norma imperativa de Direito Internacional geral *jus cogens*", definindo, especificamente, que "é nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (...) <sup>734</sup>". Para efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que só poderá ser modificada por uma norma ulterior de Direito Internacional geral que tenha o mesmo caráter.

**Proibição ao uso da força.** A proibição de emprego de contramedidas que exijam o uso da força é descrita na Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional referente às Relações de Amizade e à Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (artigo 4º, inciso 2). Com o passar do tempo, a proibição estabilizou-se como categoria geral do Direito Internacional sendo, inclusive, de caráter imperativo<sup>735</sup> em alguns procedimentos judiciais<sup>736</sup>.

**Proteção dos direitos humanos fundamentais.** No apartado *b* do parágrafo 1º do artigo 50, determina-se que as contramedidas não afetarão as obrigações estabelecidas para a

<sup>733</sup> Artigo 50: Obrigações que não podem ser afetadas pelas contramedidas. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*.

<sup>734</sup> Artigo 53. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. *Op. cit.*.

<sup>735</sup> O.N.U. Resolução 41/38 da Assembléia Geral de 20 de Novembro de 1986. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>736</sup> Ver caso *Corfu Channel*. C.I.J. *Op. cit.*, p. 4; caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*. C.I.J.*Op. cit.*, p.14.

proteção dos direitos humanos fundamentais. O Instituto de Direito Internacional, em sua resolução 1934, declarou que ao adotar contramedidas um Estado deve "abster-se de qualquer medida de rigor que seja contrária às leis da humanidade e às exigências da consciência pública"<sup>737</sup>.

A C.D.I. utilizou o termo direitos humanos fundamentais, que serve para designar um núcleo de direitos protegidos cuja enumeração depende da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>738</sup>. Depreende-se deste entendimento que as contramedidas são proibidas no caso de afetação aos direitos básicos, em consonância com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos que possuem previsão de um grupo de direitos humanos inderrogáveis.

A motivação desta proibição encontra seu fundamento nos efeitos *erga omnes* que possuem as regras que estipulam direitos fundamentais e, como afirma Francisco Villagrán, "é por isto que se reputam *fundamentais*"<sup>739</sup>.

Ainda assim, os países que favorecem a aplicação de represálias por violações aos direitos humanos verificam o alcance contido nos Acordos Internacionais para verificar se as contramedidas que acreditam poder aplicar são ou não compatíveis com tais acordos e, em caso positivo, aplicar medidas de retorsão<sup>740</sup> em substituição.

Um exemplo na América do Sul apresentou-se quando a ARGENTINA invadiu as Malvinas (com apoio da maioria da Comunidade Internacional), em 1982. Entretanto, as violações humanas, cometidas de 1976 a 1983 pelo invasor das Ilhas, não contaram com o mesmo apoio por parte do Ordenamento Internacional. O então Presidente Carter, dos Estados Unidos, proibiu a venda de material militar à Argentina, assim como determinou a redução da ajuda financeira que os Estados Unidos ofereciam para este país. Trata-se, assim, de repercussões econômicas por parte da comunidade Internacional (represálias) contra a

---

<sup>737</sup> INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. Anuário.vol. 38, 1934, p. 709.

<sup>738</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.376.

<sup>739</sup> Itálico nosso, original em negrito. VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.*1997.p.1791.

<sup>740</sup> *Ibidem.*, p. 1798.

Argentina em prol de uma considerável melhoria em defesa dos direitos humanos, após a aplicação destas represálias<sup>741</sup>.

***Proibições de Direito Humanitário.*** O item, *c* do parágrafo 1º do Artigo 50 faz referência às obrigações de caráter humanitário que proíbem represálias e que tem por modelo o parágrafo 5º do artigo 60 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual estabelece disposições pertinentes à suspensão ou resolução dos tratados que não são aplicáveis aos tratados de caráter humanitário<sup>742</sup>.

A proibição não rege unicamente para as pessoas protegidas de sofrer represálias previstas nas Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos<sup>743</sup>. Obriga-se, também, aos Estados não ratificantes, posto que, de acordo com a C.I.J., as disposições pertinentes destes tratados têm natureza de Direito Internacional Geral (Caso das Atividades Militares e Paramilitares em Nicarágua<sup>744</sup>).

No informe da Comissão, incluem-se as exceções de caráter humanitário que devam ser previstas caso sejam adotadas medidas de caráter econômico consistentes em permitir o abastecimento de alimentos e remédios, por parte da população do Estado que suportar as medidas de represálias.

---

<sup>741</sup> Exemplo extraído de FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 163

<sup>742</sup> "(...) 2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza: (...) 5. Os parágrafos 1º e 3º não se aplicam às disposições sobre proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem quaisquer formas de represálias contra pessoas protegidas pelos referidos tratados". Artigo 60: Extinção ou suspensão da execução de um tratado em consequência de sua violação. Convenção sobre Direito dos Tratados. *Op. cit.*

<sup>743</sup> As Convenções de Genebra são uma tentativa de normalizar o Direito Internacional Humanitário e protegem especialmente doentes e feridos de guerra. Especificamente na quarta Convenção de Genebra de 1949, foram aprovados pela Conferência Diplomática para Elaborar Convênios Internacionais para proteger às vítimas de guerra de 1949 quatro Convênios: I Convênio de Genebra para aliviar a sorte que correram os feridos e doentes das forças armadas em campanha; II Convênio de Genebra para Aliviar a sorte que correram os feridos, os doentes e os náufragos das forças armadas no mar; III Convênio de Genebra relativo ao tratamento devido aos prisioneiros de guerra; e IV Convênio de Genebra relativo à proteção devida às pessoas civis em tempo de guerra. Sobre estas Convenções ver: < <http://www.icrc.org> > Acesso em julho de 2007.

<sup>744</sup> ***Caso Atividades Militares e Paramilitares em e contra Nicarágua.*** C.I.J. *Op. cit.*, p. 3.

### 2.3.3 Legítima Defesa

A legítima defesa constitui a repulsa à "agressão ilegítima, atual ou iminente, pelo atacado ou terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade da defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la"<sup>745</sup>.

Sua história é feita com detalhes encontrando-se antecedentes em Roma, entre os bárbaros e no próprio Direito Canônico<sup>746</sup>. Porém aqui não importa sua evolução, mas sim sua devida utilização. Por sua história, o conceito é muito claro; aliás, a C.D.I. não tentou codificar ou disciplinar a compreensão da legítima defesa, simplesmente estipulando, em seu artigo 21, que: "A ilicitude do fato de um Estado fica excluída se esse fato constitui uma medida lícita de legítima defesa tomada de conformidade com a Carta das Nações Unidas".

Neste sentido, a Carta das Nações Unidas, em seu artigo 51, ainda afirma:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Do artigo anterior se extrai que a legítima defesa pode ser de caráter coletivo, ou seja, quando um Estado é atacado podem vir em seu auxílio um ou vários Estados do sistema ao qual pertence<sup>747</sup>.

Tanto no caso de violação aos direitos humanos, como ao Direito Internacional geral, somente pode ser invocada legítima defesa como resposta a uma agressão armada estrangeira, princípio consolidado pela doutrina<sup>748</sup> e extraído do artigo 51 da Carta.

Ao ser excludente de ilicitude estrita e específica aos casos de agressão armada, a legítima defesa indiretamente reforça a impossibilidade de Estados-terceiros utilizar essa

---

<sup>745</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>746</sup> *Ibidem*.

<sup>747</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 367.

<sup>748</sup> Neste sentido ver JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.* 1958. p. 328 e ss..

excludente para justificar o uso de sua força militar ou agir como polícias do mundo. Desta maneira, não poderia ocorrer intervenção unilateral, de modo militar em outro Estado, mesmo sob a invocação da proteção aos direitos humanos. Esta posição foi respaldada pela Corte Interamericana de Justiça no caso acima mencionado das atividades militares e paramilitares na Nicarágua<sup>749</sup>.

Questiona-se (no estudo da figura do consentimento) a legalidade da postura dos Estados Unidos de alegar legítima defesa nos ataques contra Iraque. Cabe uma análise detalhada dos fatos: no dia 11 de setembro de 2001, em *New York* e *Washington*, foram executados vários atos ilícitos denominados terroristas por um grupo que havia recebido apoio e patrocínio do regime Talibã, no Afeganistão. Os Estados Unidos alegaram legítima defesa perante a Comunidade Internacional e decidiram atacar tendo como base o mencionado artigo 51 da Carta das Nações Unidas<sup>750</sup>.

A resolução n.(?) 1368 do C.S.N.U. reconhece o direito à legítima defesa e indica que "cúmplices dos autores, organizadores e patrocinadores destes atos e os responsáveis de dar apoio e asilo terão que render contas dos fatos"<sup>751</sup>. Assim como a resolução 1373, do mesmo órgão, ao dizer que "reafirmando o direito a legítima defesa (...) todos os Estados têm o dever de abster-se de organizar, instigar e apoiar atos terroristas (...)"<sup>752</sup>.

O Conselho Atlântico Norte, em comunicado de imprensa, expressou que:

O Conselho coincidiu em determinar, se o ataque foi dirigido desde o estrangeiro contra Estados Unidos será considerado uma ação contemplada no Artigo 5o do Tratado de Washington, que determina que um ataque armado contra um ou mais dos Aliados na Europa ou América do Norte será considerado um ataque contra todos eles<sup>753</sup>.

Em sessão extraordinária, o Conselho Europeu concluiu:

<sup>749</sup> **Caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua***. C.I.J. *Op. cit.*.

<sup>750</sup> Sobre este acontecimento ver *Keassing's Record of World Events News Digest for September 2001*. Disponível em: <[www.keesings.com](http://www.keesings.com)> Acesso em julho de 2007.

<sup>751</sup> CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1368. Aprovada na sessão 4370º do dia 12 de Setembro de 2001, p.5. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>752</sup> CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1373. Aprovada na sessão do dia 28 de setembro de 2001. *Ibidem*.

<sup>753</sup> Disponível em: <<http://embajadausa.org.ve>>. Acesso em julho de 2007.

A União Européia cooperará com os Estados Unidos para levar perante a justiça e castigar aos autores, os responsáveis e os cúmplices dos atos bárbaros (...) é legítima uma resposta estadunidense (...)<sup>754</sup>.

De todos estes documentos (citando apenas alguns deles) e das disputas levadas à mídia e à doutrina, decidiu-se que somente a OTAN<sup>755</sup> (e mais nenhum outro órgão internacional) qualificou expressamente os fatos de 11 de Setembro como "ataque armado"<sup>756</sup>, requisito indispensável para o exercício do direito à legítima defesa. Logo, considerou-se que não seria prudente entender que o reconhecimento do direito de legítima defesa feito pelo C.S.N.U. implicaria uma qualificação tácita de ataque armado no sentido da Carta das Nações Unidas<sup>757</sup>.

Também se destaca que, mesmo que as resoluções do C.S.N.U. tenham muita influência e utilidade para os Estados Unidos, não possui nenhuma implicação jurídica, pois os direitos não têm que ser formalmente reconhecidos pelo C.S.N.U. para serem exercidos<sup>758</sup>.

Em outras palavras, deduziu-se que o Afeganistão, com seu apoio ao terrorismo, violou o Direito Internacional<sup>759</sup> e é responsável internacionalmente por não ter cumprido com seu dever de diligência. Cogitou-se, também, do surgimento de uma nova aceção de conflito armado<sup>760</sup>, mas que esta violação não geraria, em caso algum, um direito de legítima defesa.

<sup>754</sup> CONSELHO EUROPEIO. Sessão extraordinária do 21 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.europarl.eu.int>> Acesso em julho de 2007.

<sup>755</sup> OTAN: Organização do Tratado do Atlântico Norte, por vezes chamada Aliança Atlântica, é uma organização internacional de colaboração militar estabelecida em 1949. Seus nomes oficiais são *North Atlantic Treaty Organization (NATO)*, em inglês, e *Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN)*, em francês.

<sup>756</sup> Existe um debate muito amplo sobre a consideração ou não dos ataques de 11 de Setembro como ataques armados. Sobre este tema ver: MURPHY, Sean D. Terrorism and the concept of armed attack in article 51 the U.N. Charter. *Harvard International Law Journal*, 2002. Disponível em: <<http://www.westlawinternational.com>>. Dentro deste debate, menciona-se que, para que o ataque armado seja considerado como tal, o Estado deve exercer um controle efetivo sobre as operações dos particulares. Contrariamente, estes ataques foram tão característicos que nem se encaixam na concepção de controle geral ali definida. Disponível em: <<http://www.westlawinternational.com>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>757</sup> MORENO FERNANDEZ, Abel. La atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*. n.12, 2006, p. 34.

<sup>758</sup> MURPHY, Sean D. *Op.cit.* 2002.

<sup>759</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2625, de 24 de outubro de 1970, que contém a Declaração relativa aos Princípios de Direito Internacional referentes às Relações de Amizade e à Cooperação entre os Estados de conformidade com a Carta Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>760</sup> MORENO FERNANDEZ, Abel. *Op.cit.* 2006, p. 33.

### 2.3.4 Força Maior

A força maior pode ser definida, em um sentido amplo, como um fato alheio ao obrigado, previsto ou imprevisto, mas inevitável ou irresistível, que impossibilita o cumprimento da obrigação<sup>761</sup>.

Interessante destacar que, nos sistemas de *Common Law*, não se utiliza deste conceito, preferindo a utilização do conceito de *Acts of God* ou de força insuperável, força irresistível, força superior<sup>762</sup>.

O sentido restrito da força maior não é de muita relevância para os efeitos desta pesquisa. Este sentido da força maior caracteriza-se pela indeterminação<sup>763</sup> e pela interioridade do evento onde se produz o dano, "se trata de um evento conectado ao objeto danoso, a sua constituição, a sua natureza íntima, ao funcionamento mesmo da empresa ou serviço que integra esse objeto<sup>764</sup>". Esta visão estrita da força maior a distingue do caso fortuito<sup>765,766</sup>. Com enfoque na força maior em sentido amplo, a C.D.I. aceitou esta figura

<sup>761</sup> SECRETARIA DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU. *Op. cit.*, p. 73 e ss..

<sup>762</sup> Surge a discussão sobre se a força maior e a força divina têm diferenças. Sobre isto ver. SECRETARIA...*Ibidem.*, p. 73 e ss..

<sup>763</sup> Esta indeterminação supõe a causa do acidente que produz o dano. GARCIA ENTERRIA, E. e FERNANDEZ, T.R. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>764</sup> O sentido amplo e restrito da noção força maior foi tomado de GARCIA...*Ibidem.* Mas também aceitas pela SECRETARIA DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU. *Op. cit.*, p. 72 e ss. VEDEL, Georges. *Op.cit.*, 1980, p. 320.

<sup>765</sup> Ambos conceito são difusos e em muitos casos a legislação os confunde. A doutrina jurídica concorda em assinalar que se, em algumas circunstâncias, pode obrigar-se a uma pessoa com dívida a cumprir uma obrigação que descumpriu por caso fortuito, não se poderia obrigar por descumprimento por causa de força maior. A força maior deve-se a um fator alheio como atos da natureza. Enquanto, o caso fortuito pode decorrer de um ato inevitável produzido pelo homem. Considera-se o caso fortuito uma escada após a força maior e, por isto, o Projeto só faz referência à força maior. SECRETARIA DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>766</sup> A diferença entre força maior e caso fortuito é muito importante em países como Espanha ou Costa Rica, onde o caso fortuito não produz, por si mesmo, efeito de exoneração de responsabilidade. Entretanto, o efeito da força maior é exonerar completamente o autor aparente do dano. Se a causa dos danos era razoavelmente previsível ou, em todo caso, irresistível, haveria força maior e, portanto, inexistiria responsabilidade. Na Costa Rica, ver o **caso Arata y Salazar Ltda. Consejo Nacional de Producción**, Nº42. I Semestre, 1966.

como circunstância para excluir de responsabilidade no seu artigo 23<sup>767</sup> apesar de o parâmetro probatório ser alto<sup>768</sup>.

Na jurisprudência internacional, um dos casos mais antigos nesta matéria é o caso *dos Prestamos Serbios*. Nesta ocasião, a C.P.J.I. decidiu aceitar a escusa sérvia segundo a qual estava impedida de cumprir com a repetição do pagamento devido à Primeira Guerra Mundial<sup>769</sup>. O argumento de força maior também foi alegado pela França no caso *Rainbow Warrior* de arbitragem em 1990. Neste caso, entre outros fatos, o governo francês devia solicitar autorização à Nova Zelândia para que um dos agentes franceses envolvidos no desastre do navio do *Greenpeace* pudesse ser repatriado por razões de saúde. A França o repatriou por um tempo determinado. Todavia, quando o prazo venceu, a França não lhe enviou de volta à Nova Zelândia alegando que tinham reaparecido os sintomas da doença, mas apresentar muitas provas de sua argumentação<sup>770</sup>.

Neste caso do *Greenpeace*, o Tribunal Arbitral começou analisando a possível incidência da excludente de ilicitude por força maior. Na verdade, a França asseverou que não aceitava a excludente da força maior somente em função de medidas de desespero, ou seja, uma situação em que, conforme acentuado pela C.D.I., existe um perigo extremo através do qual o órgão estatal adota um comportamento em dissonância às obrigações pactuadas. O Tribunal concordou que a força maior tinha requisitos de aceitabilidade, os quais se apresentavam nos casos de impossibilidade absoluta e material. Contudo, neste caso a ocorrência foi uma circunstância que tornou o cumprimento mais difícil e complexo, mas não se constituía em força maior<sup>771</sup>.

O caso anterior, além de enriquecer sobre o conceito de força maior, também exemplifica o fato que, no Direito Internacional, muitas vezes inclui-se a força maior dentro

---

<sup>767</sup>(1). A ilicitude do fato de um Estado que não está em conformidade com uma obrigação internacional de esse Estado fica excluída se esse fato se deve a uma força maior, é dizer, a uma força irresistível ou a um acontecimento imprevisto, afastado do controle do Estado, que fazem materialmente impossível, nas circunstâncias do caso, cumprir com a obrigação. (2). O parágrafo 1º (?) não é aplicável se: (a) a situação de força maior se deve, unicamente ou em combinação com outros fatores, ao comportamento do Estado que a invoca; ou (b) o Estado tem assumido o risco de que se produz essa situação". Art. 23: Força Maior. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

<sup>768</sup> Yearbook of the ILC, Vol. II.

<sup>769</sup> **Caso *Préstamos Serbios***. C.P.J.I. Serie A. Nº. 20, 1929, p. 39.

<sup>770</sup> Disponível no *site* oficial do *Greenpeace*, em: <<http://www.greenpeace.org.br>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>771</sup> **Caso *Rainbow Warrior***. Tribunal Arbitral. 1990.p. 217-270. In: *Site* oficial da ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/>>. Acesso em junho de 2007.

da doutrina da necessidade. No entanto, é conveniente manter a distinção, sobretudo, porque a doutrina da necessidade não justifica o descumprimento do Direito Internacional e a força maior sim<sup>772</sup>.

Jimenez De Arechaga lembra

a conduta ilícita do Estado resulta de uma decisão voluntária tomada como única forma de proteger um interesse vital ameaçado. Em contrário, a force majeure é uma causa estranha e irresistível que opera independentemente da vontade do agente<sup>773</sup>.

Por outra parte, no caso *Benkavit Belgie N.V.*, o Tribunal Europeu de Justiça estipulou, para o caso concreto<sup>774</sup>, que a força maior poderia ser invocada quando a complexidade da regulamentação relativa à concessão dos montantes compensatórios monetários num determinado setor agrícola, bem como a resultante complexidade do exame do *dossier* apresentado e do cálculo dos montantes aplicáveis, impossibilitasse a autoridade nacional competente de um Estado-Parte respeitar os prazos estipulados na lei<sup>775</sup>. Apesar da utilização de todo o pessoal disponível e provando-se um aumento considerável e súbito do número de pedidos<sup>776</sup>.

Assim, salienta-se que, na força maior, não existe um comportamento voluntário conscientemente querido pelo Estado e, devido a esta não voluntariedade por parte do Estado, é que poderia invocar-se a excludente de ilicitude no caso de violações aos direitos humanos. Inclusive, no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, no qual se encontram Estados historicamente conhecidos por seus desastres naturais, v.g., América Central e Ilhas do Caribe, com uma alta incidência de terremotos, furações e inundações. Estados que lidaram inúmeras vezes com violações involuntárias do espaço aéreo, marítimo e terrestre por parte dos Estados sem que seja possível a arguição da responsabilidade dos mesmos.

<sup>772</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 42.

<sup>773</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. *Op.cit.* 1973, p. 516.

<sup>774</sup> Processo da sociedade *Denkavit België* contra o Estado Belga, relativo ao prazo que possui este Estado para proceder ao pagamento dos montantes compensatórios devidos pela importação para a Bélgica, efetuada pela *Denkavit*, de alimentos para gado provenientes dos Países Baixos.

<sup>775</sup> Neste caso, há referência ao prazo de dois meses segundo o artigo 17, número 3 da C.E.E..

<sup>776</sup> **Caso *Denkavit België N.V.*** contra o Estado Belga. T.E.J. Coletânea de Jurisprudência 1987, p. 00565. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em junho de 2007.

Diante de desastres naturais não é possível confundir a irresponsabilidade do Estado por força maior com a *atuação dos agentes por necessidade*. Explicando melhor esta idéia, o artigo 9º do projeto da C.D.I. enuncia:

considerara-se fato do Estado segundo o Direito Internacional, o comportamento de uma pessoa ou grupo de pessoas, se essa pessoa ou grupo de pessoas exercem de fato atribuições de poder público em ausência ou em defeito das autoridades oficiais e em circunstâncias tais que requeira o exercício de essas atribuições<sup>777</sup>.

Este artigo prevê raras circunstâncias ocorridas na prática da maioria de países, porém muito freqüentes nos países com incidência de desastres naturais, v.g., um país que sofra de inundações extremas devido à alta incidência de furações e maremotos. As autoridades capacitadas para realizar o resgate não conseguem acessar o local atingido; nestes casos, a população civil deve ocupar-se das funções públicas (evacuação, controle de vítimas, vistoria dos danos, etc) que as autoridades deveriam fazer, mas, pela incapacidade característica da situação, não poderiam. Nesta hipótese, caso a pessoa ou grupo de pessoas que, temporariamente, exercem funções públicas violassem alguma obrigação internacional, a responsabilidade gerada será em todo momento atribuível ao Estado<sup>778</sup>, mas não poderá ser atribuível ao Estado, à violação originada exclusivamente do desastre natural (no caso, o furação ou maremoto).

O projeto da C.D.I. condiciona a Responsabilidade Internacional por atuação de agentes em estado de necessidade à configuração dos seguintes requisitos: (1) Que o comportamento esteja relacionado efetivamente com o exercício de atribuições do poder público. (2) Que o comportamento tenha sido realizado em ausência de autoridades oficiais. (3) Que as circunstâncias exijam esse tipo de atribuições, ou seja, que se trate necessariamente de uma representação<sup>779</sup>.

Esclarecida a diferença entre estes dois institutos, conclui-se para o instituto da força maior que, por exemplo, um terremoto, uma inundação, um naufrágio, um raio, uma tempestade, a guerra<sup>780</sup>, etc, são casos de força maior, sempre e quando não exista a obrigação

<sup>777</sup> Artigo 9º. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

<sup>778</sup> C.D.I. 54º. Período de sessões. Informe...*Op. cit.*

<sup>779</sup> *Ibidem.*

<sup>780</sup> Exemplos extraídos da jurisprudência costarricense.

de prever tais eventos ou, no caso de ser previsível, são impossíveis de evitar. O Estado não pode ser responsabilizado pelas violações que destas circunstâncias possam derivar.

### 2.3.5 Perigo Extremo

O projeto da C.D.I., no artigo 24, afirma:

1.A ilicitude do fato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional de esse Estado fica excluída se o autor desse fato não tem razoavelmente outro modo, em uma situação de perigo extremo, de salvar sua vida ou a vida das outras pessoas confiadas a seu cuidado. O parágrafo 1 não é aplicável se: (a) A situação de perigo extremo se deve, unicamente ou em combinação com outros fatores, ao comportamento do Estado que a invoca, ou (b) É provável que o fato em questão crie um perigo comparável ou maior<sup>781</sup>.

No Estado de Perigo, busca-se a proteção do direito à vida dos agentes do Estado e das pessoas sob sua proteção<sup>782</sup>. Existe uma grande afinidade entre perigo extremo e estado de necessidade. Luiz Cezar R. Pereira afirma que

Os dois institutos são iguais em tudo, tendo alguns doutrinadores atestado que para o perigo extremo o risco é do súdito (pessoa individual), enquanto no estado de necessidade o risco é do Estado. Não vejo qualquer diferença entre as duas expressões, porquanto são iguais em seu conteúdo e definição jurídica<sup>783</sup>.

Esta excludente de ilicitude incluiria, por exemplo, os casos em que se dá uma violação do espaço aéreo de outro Estado em face de uma emergência, como o contemplado na correspondência entre os estadunidenses e os iugoslavos em 1946<sup>784</sup>; ou mesmo a procura de refúgio em um porto sem prévia autorização devido às condições adversas do clima<sup>785</sup>.

Outros exemplos podem ser extraídos da obra de Celso Mello:

<sup>781</sup> Artigo 24: sobre o perigo extremo. C.D.I. *Op. cit.*.

<sup>782</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.231.

<sup>783</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 355-356.

<sup>784</sup> Em 1946, na Iugoslávia, ocorre a presença da marinha americana ameaçando invadir a zona costeira da Iugoslávia em resposta a um avião espião dos Estados Unidos abatido pelos soviéticos.

<sup>785</sup> C.D.I. Anuario. Vol. II, 1979. *Op. cit.*, p. 314.

- O art. 23, letra g do Regulamento sobre Leis e Usos da Guerra Terrestre de 1907, que permitia apoderar-se de bens de estrangeiros tidos como inimigos por necessidade imperiosa da guerra<sup>786</sup>;
- A Lei de Empréstimos e Arrendamento dos Estados Unidos de 1941, que viola o princípio da neutralidade, que foi utilizada diante da ameaça de *Hitler* ao pretender dominar o mundo<sup>787</sup>;
- Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, que suspendeu os efeitos do Pacto em situações excepcionais<sup>788</sup>.

Nas possíveis violações dos direitos humanos, tendo presente a importância dos valores contidos na obrigação internacional, que poderiam ser desrespeitados em nome do estado de perigo, "esta excludente só pode ser admitida em face de uma ponderação de valores, para ter um grau de proporcionalidade entre a conduta e os interesses da norma de direitos humanos a ser violada pela mesma<sup>789</sup>". Outro exemplo encontra-se na área de Direito Humanitário, no artigo 49 da Convenção de Genebra relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra, de 1949, que estabelece que a potência ocupante não poderá reter as pessoas protegidas em uma região particularmente exposta aos perigos de guerra salvo se a segurança da população ou imperiosas razões militares o exigirem<sup>790</sup>.

### 2.3.6 Estado de necessidade

O estado de necessidade poderá ser invocado somente quando o ato tiver sido o único meio de salvaguardar um interesse essencial (neste caso, do Estado) e desde que o Estado

<sup>786</sup> Regulamento relativo às leis e costumes da guerra terrestre. Assinado em Haia em 18 de Outubro de 1907. Disponível no *site* oficial do *Comite Internacional de la Cruz Roja* em: < <http://www.icrc.org/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>787</sup> *Lend and Lease Act*. Dc. 20374-5060. Assinado em Washington no dia 11 de Março de 1941. Disponível em: <[www.history.navy.mil](http://www.history.navy.mil/)>. Acesso em julho de 2007.

<sup>788</sup> "Em situações excepcionais que ponham em perigo a vida da nação e cuja existência tenha sido proclamada oficialmente, os Estados – Partes no presente pato poderão adotar disposições que, na medida estritamente limitada às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude de este pato, sempre que tais obrigações não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes impõe o direito internacional e no que entranhem discriminação alguma fundada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social". ONU. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A/RES/2200. Sentença 16 de dezembro de 1966.

<sup>789</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.231

<sup>790</sup> ONU. Convênio de Genebra relativo à proteção devida às pessoas civis em tempo de guerra. Aprovado o dia 12 de Agosto de 1949. Disponível em: < [http://www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch/)>. Acesso em julho de 2007.

estiver impossibilitado de atuar de outra forma, pois ao tê-lo feito teria causado um maior prejuízo provavelmente irreparável<sup>791</sup>.

Reitera Anzilotti esta possibilidade de excludente de ilicitude explicando que um Estado, perante a necessidade de salvar-se de um perigo grave que não ocasionou e que não pôde evitar, de outro modo, violaria o direito de outro Estado e ficaria caracterizado como um Estado de Necessidade<sup>792</sup>.

Não deixa de ser uma figura que causou muita polêmica<sup>793</sup>. Accioly, de forma ousada, afirmou que esta excludente de ilicitude era apenas uma ação egoísta de um Estado contra direitos de outro ou outros Estados<sup>794</sup>. Posição compreensível ao perceber o abuso que esta figura teve na história, *v.g.*, a ocupação da Bélgica pela Alemanha na 1<sup>a</sup>. Guerra Mundial, a ocupação da Coreia pelo Japão em 1904 e a ocupação do Irã pela União Soviética e Reino Unido, etc. Todos alegando estado de necessidade<sup>795</sup>.

Analisando-se o caso da Segunda Guerra Mundial, em casos como a ocupação da Dinamarca, Noruega, Bélgica e Luxemburgo pela Alemanha, a situação não deixa de ser diferente. A C.D.I. reconheceu que existem muitos casos nos quais a existência de um estado de necessidade foi alegada para justificar a anexação ou posse forçada de um território a outro<sup>796</sup>. Porém, Roberto Ago faz um apelo ao artigo 2º, inciso 4 da Carta das Nações Unidas<sup>797</sup>, que expressa a proibição do uso da força em termos absolutos de um país a outro. Sob esta perspectiva de Ago surgiria outro problema (no qual o próprio Ago manifesta certa

<sup>791</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op.cit.* 1958, p. 302.

<sup>792</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Apud.* RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 355.

<sup>793</sup> O Estado de necessidade é uma figura muito antiga considerando-se seus antecedentes desde a Índia, passando pela Judéia e Roma até nossos dias. Mas se considera-se que foram os escritores dos séculos XVI e XVII que falaram do estado de necessidade com maestria<sup>□</sup>. Após isto, a figura cai no esquecimento temporário (pelo menos internacionalmente) até a I Guerra Mundial quando a Alemanha invocou em seu favor o estado de necessidade. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 176.

<sup>794</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Op.cit.* 1959, p. 351.

<sup>795</sup> Exemplos extraídos de Jimenez de Arechaga. *Op. cit.*.

<sup>796</sup> COMISSIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL sobre o trabalho realizado em seu 32º período de sessões. Anuário C.D.I., 1980-II, p. 43.

<sup>797</sup> "Para a realização dos Propósitos consignados (...) procederão de acordo com os seguintes princípios. Inciso 4º. Os membros da Organização, em suas relações internacionais, se absterão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade território ou a independência política de qualquer Estado, ou em qualquer outra forma incompatível com os Propósitos das Nações Unidas." Artigo 2º, inciso 4º. O.N.U. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*.

preocupação) caracterizado pela responsabilidade perante o exercício de força armada em termos "menores" e não absolutos como exige a Carta<sup>798</sup>.

Este temor sobre o mau uso da expressão "uso menor da força", deve-se a que o T.I.J., em assuntos como *Nicarágua* (1986)<sup>799</sup> e *plataformas petrolíferas* (2003)<sup>800</sup>, tem construído uma noção de ataque armado que exclui os casos de uso menor da força. Assim, tem excluído casos como o apoio aos rebeldes por meio de apoio bélico, apoio logístico ou de qualquer outro tipo. Para o T.I.J., a noção de ataque armado está estreitamente vinculada com a noção de agressão armada estipulada no artigo 3º da Resolução 3314, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1974<sup>801</sup>.

A proposta da C.D.I. mostra-se alentadora, conscientizando o desuso desta excludente de ilicitude. A Comissão, assim, recorda que, após a Segunda Guerra Mundial, existe um precedente de Estado utilizando esta excludente da ilicitude; é o caso que trata do envio de pára-quedistas ao Congo pelo Governo Belga em 1960<sup>802</sup>.

Na atualidade, a C.D.I. contemplou o Estado de Necessidade no artigo 25 de seu projeto, da seguinte forma:

1. Nenhum Estado pode invocar o Estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude de um fato que não este de conformidade com uma obrigação internacional de esse Estado a menos que esse fato: (a) Seja o único modo para o Estado de salvaguardar um interesse essencial contra um perigo grave e iminente; (b) e Não afete gravemente a um interesse essencial do Estado ou dos Estado com relação ao quais a obrigação, ou da comunidade internacional em seu conjunto.

Em todo caso, nenhum Estado pode invocar o Estado de Necessidade como causa de exclusão de ilicitude se: (a) A obrigação internacional de que se trate exclui a possibilidade de

<sup>798</sup> AGO, Roberto. *Adición al octavo...Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>799</sup> **Caso *Actividades Militares e Paramilitares em e contra Nicaragua***. Nicaragua contra Estados Unidos da América. C.I.J. Sentença de 27 de junho de 1986. Disponível em: <<http://w.w.w.icj-cij.org>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>800</sup> **Caso das *plataformas petrolíferas***. República Islâmica de Irã contra Estados Unidos de América. C.I.J. Sentença de 6 de Novembro de 2003. Disponível em: <<http://w.w.w.icj-cij.org>>. Acesso em Junho de 2007.

<sup>801</sup> Resolução 3314, da Assembléia Geral das Nações Unidas, define em 6 hipóteses o conceito de agressão. Disponível em: <<http://jurist.law.pitt.edu>>. Acesso em junho de 2007.

<sup>802</sup> COMISSION DE DERECHO INTERNACIONAL sobre o trabalho realizado em seu 32º período de sessões. Anuário C.D.I., 1980-II, p. 43-44.

invocar o Estado de necessidade, ou (b) O Estado tem contribuído a que se produza o estado de necessidade<sup>803</sup>”.

Na C.D.I., em 1980, Roberto Ago esclareceu as condições que considerava necessárias para que fosse possível alegar a existência do estado de necessidade, a saber:

- Exige o caráter absolutamente excepcional da situação. Somente poderia alegar-se em situações que afetem o interesse essencial do Estado;
- O Estado de Necessidade deve representar o único meio de solver a situação de perigo extremamente grave;
- O interesse protegido pelo direito deve ser superior ao interesse que está sendo sacrificado;
- Não se pode vulnerar uma norma *ius cogens* alegando Estado de Necessidade;
- Não se pode alegar também esta figura quando exista um tratado que implícita ou explicitamente exclua tal possibilidade;
- A alegação do estado de necessidade não impedirá a indenização por danos e prejuízos ao Estado que tenha suportado a conduta do Estado postulante<sup>804</sup>.

Outro exemplo deste tipo de exclusão de ilicitude é o caso *Torrey Canyon*, onde um navio petrolífero liberiano começou a afundar próximo à costa do Reino Unido, mas fora de suas águas territoriais, derramando grandes quantidades de petróleo. Depois de tentativas de salvamento o navio foi bombardeado. A C.D.I. tomou como ponto de partida que esta ação foi legitimada, dadas às circunstâncias, pelo o estado de necessidade<sup>805</sup>.

Mais recentemente, no caso *Gabcikovo-Nagymaros*, a C.I.J sustentou que o estado de necessidade é reconhecido pelo Direito Internacional Consuetudinário, mas deve ser utilizado com respeito às condições anteriormente mencionadas.<sup>806</sup>

No caso dos direitos humanos, o estado de necessidade é aplicável para justificar a intervenção humanitária dirigida a pôr fim às violações graves e massivas destes direitos não

<sup>803</sup> Artigo 25: Estado de Necessidade. C.D.I. Projeto....*Op. cit.*

<sup>804</sup> AGO, Roberto. **Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados**. Anuario de la C.D.I., 1980-II, p. 21-23.

<sup>805</sup> C.I.D.. Anuário de 1980. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>806</sup> *Caso Gabcikovo-Nagymaros Project* C.I.J. *Op. cit.*, parágrafo 51.

cometidos pelo Governo do Estado territorial a respeito das quais não seja, por ação ou omissão, responsável internacionalmente<sup>807</sup>.

A título de conclusão, sendo o estado de necessidade a última excludente da ilicitude apresentada no projeto da C.D.I., podemos dizer que parece claro que, apesar de serem aceitas tais excludentes, sempre resta a possibilidade de procurar-se a reparação dos danos materiais daquele que seja encontrado como responsável.

Em relação às violações dos direitos humanos, destaca-se que os tratados estabelecem a possibilidade do Estado, em situações de emergência, derrogar temporariamente direitos humanos protegidos. Esta derrogação produzir-se-á sob o conceito de estado de necessidade, o qual somente é possível em casos de graves perturbações à ordem pública e social.

E, por último, no que tange ao o regime de exclusão da ilicitude, cabe comemorar o fato de o Projeto da C.D.I. apresentar grandes "aperfeiçoamentos"<sup>808</sup> ao regime tradicional do Direito Internacional:

- A exclusão da ilicitude não tem lugar se a obrigação em causa deriva de uma norma imperativa (Art. 26).
- O estado de necessidade só poderá ser invocado quando o ato tiver sido o único meio de salvaguardar um interesse essencial do Estado contra um perigo grave e iminente e desde que não tenha atentado gravemente um interesse do Estado para quem a obrigação existiria (Art. 25, inciso 1º).
- O estado de necessidade não poderá ser invocado quando a obrigação internacional em causa excluir a possibilidade de invocar o estado de necessidade ou o Estado em causa tenha contribuído para essa situação. (Art. 25, inciso 2º).

---

<sup>807</sup> GUTIERREZ ESPADA. *Apud*. FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 294.

<sup>808</sup> Termo utilizado por Silva Acunha ao estudar o tema das excludentes da ilicitude da C.D.I. Ver: SILVA CUNHA, Júlio. **Direito Internacional Público** – Introdução e fontes. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 128 e ss..

- A legítima defesa só exclui a ilicitude de um ato quando o ato representar uma medida legítima de autodefesa de acordo com o artigo 51 da Carta das Nações Unidas<sup>809</sup>.

---

<sup>809</sup> "Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacional". Artigo 51. ONU. Carta das Nações Unidas. Assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945.

### 3 REPRESSÃO PERANTE O FATO ILÍCITO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 SANÇÕES CONTRA O ESTADO INFRATOR

O estudo das sanções traz à tona uma questão muito antiga na Teoria Geral do Direito, mas cuja resposta depende da eficácia prática da aplicação de sanções. Esta questão diz respeito à existência ou não *do* caráter vinculativo do Direito Internacional. No tema específico desta pesquisa, o Estado infrator será efetivamente compelido a pagar uma indenização ou a reparar o dano?

Conforme doutrinou Hart "uma fonte de dúvidas neste ponto é simplesmente a ausência, no sistema, de sanções centralmente organizadas<sup>810</sup>". Ele simplifica sua argumentação ao afirmar que "se (...) as regras do direito internacional não forem vinculativas, é seguramente indefensável tomar a sério a sua classificação como direito<sup>811</sup>".

Na opinião de Hart, o Direito Internacional tem um ponto desfavorável em comparação com o Direito Interno. Argumenta, inclusive, que no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas não se introduziu algo que possa ser equiparado às sanções do Direito Interno. Além disso, também é de seu critério argumentar que o

direito internacional não é vinculativo por causa da falta de sanções organizadas, traduzindo-se na aceitação tácita da análise da obrigação contida na teoria de que o direito é essencialmente uma questão de ordens baseada em ameaças<sup>812</sup>.

Sobre o elemento de coação, Noberto Bobbio, analisando o ditado por Rudolf Von Ihering, afirma que a coação

---

<sup>810</sup> HART, Herbert L. *Op.cit.* 2005, p. 233.

<sup>811</sup> *Ibidem.*

<sup>812</sup> *Idem*, p. 233-234.

se exerce por meio da Gewalt, termo que em alemão indica o poder que se manifesta na força; as relações entre poder e direito são assim definidas: o poder pode, em caso de necessidade, estar sem o direito (...) o direito sem poder é um nome em vão sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz o direito o que ele deve ser<sup>813</sup>.

Segundo este autor, parece não existir meios para fazer "valer coercitivamente as normas que relacionam as relações entre Estados".

Sobre esta polêmica (se exige ou não coação do Estado para fazer valer uma sanção no tocante à responsabilidade internacional) Ramos Pereira afirma:

Se a Comunidade Internacional edita normas de caráter internacional; faz convenções, tratados e acordos entre os seus membros; aparelha-se no sentido de criar Cortes Internacionais (...) ou até mesmo, o fato de os Estado seguirem necessariamente a ética e a moral, os impedindo de praticar atos que vão ao encontro com normas tidas como internacionais, não se pode negar que esta força coercitiva exista.

Defende-se no presente trabalho que atualmente, ainda que existam doutrinas contrárias a este poder de coerção do Direito Internacional, num mundo globalizado, onde os mecanismos de Direito Interno devem adaptar-se a Comunidade Internacional por conveniência política e econômica, a coerção do Direito Internacional, *sim, existe* como forma de pressão social (sanções sociais).

Para André de Carvalho as sanções sociais são a espinha dorsal do chamado "poder de embaraço ou de mobilização da vergonha", utilizados especialmente na área de violações aos direitos humanos<sup>814</sup>. Esta pressão social ou este medo de uma imagem ruim (do Estado) na Comunidade Internacional faz com que os Estados, por estratégia, respeitem, acolham e, inclusive, apresentem-se voluntariamente perante as autoridades internacionais em caso de terem violado as normativas internacionais. Um ótimo exemplo disto é a posição da Costa Rica no caso *Viviana Gallardo e outras*. Neste caso, as devidas autoridades costarriquenses se submeteram voluntariamente à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em

---

<sup>813</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1996, p. 152.

<sup>814</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.321.

função de uma violação ocorrida em seu território tendo, inclusive, renunciado ao esgotamento dos recursos internos e ao procedimento perante a Comissão Interamericana<sup>815</sup>.

Nesta altura do trabalho, a questão principal não é o Estado constituir-se em uma ficção jurídica ou algo real, mas sim determinar se as sanções devem ser dirigidas contra ele<sup>816</sup>. Para Kelsen, o Direito Internacional responde a pergunta: “Contra quem devem dirigir as sanções?” o autor responde “Não como faz o direito penal, designando a certo grupo de indivíduos que se encontram em certa relação jurídica com os indivíduos que são súbditos do Estado cujo órgão tem cometido a transgressão<sup>817</sup>, e continua agregando

a afirmação de que, segundo o direito internacional, o Estado é responsável pelos atos dos órgãos do Estado; e a afirmação de que o direito internacional impõe deveres aos Estado e não aos indivíduos significa, em primeiro lugar, que as sanções específicas do direito internacional, as represálias e a guerra são aplicadas em reconhecimento da responsabilidade coletiva, não individual<sup>818</sup>.

Do critério exposto por Kelsen depreende-se que estas sanções não estão dirigidas ao indivíduo isoladamente, mesmo que este indivíduo tenha praticado o ato ilícito em nome do Estado. As sanções dirigem-se ao Estado com o critério de ser este um "ente participante da Sociedade Internacional<sup>819</sup>", de uma coletividade.

Todo Estado é responsável perante os demais governos pelos erros cometidos pelos seus órgãos, funcionários e particulares nas circunstâncias vistas no capítulo primeiro. Na teoria, distingue-se entre sanções unilaterais e sanções coletivas. Nas primeiras, são os próprios Estados os que aplicam diretamente a sanção que consideram corresponder ao caso concreto, por exemplo, as represálias; nas sanções coletivas, entretanto, são basicamente as organizações internacionais que estabelecem o exercício das competências para a aplicação da sanção.

<sup>815</sup> Esta solicitação por parte da Costa Rica foi negada porque não é possível renúncia ao esgotamento de recursos internos; entretanto, foi aceita a renúncia ao procedimento perante a Comissão, pois segundo voto dissidente do Juiz Piza Escalante "a Comissão não é parte em nenhum sentido substancial, porque não é titular de direitos, nem deveres que tenham de ser ou possam ser declarados ou constituídos pela sentença". **Caso Viviana Gallardo e outras**. Voto dissidente do Juiz Piza Escalante. *Op. cit.*

<sup>816</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 378.

<sup>817</sup> KELSEN, Hans. **La Paz por Médio del Derecho**. Nome original Peace Through law. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 120.

<sup>818</sup> *Ibidem*.

<sup>819</sup> RAMOS PEREIRA, Luiz César. *Op.cit.* 2000. p. 378.

### 3.1.1 Regime das Sanções unilaterais

A declaração da Assembléia Geral de 1970 sobre os Princípios de Direito Internacional referente às Relações de Amizade e à Cooperação dos Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas, reafirmou o parâmetro de que todo Estado tem o dever de promover, mediante ação conjunta ou individual, o *respeito* universal aos direitos humanos<sup>820</sup>.

Porém, e infelizmente, sempre acontecem violações aos direitos humanos. Alguns Estados, diante destas violações, reagem dentro das organizações e tratados de proteção dos direitos humanos dos quais são membros, tendo a idéia de evitar a continuidade da violação (sanção coletivas); outros Estados, por seu lado, são mais propensos a reagir unilateralmente perante estas violações, aplicando diretamente aos Estados o que consideram convenientes, sejam medidas de represálias ou de retorsão segundo os tratados e acordos internacionais (sanção unilateral)<sup>821</sup>.

A conduta dos Estados membros de estruturas institucionais com competência na matéria dos direitos humanos tem auxiliado muito na questão das sanções unilaterais. Conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Estados não deveriam atuar na qualidade de membros de um órgão internacional, mas de acordo com a doutrina prevista em tais tratados, ajustando-se sempre aos cânones que regem as relações entre Estados soberanos e promovendo o respeito aos direitos humanos. Se isto for possível (ainda que a simples vista pareça utópico), seriam eliminadas em grande proporção as aplicações de sanções entre Estados.

Consoante Jaume Lloret, na maioria dos casos de imposição de sanções unilaterais como resposta à vulneração das normas internacionais sobre direitos humanos, os resultados são pouco satisfatórios, mencionando, a título de exemplo, o caso da China em 1989. Contudo, continua explicando o autor, quando há violação às normas que afetam os princípios de igualdade soberana e não intervenção, o grau de eficácia das sanções tem sido mais elevado. Cita-se, aqui, o caso da invasão do Kuwait pelo Iraque, em 1990.

---

<sup>820</sup> Ver preâmbulo deste instrumento jurídico. *Op. cit.*

<sup>821</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.*1997.p. 1765.

Lembramos que, apesar da doutrina majoritária considerar tanto a retorsão como a represália contramedidas no regime das sanções unilaterais, as represálias decorrem da imputação de atos ilícitos e, portanto, encontram-se no capítulo das excludentes da ilicitude do Projeto da C.D.I. e no presente trabalho. Assim, estudar-se-á, neste capítulo, somente aquilo que se relaciona a retorsão.

### a) Retorsão

As contramedidas abrangem uma reação *lícita* - que seria a retorsão - considerada um ato não amistoso, e uma reação *ilícita* - que seria a represália. "Na prática elas se confundem e fica difícil separar (...) <sup>822</sup>". Reitera-se a afirmação de Celso de Mello, porque, após a análise da doutrina e dos casos práticos, estes institutos (represália e retorsão) apresentam-se muito parecidos. A *diferença* é quase imperceptível, ousando-se afirmar, inclusive, que através dos anos estes institutos têm sido utilizados de forma tão similar na comunidade internacional que não seria possível uma distinção radical. No entanto, esta pesquisa apega-se à teoria tentando explicar a figura da retorsão através desta perspectiva.

A retorsão consiste em atos - nas palavras de Villagrán –

inamistosos, irritantes e desagradáveis, destinados a causar efeitos adversos, mas não danos diretos aos Estados responsáveis de tais violações, a fim de que lhes coloquem fim e restabeleçam, dentro de sua jurisdição, o império do direito <sup>823</sup>.

Nos casos de retorsão, os Estados não atuam como integrantes de um tribunal internacional nem como fiscais, eles atuam tentando restaurar por si mesmos o ordenamento interno <sup>824</sup>.

Quando se utilizam atos de retorsão na esfera dos direitos humanos, o Estado não pode valer-se de medidas de conteúdo idêntico às do Estado violador, sob pena de ferir o próprio Direito Internacional. Assim, "é necessária a escolha de medidas alternativas, que não violem o Direito Internacional e estejam dentro da margem de discricionariedade do

---

<sup>822</sup> ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Op.cit.* 1995. p. 169.

<sup>823</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997.p. 1770.

<sup>824</sup> *Idem*, p. 65.

Estado<sup>825</sup>". Por exemplo, pede-se ao Poder Executivo que apresente informações periódicas ou especiais ao seu Parlamento ou Congresso sobre a observância dos direitos humanos em seus países.

Para André de Carvalho, a característica da retorsão apresenta a discricionariedade de fazer ou não fazer, de dar ou não dar por parte de um Estado<sup>826</sup>. São medidas adotadas em uma esfera de competência de um Estado, permitida pelo exercício de sua soberania.

Somente entendendo-se a delicada aplicação que merecem os mecanismos de sanções é que se compreende a importante conjugação que devem ter estas sanções com as normativas dos direitos humanos. O único objetivo é garantir um conjunto de direitos humanos ao particular, qualquer seja sua nacionalidade<sup>827</sup>.

Hiberaldo Accioly destacou que "A retorsão consiste, em geral, em simples medidas legislativas ou administrativas<sup>828</sup>". Esta posição de Accioly chama a atenção da Comunidade Internacional já que coloca as medidas de retorsão no plano normativo. Francisco Villagrán ressalta que o ponto de relevância (do Estado soberano que pretende proceder à aplicação de uma medida de retorsão ao outro Estado) ocorre quando as medidas legislativas e administrativas adotadas a título de retorsão são aplicadas dentro da jurisdição territorial do Estado que as adota, existindo no referido Estado controles de legalidade que as pessoas afetadas podem utilizar<sup>829</sup>.

Por outro lado, fazendo-se a leitura do artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta das Nações Unidas, verifica-se que

Os membros da Organização em suas relações internacionais se absterão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou em qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas<sup>830</sup>.

---

<sup>825</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p. 331.

<sup>826</sup> *Idem*, p. 330.

<sup>827</sup> FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 273.

<sup>828</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Op.cit.* 1959, p.353.

<sup>829</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1997.p.1772.

<sup>830</sup> Artigo 2º parágrafo 4º. ONU. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*.

Este artigo dá fundamento para se considerar estarem proibidas as represálias armadas ou a coerção econômica unilateral. É claro que a intensidade e a severidade de uma pressão internacional podem se converter, em certas ocasiões, em coerção econômica e, portanto, contrária a Carta da ONU ou a alguns outros Tratados Internacionais.

Sobre esta questão, o relator da C.D.I. Arangio Ruiz tem assinalado:

Deve entender-se logicamente que a proibição contida no parágrafo 4o do artigo 2o abarca também medidas de pressão econômica ou política aplicadas até tal ponto e com tal intensidade que sejam o equivalente a uma agressão armada ou, em todo caso, para forçar a vontade do Estado-vítima e obter vantagens indevidas para o Estado que atua<sup>831</sup>.

Já para André de Carvalho Ramos, na proteção dos direitos humanos, deveria ser discutida a suposta neutralidade jurídica internacional do uso das retorsões. Este autor afirma estranhar (tendo em vista a Declaração da Assembléia Geral da ONU sobre relações amigáveis entre Estados) a posição tradicional que autoriza um Estado a utilizar retorsões sem controles<sup>832</sup>. Continua expondo o autor que para ele a Declaração da Assembléia Geral da ONU sobre relações amigáveis deve ser compreendida como espelho de um costume internacional de convivência pacífica entre os Estados, com base na igualdade soberana, e "conseqüentemente um Estado não pode livremente prejudicar um outro Estado sem qualquer ou com frágil justificativa<sup>833</sup>".

Um exemplo de retorsão em matéria de direitos humanos seria a exigência de fazerem-se públicas as informações que confirmem violações de direitos humanos em um Estado. Isto certamente produziria um efeito negativo dentro da Comunidade Internacional. O governo do suposto Estado agressor se sentirá incomodado, por um lado, e, por outro, poderá ocorrer um alívio ou esperança para as vítimas, *v. g.*, atualmente é muito freqüente a coleta de assinaturas para evitar as mortes por meio de apedrejamento a mulheres consideradas adúlteras no Oriente.

---

<sup>831</sup> ARANGIO RUIZ, Gaetano. **Responsabilidad de los Estado**. 43º período de sessões da Comissão de Direito Internacional, de 29 de abril a 19 de julho de 1991. Doc A/CN.4/440, p. 17. Ver também no mesmo sentido, **caso *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua***. C.I.D.H. *Op. cit.*.

<sup>832</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p. 331.

<sup>833</sup> *Ibidem*.

O Direito Internacional contemporâneo não proíbe as ações unilaterais complementares quando estão destinadas a subsidiar ou fortalecer as ações dos órgãos internacionais competentes. Assim como se alertava sobre a importância do uso devido da represália, deve ser aplicada a mesma cautela à retorsão. Do mesmo modo que a represália, a retorsão pode tornar-se um instrumento para abuso dos direitos de um Estado perante o outro (entre países do primeiro mundo e do terceiro, por exemplo).

### **b) A retorsão e a represália na prática do sistema interamericano**

Contando com os Estados Unidos como base econômica, no continente americano é simples e comum que esta potência exerça medidas coercitivas contra América Latina.

O Presidente T. Roosevelt, em mensagem enviada ao Congresso em 1904, expressou de maneira muito futurista que "a adesão dos Estados Unidos à Doutrina Monroe pode forçar o país, embora relutantemente, em casos flagrantes de atos ilícitos ou impotência, a agir como força policial internacional<sup>834</sup>".

A afirmação do ex-presidente estadunidense não ficou nada longe da realidade vivida no último século. Resumir-se-á, *grosso modo*, a situação vivida nas Américas pela aplicação de represálias, majoritariamente por parte de Estados Unidos contra Haiti, Guatemala, El Salvador, Honduras, Chile e Cuba, recordando que o caso da Argentina já foi brevemente estudado na seção das contramedidas.

#### HAITI

O Governo do ex-presidente Carter nos Estados Unidos se inquietava pelo regime ditatorial que estava passando o Haiti desde 1957, apesar da história demonstrar que foram os Estados Unidos que auxiliaram o Governo ditatorial haitiano a tomar o poder na época. Mesmo assim, o governo de Carter mostrou-se preocupado e cortou a assistência financeira como reação repressiva contra Haiti.

---

<sup>834</sup> ROSSOVELT, T. Discurso de 1904. Este discurso, assim como alguns comentários ao mesmo, estão acessíveis no *site* oficial das Organizações dos Estados Americanos.

Após muitos acontecimentos políticos e econômicos na pequena Ilha, em 1987, são realizadas eleições democráticas, as quais restaram anuladas por um golpe de Estado liderado pelo General Namphy, consolidando novamente o regime militar. Então, os Estados Unidos decidiram anular novamente a ajuda militar e econômica. Esta ajuda financeira foi restabelecida no governo seguinte dos Estados Unidos, em 1989.

Em 1990, a OEA supervisiona com sucesso as eleições democráticas. Todavia, em 1991, um novo golpe de Estado domina o Haiti. Apesar do novo governo militar ter sido reconhecido pela Comunidade Internacional (OEA, ONU, Comunidade Européia, etc.), os Estados Unidos decidiram suspender novamente sua ajuda militar e econômica. Neste mesmo ano, a Assembléia Geral da ONU decidiu tomar parte no assunto efetivando o bloqueio dos fundos dos dirigentes haitianos, assim como aplicar o embargo de armas, deixando simplesmente uma ajuda humanitária limitada a alimentos e medicinas.

Em face de tanta instabilidade, a situação dos refugiados haitianos nos Estados Unidos piorou, tendo os Presidentes Bush e Clinton endurecido ainda mais a política de repatriação, mesmo que o povo do Haiti se encontrasse em situação de desespero. Até 1993, as sanções econômicas não tinham alcançado o resultado esperado internacionalmente confirmando-se tão somente o empobrecimento do povo haitiano.

Em 1994, o C.S.N.U. adotou a resolução 940, de 31 de julho, autorizando os Estados membros a constituir uma força armada multinacional para facilitar uma saída para o Haiti e tentar o retorno da democracia; esta votação teve 12 votos a favor e duas abstenções (Brasil e China)<sup>835</sup>.

Os países que mostraram uma postura contrária, alegando que:

- A crises do Haiti não constituem causa suficiente para a aplicação do Capítulo VII da Carta e a autorização do uso da força, já que não existe ameaça à paz ou à segurança internacional.

---

<sup>835</sup> Esta resolução foi produto de um fluxo de refugiados pouco comum. O Conselho considerou a situação do Haiti uma ameaça à paz e segurança internacional, fundamentada no artigo 39 da Carta da ONU, cuja gravidade exigia uma intervenção armada. Esta resolução 940 marcou história no Conselho de Segurança, pois, no passado, não era freqüente a autorização do uso de armas para imposição de um regime democrático, razão pela qual não foi tão simples seu processo de votação. Mas, o C.S.N.U. considerou que os governantes do Haiti tinham violado a maioria de acordos internacionais merecendo uma atitude extrema.

- A falta de controle pelas Nações Unidas da autorização excessivamente genérica do uso da força.

Finalmente, e com ajuda do C.S.N.U., no mesmo ano de 1994 a ditadura nesta Ilha caribenha acabou retornando-se à democracia. Porém, os direitos humanos encontram-se até o dia de hoje em uma situação crítica, pois a política interna do país os levou a um estado preocupante. As sanções econômicas recebidas por parte da Comunidade internacional (ênfase aos Estados Unidos) levaram seu povo a uma situação alarmante de afastamento internacional<sup>836</sup>.

### GUATEMALA

Em 1981, os Estados Unidos renovaram a cooperação militar com a Guatemala que havia sido suspensa em 1977, em função da política repressiva do governo guatemalteco. Nos anos de 1986 e 1987, os Estados Unidos aprovaram uma importante ajuda à Guatemala condicionada à formação de um Governo não militar, assim como à diminuição dos desaparecimentos ocorridos na Guatemala na década de 80, seqüestros e recrutamentos forçados de trabalhadores rurais. Em geral, a melhoria dos direitos humanos.

Em decorrência do agravamento da situação na Guatemala, em 1990<sup>837</sup>, os Estados Unidos puseram fim à ajuda majoritariamente militar dada a este país, alegando a total violação aos direitos humanos no interior da Guatemala. Do mesmo modo, posteriormente, o governo de Clinton colocou fim à ajuda da CIA ao exército guatemalteco alegando, também, a violação aos direitos humanos na jurisdição interna. Esta represália foi aplicada sobretudo pela possível implicação do governo guatemalteco no assassinato de vários cidadãos estadunidenses (esta ajuda por parte da CIA era mantida em segredo pelos ex-presidentes Reagan e Bush)<sup>838</sup>.

Não se poderia afirmar que esta represália tenha ou não sido bem sucedida, já que os governos dos presidentes Carter, Reagan e o atual Bush não têm condicionado a cooperação

---

<sup>836</sup> Baseado no brilhante estudo que fez Jaume Lloret Ferrer sobre o tema. FERRER LLORET, Jaume. *Op.cit.* 1998, p. 365 e ss..

<sup>837</sup> Sobre a crises da Guatemala de 1990, ver RASADA, Héctor. Elecciones y democracia en América Latina. Guatemala 1990-1991. In: CERDAS, Rodolfo e outros. **Elecciones y Democracia en América Latina**: una tarea inconclusa. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 88 – 137.

<sup>838</sup> *Idem*, p. 89.

militar. Dessa forma, a Guatemala tem sido repreendida somente em alguns períodos da história. Porém, em função desta instabilidade, a represália não tem produzido os efeitos esperados.

### EL SALVADOR

Antes de 1979, El Salvador e Estados Unidos haviam rompido suas relações diplomáticas por vários motivos, em especial, pela instabilidade política deste país da América Central. Após o golpe de Estado, respaldado pelos Estados Unidos, que pôs fim ao Governo salvadorenho de Romero, em 1979, as relações entre estes dois países começaram a melhorar.

Contudo, o assassinato de 3 (três) cidadãos estadunidenses em 1980 motivou a suspensão da ajuda dos Estados Unidos. No primeiro aniversário do golpe do estado, já se contabilizavam mais de 9.000 assassinatos de salvadorenhos sob responsabilidade das forças armadas do país. No mesmo ano, ocorreu o assassinato de 2 (dois) empresários agrícolas estadunidenses em El Salvador. Diante deste fato, os Estados Unidos condicionaram sua ajuda econômica e financeira à investigação e ao castigo do assassinato de seus nacionais, não havendo menção às atrocidades experimentadas pelo povo de El Salvador.

Após esta primeira represália, os Estados Unidos continuaram limitando sua ajuda em toda a década de 80. Já em 1991, são assinados os acordos de paz em El Salvador e, a partir de então, Estados Unidos, Canadá e Japão se comprometeram em fornecer a El Salvador uma importante ajuda econômica para a reconstrução do país<sup>839</sup>.

Isto nos leva a compreensão de que, na prática, uma represália ou sanção horizontal pode ser destinada ao resgate e à proteção dos nacionais daquele país que aplica a medida e, nem sempre, com base na solidariedade internacional aos nacionais do país afetado.

---

<sup>839</sup> RASADA, Héctor. *Op.cit.* 1992, p. 89.

### HONDURAS

O caso deste país não registra represália formal internacional. Entretanto, é relevante historicamente, porque as barbáries vividas neste país nos anos 80 deram lugar a graves e massivas violações aos direitos humanos, contabilizando-se centenas de desaparecidos. Porém, este país conseguiu manter as boas relações de cooperação militar com a Comunidade Internacional, especialmente com os Estados Unidos

Nos recursos pesquisados, não se encontra crítica perante a falta de represália, que podia ter sido aplicada ao Honduras. Entende-se já que é muito bem conhecido pela história que na maioria das sanções horizontais acontece falta de critério por parte das grandes potências na imposição destas. Situação que confirma que, inclusive em cenários de violações aos direitos humanos, persegue-se muitas vezes um fim nem sempre ligado à solidariedade internacional<sup>840</sup>.

### CHILE

O Sistema Interamericano apresenta outro exemplo claro e não tão positivo como a Argentina, onde as medidas de represálias econômicas não conseguiram, com sucesso, cessar as violações aos direitos humanos.

Em 1974, aprovaram-se resoluções condenatórias por parte do Conselho Econômico Social e da Assembléia Geral das Nações Unidas que denunciaram as violações graves e massivas que estava enfrentando o Chile no regime de Pinochet (equiparadas às violações sofridas em Israel e África do Sul). Dentre os Estados que mais se preocuparam com a situação dos direitos humanos, destaca-se os Estados Unidos. Em 1974, proibiu a cooperação militar com Chile (ainda que o então presidente Gerald R. Ford tenha admitido que a cessação da cooperação militar não seja um meio efetivo para promover o respeito pelos direitos humanos). Em 1975, limitou-se a assistência econômica. O regime de Pinochet rejeitou a extradição de 2 (dois) oficiais estadunidenses, deteriorando ainda mais a situação. Então, o

---

<sup>840</sup> CIPRODEH (Centro de investigación y promoción de los Derechos Humanos). Informe Alternativo sobre los avances del Estados de Honduras en Relación al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2004. Disponível em: <<http://www.ohchr.org>>. Acesso em julho 2007.

presidente Carter proibiu os créditos à exportação com destino ao Chile e decidiu votar contra a concessão de empréstimos por parte de organismos financeiros internacionais, assim como reduziu o pessoal diplomático no Chile.

Apesar de todas estas represálias, não se evidenciou no Chile melhoria na situação dos direitos humanos. Em 1981, o presidente Reagan colocou fim à proibição de concessão dos créditos à exportação com destino ao Chile, e decidiu votar a favor da concessão de empréstimos por parte dos organismos financeiros internacionais. O Reino Unido, assim como a França, também impuseram, sem muito sucesso, suas represálias econômicas<sup>841</sup>.

Em conclusão, as medidas econômicas praticadas contra o Chile por alguns países, em especial pelos Estados Unidos, não foram tão eficazes na perspectiva da interrupção dos fatos ilícitos, os quais perduraram por vários anos.

### CUBA

Aqui cabe uma análise separada da Resolução 60/12 , da Assembléia Geral das Nações Unidas que critica os bloqueios impostos pelos Estados Unidos a Cuba. A idéia surgiu em uma reunião ocorrida em Nova Iorque, após os países membros das Nações Unidas reunirem-se em Assembléia Geral e votarem sobre a necessidade de levantamento de um bloqueio econômico, financeiro e comercial imposto a Cuba pelos Estados Unidos (esta resolução foi proposta pelo Secretário Geral da ONU)<sup>842</sup>.

O bloqueio imposto pelos Estados Unidos contra Cuba durante mais de 4 décadas, e exacerbado nos últimos anos, tem levado a Assembléia Geral das Nações Unidas a condenar os Estados Unidos em 14 ocasiões consecutivas de forma quase unânime. Em 2005, 182 países exigiram que se colocasse fim à situação e refutaram a defesa norte-americana baseada nos princípios e normas de Direito Internacional.

A intervenção militar estadunidense, em 1898, retirou dos cubanos o direito de serem livres. Após 30 anos de batalha de Cuba contra a Espanha, seu direito de soberania foi

---

<sup>841</sup> Ver Assembléia Geral das Nações Unidas. Resolução 33/175 de 20 de dezembro de 1978.

<sup>842</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 60/12. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em Julho de 2007

praticamente negado e o Império estadunidense atribuiu-se através da *Enmienda Platt*<sup>843</sup> o reconhecimento da invasão e ocupação militar em Cuba, quando Washington entendeu oportuno.

Por mais de 50 anos, as administrações estadunidenses submeteram o povo cubano à sua negociação neocolonial e à exploração do patrimônio nacional. Em 1959, Cuba enfrentava uma grande revolução social após anos de governos ditatoriais, originando a primeira represália internacional (a não devolução de 424 milhões de dólares da reserva do Banco Nacional). O então secretário de Estado, Christian Herter, definiu esta represália como uma medida de guerra econômica.

Durante 10 (dez) administrações, intensificou-se esta guerra econômica contra Cuba, violadora dos direitos internacionais, humanos e morais, porquanto estas medidas são consideradas uma das principais causas da situação de pobreza do povo cubano. Como consequência do bloqueio, Cuba não pode exportar nenhum produto aos Estados Unidos, nem importar deste país.

Muitos são os exemplos que sustentam, na prática, esta problemática severa de bloqueio econômico, a saber, a Lei Torricelli, de 1992, a Lei Helms-Burton, de 1996, e as versões sucessivas e complementares do Plano para Anexação de Cuba, formuladas pela chamada Comissão de Assistência a uma Cuba livre criada pelo presidente Bush. Em dezembro de 2005, a Secretária do Estado Estadunidense, Condolezza .... anunciou medidas adicionais para tornar ainda mais negativo o impacto das ações cumpridas em virtude da primeira versão do Plano para Anexação de Cuba. Em 2006, foi apresentado pela administração Bush a segunda versão do plano anti-Cuba, produzido pela comissão. No mesmo documento, identificavam-se novas medidas que significavam mais sanções econômicas, mais perseguição (?) às atividades das empresas cubanas e maiores represálias contra aqueles que comerciam com Cuba, etc<sup>844</sup>.

---

<sup>843</sup> *La Enmienda Platt* de 2 de Março de 1901 consta de oito artigos. No artigo 3º o governo cubano consciente que os Estados Unidos exerça o direito de intervir em pro da independência Cubana; no artigo 4º autoriza por válidos os atos realizados pelos Estados Unidos em Cuba durante sua ocupação militar. O texto inteiro está disponível em: <<http://www.autentico.org/>>. Acesso em Julho de 2007.

<sup>844</sup> Ver resolução 60/12. *Op.cit.*

Diante desta situação entre Cuba e Estados Unidos, a Assembléia Geral recomendou o estudo do inciso *c* do artigo II da Convenção de Genebra para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, que diz:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos atos mencionados (...), perpetrados com a intenção de destruir, total ou parcialmente, a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso(...) (c) Debelar intencional do grupo a condições de existência que tenham de acarrear sua destruição física, total ou parcial<sup>845</sup>.

Em outras palavras, este abuso de poder por parte dos Estados Unidos contra Cuba não se poderia denominar nem de represália, nem de sanções, mas sim de um ato de genocídio exemplificando, de uma maneira extremamente crua, o mau uso das sanções unilaterais.

Com o relatório anterior, não se tem como objetivo apoiar as violações que Cuba está enfrentando na área humanitária, mas afirmar que a forma particular das sanções unilaterais dos Estados Unidos não está ajudando a população cubana. Pelo contrário, está afastando-a da Comunidade Internacional. Neste caso, a sanção a ser utilizada deveria ser uma sanção coletiva, oriunda de procedimentos coletivos através de entidades internacionais capacitadas e com legitimidade para o caso específico, responsabilizando internacionalmente o governo Cubano pelas violações ocorridas no seu território<sup>846</sup>. Deve-se lembrar que

a Nova Ordem Mundial convive com a noção clássica de Soberania e com a noção hodierna de Direitos Soberanos, repudiando pressões internacionais, como fundamento na Economia, na Política, na Estratégia e no Direito<sup>847</sup>.

Deste exame, na prática, da aplicação de sanções unilaterais, realça-se a Declaração de Viena surgida da Quarta Conferência União Européia, América Latina e Caribe, especificamente o item 13, parágrafo 2º, que diz: "rechaçamos com toda firmeza todas as medidas coercitivas de caráter unilateral e efeito extraterritorial contrárias ao Direito Internacional e as normas geralmente aceitas de livre comércio (...)"<sup>848</sup>. Não se deve esquecer o princípio básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido da salvaguarda dos direitos fundamentais dos seres humanos acima da jurisdição internacional.

<sup>845</sup> ONU. Artigo II, inciso 3º. Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio, 1948.

<sup>846</sup> Sobre a história de Cuba, recomenda-se ver COURTOIS, Stéphane; WERTH, Nicolas; PANNÉ, Jean-Louis e outros. **O Livro Negro do Comunismo: Crimes, terror e repressão**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

<sup>847</sup> MEIRA MATTOS, Adherbal. Soberania e a Nova Ordem Mundial. In: SOUZA DEL'OLMO, Florisbal de (coord). **Curso de Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

<sup>848</sup> Celebrada em Viena, Áustria, no 12 de maio de 2006. Disponível em: < <http://www.aacue.go.cr>>. Acesso em julho 2007.

Parece ser um elo infinito, pois a C.D.I. fez um árduo trabalho por 45 anos para consolidar a ajuda recíproca entre Estados e poder responsabilizar aqueles entes estatais que não são conscientes da importância do significado da liberdade de soberania em pacífico convívio com a Comunidade Internacional. No entanto, na prática sempre se pôde constatar o abuso inclusive das normas destinadas a conservar algo que se supõe básico em pleno século XXI, como são os direitos humanos.

As sanções deveriam ser um meio pacífico de coação temporária; de fato, mínimo, recorrendo-se ao bom senso de um governo pacífico e inteligente. A teoria está a cada dia mais detalhada, porém as desigualdades políticas e, em especial as econômicas, parecem que sempre impediram seu uso ético e correto.

### 3.1.2 Sanções coletivas

É indiscutível a necessidade de uma regulamentação na sociedade internacional dotada de sanções contra aqueles que não respeitam suas normas. Nas sanções coletivas, contrariamente das individuais, corresponde às organizações internacionais qualificar os fatos e as omissões, sua natureza, gravidade e projeção, assim como recomendar aos Estados membros a aplicação das medidas que consideradas admissíveis de acordo com as regras estabelecidas<sup>849</sup>.

Segundo critério de André de Carvalho Ramos, tanto o Sistema Europeu como o Sistema Interamericano são pobres em dispositivos que explicitem o poder do Conselho da Europa e da OEA para sancionar os membros do sistema que se recusem a cumprir as decisões de responsabilização do Estado por violação aos direitos humanos<sup>850</sup>. A despeito disto, a Assembléia Geral das Nações Unidas mostra-se positiva em relação à consolidação do respeito por parte dos Estado aos direitos humanos<sup>851</sup>.

---

<sup>849</sup> VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. *Op.cit.* 1996.p.63.

<sup>850</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.395.

<sup>851</sup> Ver relatórios citados nos casos práticos.

Segundo a Carta das Nações Unidas, as sanções podem constituir uma medida coletiva adotada para prever e eliminar ameaças à paz, suprimir atos de agressão ou obter a solução de controvérsias conforme o previsto no parágrafo 1º do Artigo 1º:

Os objetivos das Nações Unidas são: (1) Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios específicos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz (...)<sup>852</sup>.

As sanções também podem ser um meio de colocar em prática relações de amizade ou de cooperação internacional, resolvendo problemas internacionais e promovendo os direitos humanos<sup>853</sup>. A imposição de sanções pelas Nações Unidas está compreendida entre as faculdades do Conselho de Segurança previstas nos artigos 41<sup>854</sup> e 42<sup>855</sup> da Carta Nações Unidas.

Nestes artigos, não se estabelecem limitações de caráter humanitário, as quais são preenchidas, por exemplo, pelo mencionado parágrafo 1º do artigo 1º, que exige a adoção de medidas para manter a paz e a segurança internacional, "de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional". Neste caminho, entende-se que não cabe impor sanções que sejam injustas ou constituam agressões. Do mesmo modo, não se pode impor sanções que não contribuam efetivamente à manutenção da paz.

O parágrafo 2º deste artigo 1º limita as sanções, ao estabelecer que todas as medidas adotadas para fomentar as relações de amizade devem estar baseadas "no respeito ao princípio

---

<sup>852</sup> Artigo 1º: Objetivos e princípios. ONU. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*

<sup>853</sup> COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Exposição escrita pelo *Desarrollo Educativo internacional* apresentada no dia 03 de agosto de 1998 perante a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. E/CN.4/Sub.2/1998/NGO/24. Disponível em: < <http://www.un.org/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>854</sup> "O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas efetivas as suas decisões e poderá instar os membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas". ONU. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*

<sup>855</sup> "Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas". Artigo 42. ONU. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*

da igualdade de direitos e ao da livre determinação dos povos (...) <sup>856</sup>. O parágrafo 3º restringe o uso das sanções ao declarar que um dos propósitos das Nações Unidas é o desenvolvimento e o estímulo do respeito aos direitos humanos <sup>857</sup>. Por sua vez, o parágrafo 4º também impõe limites às sanções ao exigir que as medidas das Nações Unidas estejam em harmonia com as demais medidas dos países e das Nações Unidas <sup>858</sup>. Não é possível a adoção de medidas que resultam em um tratamento desigual dos países.

No artigo 55 da mesma Carta, também são limitadas as sanções, ao se prever que as medidas das Nações Unidas não podem reduzir os níveis econômicos, criar problemas sanitários, nem fazer menoscabo, em forma alguma, à observância dos direitos humanos <sup>859</sup>. Por último, no artigo 52, limitam-se as sanções que sejam impostas a nível regional ou por um grupo de governos ao dispor que os acordos e atividades regionais devem estar em conformidade com os "propósitos e princípios das Nações Unidas <sup>860</sup>".

Um regime imposto unilateralmente ou coletivamente por um órgão regional deve ajustar-se a todos os requisitos de tais sanções estabelecidas na Carta, incluindo a conformidade com os princípios de justiça e do Direito Internacional. Se algum regime de sanções fosse contrário a Carta, deveria ser considerado nulo pelos Estados Membros das Nações Unidas.

<sup>856</sup> "(2). Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal". Artigo 1º parágrafo 2. ONU. Carta das Nações Unidas. *Op. cit.*

<sup>857</sup> "(3). Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". Artigo 1º parágrafo 3º. ONU. Carta das Nações Unidas. *Ibidem.*

<sup>858</sup> "Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns". Artigo 1º inciso 4º. ONU. Carta das Nações Unidas. *Ibidem.*

<sup>859</sup> "Com a finalidade de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: (a) A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; (b) A solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; (c) O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". Artigo 55. ONU. Carta das Nações Unidas. *Ibidem.*

<sup>860</sup> "(1) Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de organizações regionais destinados a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem susceptíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou organizações regionais e suas atividades sejam compatíveis com os objetivos e princípios das Nações Unidas. (2) Os membros das Nações Unidas que forem parte em tais acordos ou que constituírem tais organizações empregarão todos os esforços para chegar a uma solução pacífica das controvérsias locais por meio desses acordos e organizações regionais, antes de submeter ao Conselho de Segurança. (3) O Conselho de Segurança estimará o desenvolvimento da solução pacífica de controvérsias locais mediante os referidos acordos ou organizações regionais, por iniciativa dos Estados Interessados ou a instâncias do próprio Conselho de Segurança. (4) Este artigo não prejudica de modo algum a aplicação dos artigos 3º e 4º". Artigo 52. ONU. Carta das Nações Unidas. *Ibidem.*

Para concluir com o sistema das Nações Unidas, e após o estudo da Carta, destaca-se que qualquer órgão de direitos humanos, ou outro órgão especializado competente das Nações Unidas podem informar ao sistema das Nações Unidas e ao conjunto da comunidade Internacional a inquietude sobre determinado regime de sanções que viola os direitos da população civil. O artigo 56 contém o compromisso de que os Membros das Nações Unidas tomarão medidas para a realização dos propósitos consignados no artigo 55<sup>861</sup>. Em consequência, qualquer regime de sanções efetivo que contrarie os direitos humanos seria oposto a este artigo 55 e, portanto, os organismos de direitos humanos ou organismos especializados teriam o dever de se opor a tais sanções.

A Corte Internacional de Justiça é, em última instância, o árbitro a respeito de um regime de sanções violar ou não a Carta ou outras normas de Direito Internacional. Um Estado membro das Nações Unidas que impugne determinada sanção pode recorrer aos órgãos competentes, como a Subcomissão, a Comissão, o Conselho Econômico e Social, a Assembléia Geral ou ao Conselho de Segurança. Mas, se apesar dos questionamentos manifestados, não se elimina, nem modifica o respectivo regime de sanções, os membros da Subcomissão ou os governos membros da Comissão poderão requerer uma opinião por parte da Corte Internacional de Justiça<sup>862</sup>.

O *sistema interamericano*, à diferença do sistema das Nações Unidas, não se tem como foco ser um sistema intervencionista ou punitivo, isto se evidencia ao não contemplar embargos, bloqueios ou intervenções militares como meios de sanções para aqueles que violem ou coloquem em perigo a ordem constituída.

No sistema interamericano, as sanções são de ordem moral, v.g., uma ordem para cumprir com os compromissos democráticos<sup>863</sup>, ou mesmo a suspensão para a participação nos projetos de cooperação internacional ou para conseguir facilidade ou empréstimos por

---

<sup>861</sup> "Para a realização dos objetivos enumerados no artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente". Artigo 56. ONU. Carta das Nações Unidas.

<sup>862</sup> *COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS*. Exposição escrita pelo *Desarrollo Educativo internacional* apresentada no dia 3 de agosto de 1998. *Op. cit.*

<sup>863</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DA OEA. Resoluções AG/RES 1159 (XXII-0/92), de 22 de maio de 1992 e AG/RES 1477 XXVII-0/97, de 05 de junho de 1997.

parte das instituições financeiras contempladas no Protocolo Adicional "Compromisso à Democracia" da Comunidade Andina de Nações, de 10 de junho de 2000<sup>864</sup>.

A partir da Carta de Bogotá, assinada em 1948, e após uma história de governos militares na América Latina, em especial América Central e Sul, tem-se evoluído para a consolidação do conceito de democracia representativa e não tanto à implementação específica de sanções coletivas no caso de irresponsabilidade estadual.

Desta forma, estudando-se a Carta da Organização dos Estados Americanos (instrumento fundamental do Sistema Interamericano), encontra-se um documento enriquecido com vários artigos onde se estimula os Estados a recorrer sempre a soluções pacíficas, fomentando-se a política de não intervenção. Entre outros, citam-se o artigo 19, onde se proíbe a intervenção de um Estado no outro<sup>865</sup>, o artigo 20, que estipula que "nenhum Estado poderá aplicar ou estimular medidas coercitivas de caráter econômico ou político para forçar a vontade soberana de outro Estado e obter de estas vantagens de qualquer natureza" e o artigo 35 diz que "Os Estados membros devem abster-se de exercer políticas, ações ou medidas que tenham sérios efeitos adversos sobre o desenvolvimento de outros Estados membros<sup>866</sup>".

Encontra-se apenas um artigo específico para a aplicação de sanções internacionais, o Artigo 9º:

---

<sup>864</sup> Este protocolo adicional reconhece a plena vigência das instituições para a cooperação política e o progresso de integração, assim como prevê sanções em caso de ruptura da ordem democrática em quaisquer dos países membros. Estipulam-se como sanções: (a) Suspensão da participação do país membro em algum dos órgãos do Sistema Andino de Integração; (b) A suspensão da participação nos projetos de cooperação internacional que desenvolvem os países membros; (c) A extensão da suspensão a outros órgãos do sistema, incluindo a inabilitação para aceder a facilidades ou prestamos por parte das instituições financeiras andinas; (d) Suspensão de direitos derivados do Acordo de Cartagena e acordo de uma ação externa em outros âmbitos; e (e) Outras medidas e ações que de conformidade com o Direito Internacional se consideram pertinentes. Artigo 4º parágrafo 3º do Protocolo Adicional al Acordo de Cartagena "Compromisso da Comunidade Andina pela Democracia". Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/normativa.htm>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>865</sup> Recorda-se o texto do artigo 19, mencionado anteriormente: "Nenhum Estado ou grupo de Estados têm direito de intervir, direta ou indiretamente, e seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. O principio anterior exclui não somente a força armada, senão também qualquer outra forma de ingerência ou de tendência atentatória da personalidade do Estado, dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem". Carta da Organização dos Estados Americanos. *Op. cit.*

<sup>866</sup> Artigo 35. *Ibidem.*

Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembléa Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados. (a) A faculdade de suspensão somente será exercida quando tenham sido infrutíferas as gestões diplomáticas que a Organização houver empreendido com a finalidade de propiciar o restabelecimento da democracia representativa no Estado membro afetado; (b) A decisão sobre a suspensão deverá ser adotada em um período extraordinário de sessões da Assembléa Geral, pelo voto afirmativo de dois terços dos Estados membros; (c) A suspensão entrará em vigor imediatamente após sua aprovação pela Assembléa Geral; (d) Não obstante a medida de suspensão, a Organização procurará empreender novas gestões diplomáticas destinadas a coadjuvar o restabelecimento da Democracia representativa no Estado membro afetado; (e) O membro que tiver sido objeto de suspensão devesse continuar observando o cumprimento de suas obrigações com a Organização; (f) A Assembléa Geral poderá levantar a suspensão mediante decisão adotada com aprovação de dois terços dos Estados membros; e (g) As atribuições a que se refere esta artigo se exercerão de conformidade com a presente Carta <sup>867</sup>.

Posteriormente, estabelece-se o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (Tratado de Rio de Janeiro de 1947) que, em seu artigo 8º, estabelece como medidas (sanções)

a retirada dos chefes de missão; a ruptura de relações diplomáticas; a ruptura de relações consulares; a interrupção parcial ou total das relações econômicas ou das comunicações ferroviárias, marítimas, aéreas, postais telegráficas, telefônicas, radiotelefônicas ou radiotelegráficas, e o emprego de forças armadas <sup>868</sup>.

Em 1991, a Assembléa Geral aprovou, em 05 de junho, a resolução sobre a Democracia Representativa, facultando ao Secretário Geral da OEA convocar o Conselho Permanente em casos de ocorrência de fatos que ocasionem uma interrupção abrupta ou irregular do processo político institucional democrático ou do livre exercício do poder por um governo democraticamente eleito em qualquer dos Estados membros da organização. Neste mesmo período ordinário de sessões, a Assembléa aprovou a Resolução sobre o "Fortalecimento da OEA em matéria de Direitos Humanos", mas não incluiu - assim como também não incluiu na Resolução da Democracia Representativa - o uso de mecanismos para o tratamento de graves e reiteradas violações aos direitos humanos, nem sanções específicas para os Estados agressores. Confirmando-se a inicial proposta por parte do sistema interamericano ao fortalecimento fundamentalmente da democracia representativa.

<sup>867</sup> Artigo 9º. Carta da Organização de Estados Americanos. *Op. cit.*

<sup>868</sup> Artigo 8º. Tratado Interamericano de Assistência Recíproca. Assinado no Rio de Janeiro, em 02 de setembro de 1947. Ratificado em 05 de março de 1948 e promulgado em 13 de outubro do mesmo ano.

Este esquema de sanções foi utilizado pela primeira vez no caso do Haiti (exposto na seção anterior), em 1991, quando se convocou a reunião *ad hoc* de Ministros de Relações Exteriores e se resolveu enviar para o Haiti uma missão integrada pelo Secretário Geral da OEA em união com um grupo de Ministros de Relações Exteriores. Recomendou-se, a título de sanção - pelas atrocidades vividas no país - suspender seus vínculos econômicos, financeiros e comerciais, assim como suspender ajuda e cooperação técnica que fosse necessária. Além disto, a OEA negou-se a dar qualquer tipo de assistência militar, policial ou de segurança.

Em 1992, novamente reuniram-se os Ministros de Relações Exteriores em *Washington D.C* e concordaram enviar uma missão integrada pelo Secretário Geral da OEA ao Peru. As violações aos direitos humanos, cometidas a partir da década de 80, eram consideradas graves e massivas, chegando a centenas o número de desaparecidos. Em sua maioria, foram atribuíveis a grupos paramilitares apoiados e dirigidos pelo exército. Já em 1995, o presidente Fujimori promulgou uma lei de anistia que exonerou de qualquer acusação de violação aos direitos humanos fundamentais atos cometidos pelos membros do exército, da polícia e inclusive civis na luta contra o terrorismo<sup>869</sup>.

Esta comissão enviada pela OEA enviou notificação ao governo do Peru manifestando sua contrariedade com a promulgação das leis da anistiam, o qual foi condenado ao pagamento de indenização às vítimas "cujo direito de vida foi terminado pelo Peru"<sup>870</sup>. (Caso *Neira Alegria e outros*).

Em 2000, os líderes da Comunidade Andina assinaram, em 10 de junho, um protocolo adicional da Carta mediante o qual estabeleciam o compromisso pela democracia, o qual, antes da Declaração de Quebec e das negociações da Carta Democrática Interamericana<sup>871</sup>, já recolhia os elementos fundamentais para o caráter preventivo da Carta democrática, assim como a suspensão como meio de sanção.

---

<sup>869</sup> Sobre o caso de Peru ver relatório do Comitê de direitos humanos C/CN.4/1996/35. Disponível em: <<http://www.un.org/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>870</sup> **Caso *Neira Alegria e outros***. C.I.D.H. Sentença do 19 de Janeiro de 1995. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>> Acesso em julho de 2007.

<sup>871</sup> A Carta Democrática Interamericana consta de 28 artigos onde se expressa a necessidade de fortalecer os partidos políticos e a responsabilidade dos governos na gestão pública, assim como estabelecer os mecanismos para prever atentados contra os processos democráticos da região. Esta Carta surgiu como iniciativa do governo de Peru e foi assinada ironicamente em 11 de setembro por 34 Nações. O texto deste corpo normativo está Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em julho de 2007.

A partir desta Carta Democrática, nasce uma nova geração de acordos, caracterizados pela prevenção e pela responsabilidade dos Estados signatários, ao comprometer-se em salvaguardar os elementos essenciais da democracia representativa. Assim, o artigo 21 estipula como sanção à suspensão de um Estado membro do exercício de seu direito de participação na OEA<sup>872</sup>.

Por outro lado, e tendo-se claras as normativas e sistemas de sanções existentes em nível universal (ONU) e regional (OEA), resta agregar que o projeto da C.D.I. limita-se ao estabelecimento de restrições às contramedidas não sendo claro sua posição em relação às sanções coletivas. André de Carvalho Ramos leciona que, na prática internacional, não há ainda definição sobre a existência de limites às ações de organizações internacionais (sanções coletivas)<sup>873</sup>.

Em reforço à crítica anterior, no sistema interamericano faltam dispositivos e doutrina em relação à competência para ordenar as sanções coletivas, assim como pronunciamentos por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os limites que estas sanções coletivas devem ter.

### 3.2 CONSEQÜÊNCIAS DA IRRESPONSABILIDADE

Em matéria de direitos humanos, a conseqüência principal, a critério de Piza Rocafort, é a reparação. Principal – explica – porque, ainda que no Direito Interno a conseqüência fundamental talvez seja a aplicação de sanções penais e civis contra os responsáveis diretos, neste campo, por não serem reconhecidas às sanções de tipo penal, as únicas possíveis são as de tipo patrimonial com caráter compensatório (não punitivo)<sup>874</sup>.

---

<sup>872</sup> "Quando a Assembléia Geral, convocada para um período extraordinário de sessões, constatar que ocorreu a ruptura da ordem democrática num Estado membro e que as gestões diplomáticas tenham sido infrutíferas, em conformidade com a Carta da OEA tomará a decisão de suspender o referido Estado membro do exercício de seu direito de participação na OEA mediante o voto afirmativo de dois terços dos Estados membros. A suspensão entrará em vigor imediatamente. O estado membro que tiver sido objeto de suspensão deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações como membro da Organização, em particular em matéria de direitos humanos. Adotada a decisão de suspender um governo, a Organização manterá suas gestões diplomáticas para o restabelecimento da democracia no Estado membro afetado". Artigo 21. OEA. Carta Democrática Interamericana. *Op. cit.*

<sup>873</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.401.

<sup>874</sup> PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Op.cit.* 1989, p. 193.

Depreende-se, então, que a conseqüência jurídica da responsabilidade do Estado é a obrigação de restituir as vítimas na esfera do direito que foi violado e, quando não for possível esta restituição, deve-se, na medida do possível, indenizar os danos e prejuízos causados, geralmente estipulados em dinheiro. Porém, e seguindo a visão do atual secretário da C.I.D.H, Pablo Saavedra Alessandri, "pretender escrever sobre as conseqüências simplesmente desde a perspectiva do *homo economicus* pareceria demonstrar um completo desconhecimento de que a pessoa afetada é um ser humano<sup>875</sup>".

Nas palavras de Cançado Trindade, manifestando-se no caso *Villagrán e outros*:

O dia em que o trabalho de determinar reparações devidas às vítimas de violações de direitos humanos fundamentais se reduzisse exclusivamente a uma simples fixação de compensações na forma de indenização, já não se precisaria do conhecimento pacientemente adquirido, assimilado e sedimentado ao longo dos anos de leituras, estudo e reflexão: para isso bastaria uma máquina calculadora<sup>876</sup>.

Também são possíveis as sanções morais, que se caracterizam por não serem apreciáveis quantitativamente, mas de muita importância para os familiares da vítima cuja estipulação gera muita complexidade. A C.I.D.H. tem feito um ótimo trabalho no estudo dos métodos mais adequados para uma justa indenização moral (a ser visto na próxima seção).

Por outra parte, o projeto de artigos sobre responsabilidade internacional da C.D.I. adota em seu artigo 28 a regra consuetudinária que estipula que de um fato internacionalmente ilícito nascem conseqüências jurídicas<sup>877</sup>. Se não nascessem estas conseqüências jurídicas pareceria que perderia sentido a delimitação exaustiva que os doutrinadores, organismos internacionais e jurisprudência estão traçando na do instituto da responsabilidade internacional.

As conseqüências jurídicas da responsabilidade são consideradas normas secundárias; os estudos do projeto da Convenção têm insistido que estas normas secundárias não tentam

<sup>875</sup> SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas consideraciones sobre las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo VI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 96.

<sup>876</sup> **Caso Villagrán e outros**. *Op. cit.* Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 37.

<sup>877</sup> "A responsabilidade internacional do Estado que, de conformidade com as disposições da primeira parte, nasce de um fato internacionalmente ilícito procede das conseqüências jurídicas que se enunciam na presente parte". Artigo 28. C.D.I. Projeto...*Op. cit.*

definir o conteúdo da violação das obrigações internacionais que originam a responsabilidade<sup>878</sup>.

### 3.2.1 Artigo 63.1 do Pacto São José da Costa Rica

Sendo o foco de estudo, nesta seção, o Sistema Interamericano, e recordando-se que, com a entrada em vigor da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica<sup>879</sup>), consolidou-se fortemente o sistema de direitos humanos dentro desta região, destaca-se como primeiro ponto a omissão específica que apresenta esta Convenção sobre o tema das conseqüências jurídicas oriundas dos fatos ilícitos estatais.

O artigo 51.3 deste Pacto menciona a capacidade que possui a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (quando assume o conhecimento de um caso de violação dos direitos humanos<sup>880</sup>) de publicar ou não seu informe; esta publicação poderá aparecer diante do descumprimento por parte do Estado questionado<sup>881</sup>. À primeira impressão parece que a publicação do informe da Comissão seria o efeito ou a conseqüência do descumprimento da obrigação. Contudo, e de acordo com ex-juiz da C.I.D.H., “o sentido de tal medida é induzir o Estado ao cumprimento mediante a pressão da opinião pública, mas não colocar nele uma idéia de sanção<sup>882</sup>”.

As conseqüências jurídicas derivadas do descumprimento da C.A.D.H. depreendem-se do artigo 63.1, que é o único artigo a tratar do tema, e assim diz:

<sup>878</sup> C.D.I Labor realizada no 53º período de sessões. *Op. cit.*, p. 38..

<sup>879</sup> Os antecedentes da CADH remontam ao México à Conferência celebrada em 1945, a qual encomendou ao Comitê Jurídico Interamericano a preparação de um projeto de Declaração. Esta idéia foi retomada na Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores que se reuniu no Chile, em 1959. O projeto originado nesta reunião foi sujeito a comentários por parte dos Estados e da Comissão. Em 1967, a Comissão apresentou um novo projeto. Com a finalidade de analisar os diferentes projetos, a OEA convocou a uma Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos ocorrida em São José da Costa Rica, onde se aprovou a atual Convenção, em 1969.

<sup>880</sup> Sobre as atribuições da Comissão de Direitos Humanos, ver **Opinião Consultiva OC- 13/93**. CIDH. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Sentença de 16 de junho de 1993.

<sup>881</sup> "(3). Transcorrido o período fixado, a Comissão decidirá, por a maioria absoluta de votos de seus membros, se o Estado tem tomado ou não as medidas adequadas e se publica ou não o informe". Artigo 51.3 C.I.D.H. *Op. cit.*.

<sup>882</sup> AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.* 1993, p. 70.

(1) Quando decida que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violada. Determinará também, se isto for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que tenha configurado a violação desses direitos, assim como o pagamento de indenização justa à parte lesada<sup>883</sup>.

O ex-presidente da Corte Interamericana, Gros Espiell, compara este artigo com seu correspondente artigo 50 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, destacando que "não expressam, em realidade, uma diversidade ou oposição de critérios<sup>884</sup>". Entretanto, estes são diferentes no procedimento processual. Veja-se o texto deste artigo 50:

Se a decisão do Tribunal declara que uma resolução tomada ou uma medida ordenada por uma autoridade judicial ou qualquer outra autoridade de uma parte contratante se encontra total ou parcialmente em oposição com obrigações que derivam do presente Convênio e se o direito interno de tal parte só permite de maneira imperfeita reparar as conseqüências desta resolução ou medida, a decisão do Tribunal concederá, se procede uma satisfação equitativa da parte lesionada<sup>885</sup>.

Este artigo diverge do artigo 63.1 da CADH na parte em que aquele reenvia ao Direito Interno do Estado infrator a reparação das conseqüências do fato ilícito e, só em caso de lacuna ou legislação imperfeita no Direito Interno, é que a Corte Européia concederá uma "satisfação equitativa<sup>886</sup>". No Sistema Interamericano, não se obriga a uma primeira verificação sobre a eficácia reparadora da via interna, "avançando diretamente sobre a reparação internacional que provém de uma responsabilidade assim mesmo internacional do Estado<sup>887</sup>".

Ainda assim, em ambos textos (art. 50 da Convenção Européia e art. 63.1 CADH), há referência tanto à reparação, como à justa indenização enquanto conseqüências principais da realização de atos que lesem os direitos e as garantias asseguradas pelos instrumentos internacionais.

<sup>883</sup> Artigo 63. C.A.D.H. *Op. cit.*.

<sup>884</sup> GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos: Análisis comparativo*. Santiago: Jurídica de Chile, 1991, p. 191.

<sup>885</sup> Artigo 50. Convenção Européia para a proteção de direitos humanos e liberdade fundamental. Assinada em Roma, no dia 04 de novembro de 1950.

<sup>886</sup> GROS ESPIELL, Héctor. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>887</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las reparaciones en el sistema de protección de los derechos humanos. In: **Memoria del seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p.130.

Cabe a ressalva que o artigo 68.2 da CADH efetua uma remissão parcial ao Direito Interno do Estado responsável, com a finalidade de garantir a efetividade dos seus pronunciamentos sobre indenizações. Este artigo indica que os beneficiários de uma sentença compensatória "poderão executar no respectivo país pelo procedimento interno vigente para a execução da sentença contra o Estado"<sup>888</sup>

A C.I.D.H., fazendo referência ao mencionado artigo 63.1, destaca que

nenhuma parte deste artigo faz menção nem condiciona as disposições da Corte à eficácia dos instrumentos de reparação existentes no direito interno do Estado Parte responsável da infração, de maneira que aquela não se estabelece em função dos defeitos, imperfeições ou insuficiências do direito nacional, senão com independência do mesmo<sup>889</sup>.

Desta forma, a declaratória de responsabilidade de um Estado por violação aos direitos e liberdades do indivíduo, no Sistema Interamericano, deve se fundar no Pacto São José e nos princípios de direitos aplicáveis a matéria<sup>890</sup>. Por isto é que, após ditada a correspondente sentença, a C.I.D.H. não poderá modificar seus efeitos<sup>891</sup>, "menos ainda suspender seu cumprimento invocando normas de direito interno"<sup>892</sup>. Deve-se - ensina Asdrúal Aguiar - acatar o decidido e executar de boa fé<sup>893</sup> baseando-se no princípio *pacta sunt servanda* baseado no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e no artigo 68.1 da CADH. Este artigo 68.1 diz: "(1) Os Estados Partes da Convenção se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que sejam partes"<sup>894</sup>.

<sup>888</sup> Artigo 68.2 CADH. *Op. cit.*

<sup>889</sup> Citação encontrada, entre outros, no **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 30. **Caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 28. **Caso Bámaca Velásquez**. C.I.D.H. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C. Nº 91, 2002, parágrafo 39. **Caso Cantoral Benavides**. C.I.D.H. Sentença de 03 de dezembro de 2001. Série C. Nº88, 2001, parágrafo 41. **Caso Blake**. C.I.D.H. Sentença de 22 de fevereiro de 1999. Série C, Nº48, 1999, parágrafo 32. **Caso Caracazo**. C.I.D.H. Sentença do 29 de agosto de 2002. Série C, Nº 95, 2002, parágrafo 77; **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin**. C.I.D.H. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C. Nº 94, 2002, parágrafo 203. **Caso Trujillo Oroza**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 61. **Caso Los Hermanos Gómez Paquiyauri**. C.I.D.H. Sentença de 08 de julho de 2004. Série C. Nº 110, 2004, parágrafo 189. **Caso Molina Theissen**. C.I.D.H. Sentença de 03 de julho de 2004. Série C. Nº108, 2004, parágrafo 42.

<sup>890</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 31. e **Caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 29.

<sup>891</sup> AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.*, 1993, p.40.

<sup>892</sup> **Caso Aloeboetoe**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 44.

<sup>893</sup> AGUIAR A, Asdrúal. *Op.cit.*, 1993, p.41.

<sup>894</sup> Artigo 68.1 CADH. *Op. cit.*

Para Sergio García, a leitura do inciso 1º do artigo 63 tem levado a estabelecer uma dupla perspectiva na operação das suas normas. *A primeira parte do artigo* ("Quando decida que houve violação de um direito ou liberdade protegidos em esta Convenção determinará que se garanta, ao lesionado, o gozo do seu direito ou liberdade violada") tem uma perspectiva para o futuro e garantirá sua proteção para o autor tratando-se de uma disposição de objeto e efeitos de um tempo "preventivos e de ressarcimento". *A segunda parte* ("Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que tenha configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada") teria uma perspectiva passada, momento no qual se consumou formal ou materialmente a violação e se originou, portanto, uma obrigação reparadora. Seria uma disposição de efeitos "de ressarcimento".

Para Felipe Paolillo, a CADH tem um significado mais restrito do conceito reparação, de aquele que, segundo a C.D.I. posteriormente, deu a seu projeto de artigos<sup>895</sup> trazendo-se em consideração que, segundo a C.D.I., a reparação é uma designação genérica que cobre diversas conseqüências do ilícito e inclui a *restitutio in integrum*, a compensação, a satisfação e os seguros ou garantias de não repetição.

O mencionado autor Paolillo também lembra que, no último projeto da CDI sobre a responsabilidade internacional por conseqüências prejudiciais de atos não proibidos pelo Direito Internacional<sup>896</sup>, foi utilizada a palavra "reparação" em sentido amplo sem especificação das modalidades que possa assumir a mesma, mas esclarecendo-se que a reparação deverá restabelecer o equilíbrio dos interesses afetados pelo dano<sup>897</sup>.

Em concreto, com a simples leitura poderíamos extrair deste artigo (63.1) que a violação dos direitos humanos consagrados poderá acarretar 2 (dois) tipos de conseqüências: a de reparar e a de indenizar. Estas surgem como formas cumulativas<sup>898</sup>: a indenização aparece

---

<sup>895</sup> PAOLILLO, Felipe H. Derechos Humanos y Reparación. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Líber**: Persona Humana y Derecho Internacional. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997. p. 986.

<sup>896</sup> Neste mesmo projeto utiliza-se uma terminologia diferente quando se tratam de atos que prejudicam ao meio ambiente: no artigo 24, estabelece-se a obrigação de um Estado que tem causado um prejuízo ao meio ambiente de outro Estado de *restaurar*, dentro do possível, as condições existentes antes que o dano se produzira. Depois agrega que, sendo impossível restaurá-lo, poderá ser negociada uma prestação pecuniária ou de outro tipo para compensar o dano sofrido. CDI. Anuário, 1991. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>897</sup> *Idem*, p. 987.

<sup>898</sup> *Idem*, p. 986.

como conseqüência distinta da reparação e não como uma forma diferente de designá-la, nem como modalidades a que pertençam uma e(?) outra. Todavia, a C.I.D.H. não tem interpretado neste artigo 63.1 a indenização e a reparação como idéias totalmente separadas, mas complementares. Também não consta que esta Corte tenha rejeitado a palavra reparação como um termo genérico, incluindo também a indenização<sup>899</sup>. Especificamente no caso *Velásquez Rodríguez* a Corte agregou "A justa indenização a que alude o artigo 63.1 deve ser considerada como formando parte da reparação<sup>900</sup>". Para a C.D.I.H., a "reparação das conseqüências" de uma violação dos direitos humanos exige um dever de investigação dos fatos, o castigo dos responsáveis, o repúdio por parte dos Estados e a obrigação de prever tais práticas<sup>901</sup>.

Inclusive, na jurisprudência inicialmente emanada à luz deste artigo 61.3, identificou-se o ressarcimento como uma indenização compensatória, como nos mencionados casos *Velásquez Rodrigues e Godínez Cruz*. Posteriormente, a Corte evoluiu e passou a optar pela referência simplesmente a "reparações", alegando que a reparação é um "termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode fazer frente à responsabilidade internacional na qual tem incorrido<sup>902</sup>" - caso *Garrido e Baigorria*.

O atual presidente da C.I.D.H., Sergio García, faz uma crítica à redação deste artigo 63, afirmando que seria necessária a constituição de uma nova Convenção Americana e uma nova redação deste artigo. Para ele, o artigo 63 deveria separar as medidas utilizadas para evitar a violação de um direito (medidas provisórias) das conseqüências surgidas (reparações), assim como deveria incorporar às reparações as garantias de que goze o exercício dos direitos e liberdades violados e abarcar com uma fórmula mais ampla as diversas projeções das reparações<sup>903</sup>.

#### **a) Restitutio in integrum**

A *restitutio in integrum* tem como objetivo restabelecer a situação que se encontrava antes da consumação da violação. Embora, como afirma Sergio Ramírez,

<sup>899</sup> PAOLILLO, Felipe H. *Op.cit.* 1997. p. 987.

<sup>900</sup> *Caso Velásquez Rodríguez*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 38.

<sup>901</sup> *Idem*, p. parágrafo 32.

<sup>902</sup> *Caso Garrido e Baigorria*. C.I.D.H. Sentença de 02 de fevereiro de 1996. Série C. Nº 26, 1996.

<sup>903</sup> PAOLILLO, Felipe H. *Op.cit.* 1997. p. 130.

restituir as coisas ao Estado que guardavam, não somente é improvável, senão também impossível, porque a violação com resultados materiais ou formais (...) constitui um dado não possível de apagar da experiência: ocorreu e deixou marcas, materiais ou jurídicas, que não são possíveis de desconhecer<sup>904</sup>.

A C.I.D.H. tem precisado que "a *restitutio in integrum* é um modo de reparar, mas não é o único praticável, precisamente, porque em numerosos casos ocorre que esta restituição é impraticável: por ser insuficiente, impossível ou inadequada<sup>905</sup>". Como dentro do objeto do trabalho estão os direitos humanos, apresenta-se quase impossível recorrer-se a uma restituição integral como forma de reparação. Por exemplo, como se poderia fazer uma restituição integral quando se violou o direito à vida? Somente em alguns casos, como naqueles onde se violou o direito à propriedade privada, é viável a restauração por esta via.

O ex-relator da C.D.I. James Crawford asseverava que duas possíveis definições de *restitutio in integrum* eram discutidas. Por um lado, vê-se a restituição como um retorno ao *status quo ante*; por outro, a possibilidade de ver a restituição como um retorno da situação que poderia ter existido no caso em que o ato ilícito não tivesse acontecido<sup>906</sup>.

O projeto da C.D.I. opta pela primeira hipótese exposta por Crawford, estipulando em seu artigo 35

O Estado responsável de um fato internacionalmente ilícito está obrigado à restituição, em outras palavras, a restabelecer a situação que existia antes da comissão do fato ilícito, sempre que e na medida em que essa restituição (a) Não seja materialmente impossível; (b) Não entranhe uma carga totalmente desproporcionada com relação ao benefício que deriva da restituição ao invés da indenização<sup>907</sup>.

Dispensando-se, assim, a análise hipotética de qual seria a situação caso a violação não houvesse ocorrido<sup>908</sup>.

<sup>904</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 142.

<sup>905</sup> **Caso Aloeboetoe**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 49.

<sup>906</sup> Nas palavras exatas de Crawford: "*The concept of restitution is not uniformly defined. According to one definition, restitution consists in re-establishing the status quo ante, i.e, the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act. Under another definition, restitution is the establishment or re-establishment of the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed*". CRAWFORD, James. *Op.cit.* 1998, p. 213.

<sup>907</sup> C.D.I. Artigo 35: Restituição. Projeto...*Op. cit.*.

<sup>908</sup> CRAWFORD, James. *Op.cit.* 1998, p. 213.

Tomando por base os comentários da C.D.I. de 2001, este termo “restituição”, utilizado no artigo 35, compreende tanto a restituição material<sup>909</sup>, no sentido de devolução, seja de coisas ou pessoas<sup>910</sup>, como a restituição jurídica que inclui a revogação, a anulação ou a emenda de uma disposição constitucional ou legislativa promulgada em violação de uma norma de Direito Internacional; a anulação ou revisão de um ato administrativo ou de uma resolução judicial licitamente adotada; ou, também, indica a C.D.I. a exigência de que sejam adotadas disposições para dar por encerrado um tratado<sup>911</sup> (a ser vista mais adiante). Nesta última hipótese que cita a C.D.I., pode-se exemplificar com o caso *Bryan-Chamorro*, entre Costa Rica e Nicarágua. A então Corte de Justiça da América Central resolveu que o Governo da Nicarágua estava obrigado a restabelecer e manter a condição legal que existia antes que o Tratado Bryan-Chamorro entrasse em vigor e passasse a vigor nas repúblicas litigantes<sup>912</sup>.

Existem diversas classificações sobre as reparações como consequência da irresponsabilidade estatal, ainda que a C.I.D.H. insista na *restitutio in integrum* como o meio ideal de restituição, esclarece que não é o meio mais real, pela natureza subjetiva dos direitos que a área dos direitos humanos protege. Seguidamente, faz-se referência às variedades de reparação que são consideradas mais importantes e reincidentes na jurisprudência da Corte Interamericana.

### **b) Dano ao projeto de vida**

Cuidando-se esta seção da pesquisa da esfera dos direitos humanos, deve-se mencionar o surgimento relativamente novo (em comparação com a sólida história dos direitos humanos) do conceito denominado *projeto de vida*, definido pela C.I.D.H. como um conjunto de opções que o indivíduo pode ter para conduzir sua vida e alcançar o destino a que se propõe<sup>913</sup>.

<sup>909</sup> A C.D.I. coloca como exemplo o caso *Temple of Preah Vibear* (no qual a C.I.J. sentenciou a favor da demanda de Camboja, que incluía a restituição de certos objetos que tinham sido retirados do templo e da zona vizinha por autoridades tailandesas. C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 6); C.D.I. Comentários...2001. *Op. cit.*, p. 255.

<sup>910</sup> Como exemplo de restituição material referido a pessoas destaca-se o caso *Pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã*, no qual a C.I.J. exigiu do Irã a liberação imediata de todos os nacionais dos Estados Unidos detidos. C.I.J. Reportes de 1980, p. 3, parágrafo 44 e 45.

<sup>911</sup> C.D.I. Comentários...2001. *Op. cit.*, p. 255.

<sup>912</sup> *Caso Bryan-Chamorro*. Corte de Justiça de América Central. *Anales de la Corte de 1917*. Vol. VI. San José: [s.ed], 1917.

<sup>913</sup> *Caso Loayza Tamayo*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 144.

Por ser uma perspectiva ligada aos direitos humanos, não se encontra artigo equivalente no projeto da C.D.I. que foi estudado. O fundamento desta figura encontra-se em transcorrer a vida (segundo a Corte) de forma injusta e arbitrária quando ocorrem violações de normas vigentes, rompendo-se a confiança que a pessoa depositou em órgãos do poder público obrigados a proteger esta vítima<sup>914</sup>.

Considera-se que a C.I.D.H realizou um grande avanço na matéria de reparações com um conceito extremamente relevante. A Corte trouxe este novo horizonte através do caso *Loayza Tamayo*, quando considerou que o Estado Peruano, como consequência dos fatos que originaram a violação dos direitos humanos, alterou de modo drástico a vida da vítima e impediu o desenvolvimento pessoal e profissional. Ainda, indicou que os fatos pelos quais a vítima passou mudaram substancialmente o curso da vida dela, alterando seus planos e projetos vividos e traçados em seu cotidiano.

Veja-se brevemente o caso contra o Peru. Quando a vítima foi detida pelos agentes do Estado Peruano, desempenhava a função de professora (formada em Educação) e cursava a faculdade de Direito. Posteriormente foi processada na jurisdição penal militar por delito de traição à pátria; sendo, porém, absolvida. A despeito disto, voltou a ser julgada (pelo mesmo delito), tempos após, e condenada a 20 anos de cadeia. Na sentença de mérito, a C.I.D.H. ordenou sua liberdade (permaneceu 4 anos presa) por violação ao direito de liberdade pessoal, o direito à integridade pessoal, violações às garantias judiciais (duplo juízo pelos mesmos fatos). A vítima sofreu comprovados transtornos psíquicos e físicos mudando-se para o Chile por impossibilidade de recuperar sua vida, família e trabalho no Peru, em função do ocorrido.

Na etapa das reparações, a C.I.D.H. solicitou uma indenização pelo conceito de “dano ao projeto da vida”. O Estado peruano argumentou que era improcedente, baseando-se no projeto da vida como um dano emergente e lucro cessante. Esta argumentação permitiu à Corte pronunciar-se sobre o projeto da vida, diferenciando-a do dano emergente e lucro cessante:

---

<sup>914</sup> *Caso Loayza Tamayo*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 148.

O dano ao projeto da vida não corresponde à afetação patrimonial derivada imediata e diretamente dos fatos e também não se confunde com lucro cessante, porque enquanto este faz referência de forma exclusiva à perda de ingressos econômicos e futuros, que é possível quantificar a partir de certos indicadores mensuráveis e objetivos, o denominado projeto de vida atenta à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, atitudes (...) <sup>915</sup>.

A critério de Pablo Saavedra, o único problema que ocorreu neste caso foi que a "Corte somente desenvolveu conceitualmente esta idéia sem conceder nenhuma reparação em concreto <sup>916</sup>". Por outro lado, o presidente da Corte Interamericana opinou que a noção de dano ao projeto da vida elabora-se em torno à idéia de realização pessoal e tem como referência diversos dados da personalidade e do desenvolvimento individual que sustentam as expectativas do indivíduo e sua capacidade para obtê-las <sup>917</sup>. O projeto da vida implica uma indenização, mas não se reduz necessariamente a esta, podendo implicar outras compensações "como podem ser de caráter acadêmico, trabalhista, etc", sempre com a idéia de restabelecer o projeto arruinado pelas violações incorridas <sup>918</sup>.

Posteriormente a Corte fez referência ao projeto de vida novamente no caso *Cantoral Benavides* <sup>919</sup>. O autor Saavedra recordou o depoimento de uma das testemunhas, que diz brevemente:

---

<sup>915</sup> **Caso Loayza Tamayo**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 145.

<sup>916</sup> SAABEDRA ALESSANDRI, Pablo. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>917</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 151.

<sup>918</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>919</sup> Apesar de ser um caso extremamente extenso recomenda-se sua leitura integral. Entretanto, para um melhor entendimento do nível de violação aos direitos de um cidadão que pode chegar um Estado relata-se muito *grosso modo* este caso: Luis Alberto e José Antonio Cantoral Benavides eram gêmeos idênticos. O segundo foi condenado pelo Peru por delito de traição à pátria. A polícia do Peru foi à casa dos irmãos e prendeu sem mandato, sem explicação o outro gêmeo (agrega-se que os policiais estavam vestidos de civis). Após encontrar o verdadeiro gêmeo, levaram ambos algemados com os rostos tapados até a sede da DICOTE (instituição militar de Peru). Lá ficaram por um mês vendados, amarrados (tiveram direito de falar com um advogado até o 9º dia). Após este período, levaram-nos à praia e ao agrediram (ainda estando amarrados e vendados); agrediram psicologicamente ao irmão não culpado, inicialmente (ao ter que escutar os gritos do irmão e escutando a polícia afirmar que o tinham matado, mas não era verdade). Este gêmeo inocente declarou que não sabia por que estava acontecendo tudo e ninguém, após esta ida à praia, soube o paradeiro do irmão inicialmente sentenciado. O inocente foi posteriormente transferido para um Palácio de Justiça onde permaneceu em condições insalubres e com agressões diárias (aplicaram eletricidade, quebraram-lhe um braço, nunca teve direito a um médico, permanecia no escuro 23 horas e meia - tinha direito a 30 minutos diários de sol e uma visita de 5 minutos semanais do advogado sem poder falar claramente com ele porque a malha que os separava impedia a boa passagem do som. Foi levado a julgamento 3 (três) anos após de agressões e condenado a 20 anos por suposto terrorismo na Universidade que sempre freqüentou (várias testemunhas garantiram a dedicação que Luis Alberto tinha aos estudos). Sem alternativas, solicitou o indulto sendo liberado um ano após mesmo sabendo que permaneceriam na sua ficha todos os antecedentes penais. Ao final, após receber inúmeras ameaças, solicitou ajuda à Anistia Internacional e, atualmente, reside no Brasil com severos problemas físicos e psicológicos, produto das agressões.

(...) tinha planejado praticamente sua vida, desde que iniciou sua Universidade (...) pensava já terminar, fazer um mestrado, um doutorado (...) até que aconteceu esse problema, já tem passado nove anos (...) tem vontade de continuar e terminar seus estudos (...) mas (...) <sup>920</sup>.

O mais importante nesta figura jurídica é a consolidação da idéia de *projeto de vida* "que deve servir de *baliza* para todos os operadores do Direito no momento da determinação do conteúdo da reparação, em especial da restituição na íntegra, ampliando qualitativamente o conceito tanto do dano emergente, quanto dos lucros cessantes <sup>921</sup>".

### c) Satisfação

A satisfação em sentido amplo pode abarcar diversas reparações que geralmente compensam os bens não patrimoniais. Em sentido mais limitado, são reparações destinadas ao prestígio ou boa fama pública das *vítimas*; uma espécie de resgate da honra da pessoa perante a própria Comunidade Internacional <sup>922</sup>.

Para a C.D.I., a satisfação não é definida somente com base no tipo de dano ao qual atua a reparação específica. A satisfação também é definida pelas formas típicas que assume. No projeto, esta figura encontra-se recolhida no artigo 37:

(1) O Estado responsável por um fato internacionalmente ilícito está obrigado a dar satisfação por o prejuízo causado por esse fato na medida que esse prejuízo não possa ser reparado mediante restituição ou indenização. (2) A satisfação pode consistir em um reconhecimento da violação, uma expressão de pesar, uma desculpa formal ou qualquer outra modalidade adequada. (3) A satisfação não será desproporcional com relação ao prejuízo e não poderá adotar uma forma humilhante para o Estado responsável <sup>923</sup>.

Confirma-se com o anterior que, na existência da impossibilidade de restituir ou indenizar o prejuízo ocasionado por um fato ilícito, o Estado responsável está obrigado a satisfazer o Estado lesado; em definitivo, a satisfação está reservada para os danos não materiais. Por outro lado, no inciso 2º deste artigo 37, ao mencionar "ou qualquer outra modalidade adequada", existe uma abertura, porque existem muitas possibilidades diferentes de cumprimento da obrigação de satisfazer a um Estado lesado. A C.D.I. exemplifica estas

<sup>920</sup> **Caso Cantoral Benavides.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 80.

<sup>921</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Op.cit.* 2004, p.259.

<sup>922</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 156.

<sup>923</sup> C.D.I. Artigo 37: Satisfação. Projeto...*Op. cit.*

possibilidades: uma investigação das causas do acidente que provocou o dano ou prejuízo; um fundo fiduciário para administrar o pagamento das *indenizações* em interesse dos beneficiários; medidas disciplinares ou penais contra as pessoas cuja conduta causou o fato internacionalmente ilícito<sup>924</sup>, ou mesmo entregar satisfação por conceito de danos e prejuízos simbólicos em face de um prejuízo não pecuniário<sup>925</sup>.

A forma mais comum que se encontra na satisfação é a desculpa que pode ser exigida de forma escrita ou oral, através de um funcionário público do Estado ou do próprio Chefe de Estado. No caso *Rainbow Warrior* foram exigidas expressões de desculpas<sup>926</sup>. Na jurisprudência interamericana, podem ser citados os casos de *Los Hermanos Gómez Paquiyauri*<sup>927</sup> e o caso *Cantoral Benavides* cujo parágrafo 81 diz

finalmente, a Corte está sentenciando que o Estado Peruano faça pública uma desculpa para admitir que é sua responsabilidade neste caso, assim como deve prever a ocorrência de eventos tais como os ocorridos no presente caso<sup>928</sup>.

O juiz Sergio García cita outros exemplos de satisfação, a saber: a construção de monumentos em memória das vítimas; a imposição do nome das vítimas nas estradas, praças ou prédios; a publicação de sentenças no jornal oficial ou em jornais de circulação nacional e, inclusive, nos jornais que sejam editados ou circulem no país onde reside atualmente à vítima, ainda que não seja o local de ocorrência da violação, etc<sup>929</sup>.

<sup>924</sup> A C.D.I. cita nesta hipótese a investigação da Marinha dos Estados Unidos sobre as causas da colisão entre um submarino dos Estados Unidos e o buquê de pesca japonês *Ebime Maru*. C.D.I. Comentários...2001. *Op. cit.*, p. 285. (Ver mais informações sobre esta situação no jornal *New York Times*, do dia 08 de fevereiro de 2001).

<sup>925</sup> C.D.I. Comentários...*Op. cit.*, p. 283 e ss..

<sup>926</sup> Neste caso, afirmou-se "É prática de longa data dos Estados e das Cortes e Tribunais internacionais recorrer à satisfação como um remédio ou forma de reparação pela violação da obrigação internacional. Em particular, esta prática guarda relação com os casos de dano moral ou jurídico ocasionado diretamente ao Estado, especialmente em oposição aos casos de dano às pessoas nos que tem lugar a responsabilidade internacional". **Caso *Rainbow Warrior***. Tribunal Arbitral. *Op. cit.*, parágrafo 122.

<sup>927</sup> **Caso *Los Hermanos Gómez Paquiyauri***. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo. 234.

<sup>928</sup> No original da Corte: "*Finally, the Court is ordering that the Peruvian State make a public apology to admit its responsibility in this case and to prevent a recurrence of events such as those that occurred in the present case*". **Caso *Cantoral Benavides***. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 81.

<sup>929</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 156.

Sobre a imposição de monumentos citam-se como exemplos interamericanos os casos *Carpio Nicolle*<sup>930</sup> e o *Masacre Plan de Sánchez*<sup>931</sup>. E sobre a imposição do nome das vítimas em locais públicos, cita-se o caso *Villagrán Morales e outros* que, no parágrafo 103 do caso firmou "(...) a Corte ordena ao Estado a designar um centro educativo com os nomes das vítimas (...).<sup>932</sup>".

#### d) Garantias atuais e futuras

A simples leitura do mencionado artigo 63.1 da CADH evidencia a preocupação do Sistema Interamericano em garantir o direito de reparação ao direito violado. Este artigo diz com muita fortaleza "(...) que se *garanta* ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violado". Isto leva a C.I.D.H a ter como primeira medida ordenar que se garanta ao lesado a reposição do direito violado. Não sendo assim, a Corte estaria - nas palavras de Sergio García - "deixando de lado sua função essencial de proteção dos direitos humanos, tão imediata e direta quanto seja possível"<sup>933</sup>.

Como consequência da ruptura da confiança entre o Estado e o indivíduo na esfera de direitos humanos, não envolve simplesmente uma obrigação de garantir a reparação devida do seu direito (segundo o estudado). Também se deve garantir um devido processo (estudado na próxima seção) e uma garantia de *não repetição* do ato ilícito. Esta garantia de não repetição consiste em uma obtenção de "salvaguardas contra a reiteradas condutas violadoras de obrigação internacional", ou seja, as garantias de não repetição não são aplicáveis a todo fato internacionalmente ilícito, mas somente quando exista possibilidade de repetição da conduta.

<sup>930</sup> No original da Corte: "*Furthermore, during this public hearing, the State apologized and expressed "its profound respect and consideration for the victims and their next of kin" and acknowledged the atrocities that had occurred in the country and the errors that the Guatemalan State had committed in the past.*" **Caso Carpio Nicolle**. C.I.D.H. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C. Nº 116, 2004, parágrafo 39.

<sup>931</sup> **Caso Masacre Plan de Sánchez**. C.I.D.H. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C. Nº116, 2004, parágrafo 38.

<sup>932</sup> No original da Corte: "*En cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraun Aman Villagrán Morales. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas*". **Caso Villagrán Morales e outros (Los niños de la Calle)**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 103.

<sup>933</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 143.

De fato, sobre as conseqüências da responsabilidade internacional, cabe agregar que, em princípio, nem a cessação, nem a garantia de não repetição, afetam a continuidade da obrigação principal, isto é, aquela cujo descumprimento causou a responsabilidade. Com isto se quer dizer que o surgimento da responsabilidade não ocasiona a extinção da obrigação primária.

No mesmo diapasão, segundo a C.D.I. "majoritariamente a responsabilidade não originará a recessão da norma primária<sup>934</sup>", porém, em algumas ocasiões, o efeito definitivo da violação de uma obrigação, *sim*, pode pôr termo à obrigação em si. Por exemplo, no caso de um Estado lesado por violação grave de um tratado bilateral decida dar por resolvido o tratado. Aqui teríamos que examinar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, onde se afirma que a *simples* violação, inclusive uma rejeição ao um tratado, não dá este por encerrado<sup>935</sup>, o certo seria que o Estado lesado invoque a violação na medida permitida pela mesma Convenção<sup>936</sup>. Quando um tratado é encerrado por causa de sua violação, a resolução não afeta as relações jurídicas estabelecidas pelo tratado antes da sua ocorrência, incluindo a obrigação de reparar qualquer violação<sup>937</sup>.

### 3.2.2 Restituição Jurídica

Toda violação a um direito humano gera ao Estado a obrigação de promover e garantir um recurso efetivo. Este princípio está reafirmado em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos. No âmbito Universal, destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º.), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 2º.), a Convenção contra a Tortura e outros Tratados ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes (art. 13) e Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (art. 6º.). Igualmente, cita-se a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os

<sup>934</sup> C.D.I. Comentários...2001. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>935</sup> No caso *Gabcikovo-Nagymaros*, a Corte sustentou que as contínuas violações graves por ambas partes não surtiem o efeito de resolver o Tratado de 1977. *Caso Gabcikovo-Nagymaros*. C.I.J. *Op. cit.*, parágrafo 114.

<sup>936</sup> "(1) Uma violação *substancial* de um tratado bilateral, por uma das partes, autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão de sua execução no todo ou em parte (...)" Artigo 60: Extinção ou suspensão de um tratado em conseqüência de sua violação. Convenção sobre Direito dos Tratados. *Op. cit.*

<sup>937</sup> *Caso Rainbow Wairror*. C.I.J. *Op. cit.*, p. 266.

desaparecimentos forçados (arts. 9º. e 13). No plano regional, o artigo 13 do Convênio Europeu de Direitos Humanos, o artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, o artigo XVIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, os artigos 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o artigo X (numeração romana) da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, o artigo 8º da Convenção Interamericana para Prever e Sancionar a Tortura, os artigos 3º e 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e o artigo 9º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

No Sistema Interamericano, este procedimento processual terá uma conclusão ordinária o juízo internacional, ainda que também possa existir a possibilidade de conclusão antecipada, extraordinária ou anormal (estipuladas no regulamento da Corte Interamericana) pela ocorrência de desistência do caso<sup>938</sup>, prosseguimento do exame do caso<sup>939</sup> ou também solução amistosa<sup>940</sup>. Consoante afirma o presidente da Corte "são muito importantes os aportes jurisprudenciais dos *últimos* anos ao propósito do reconhecimento da responsabilidade do Estado<sup>941</sup>".

O que aqui interessa é constatar que tais violações possam ser apresentadas perante um Tribunal, obter uma decisão do caso (art. 56 do *Regulamento* da Corte) e um pronunciamento sobre a reparação e as custas, se procedente<sup>942</sup>.

---

<sup>938</sup> "(1) Quando a parte demandante notificar a Corte de sua intenção de desistir, esta decidirá, ouvida a opinião das demais partes do caso, bem como dos representantes das vítimas ou de seus familiares, se cabe ou não a desistência, e, portanto, se procede ou não cancelar o processo e declará-lo encerrado; (2) Se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante, a Corte, ouvindo o parecer desta e dos representantes das vítimas ou de seus familiares, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Neste caso, a Corte fixará as reparações e indenizações que corresponderem". Artigo 52: Desistência do caso. Regulamento da C.I.D.H. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>939</sup> "A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes". Artigo 53: Prosseguimento do exame do caso. Regulamento da C.I.D.H. *Op. cit.*.

<sup>940</sup> "Quando as partes de um processo perante a Corte comunicarem a esta a existência de solução amistosa, de acordo ou de outro fato capaz de dar solução ao litígio, a Corte poderá, chegado o momento e ouvidos os representantes das vítimas ou seus familiares, cancelar o processo e declará-lo encerrado". Artigo 54: Solução Amistosa. Regulamento da C.I.D.H. *Op. cit.*.

<sup>941</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 131.

<sup>942</sup> "A sentença conterà (...) (g) A decisão sobre o caso; (h) pronunciamento sobre as custas, se procede". Artigo 55 do Regulamento da C.I.D.H. *Op. cit.*.

### a) Legitimidade processual

Na atualidade, as Convenções Americana e Européia de Direitos Humanos são os únicos instrumentos internacionais dotados de controle jurisdicional consolidado através destas Cortes (Corte Européia de Direitos Humanos e Corte *Interamericana* de Direitos Humanos, respectivamente), onde as vítimas que vêm seus direitos vulnerados podem ter certo conforto perante a possibilidade de uma reparação. Se é que isto se pode denominar conforto a uma futura indenização, após terem passado por um exaustivo esgotamento dos recursos internos e o sofrimento de um ato ilícito por parte do Estado.

A vítima é quem resente o dano de um bem jurídico amparado por um direito ou "uma liberdade que possui a relevância necessária para figurar na categoria de direitos humanos ou fundamentais"<sup>943</sup>. O regulamento da C.I.D.H. caracteriza a vítima e a suposta vítima; segundo este, a vítima é a pessoa "cujos direitos têm sido violados de acordo com sentença proferida pela Corte"<sup>944</sup>. A suposta vítima significa "a pessoa a qual alega que têm sido violados os direitos protegidos na Convenção"<sup>945</sup>. Esta idéia de vítima, que passa o regulamento, é a que se tem visto ao longo do trabalho como parte lesada.

Agora bem, nem sempre as vítimas podem recorrer pessoalmente ao auxílio do sistema interamericano, infelizmente. E a jurisprudência da C.I.D.H vem mostrando que o direito à vida é um dos direitos mais violados. Por exemplo, são vários os casos de desaparecimentos forçados<sup>946</sup>, com os quais a Corte tem lidado.

O regulamento da C.I.D.H do ano 2000 designou como possíveis demandantes às supostas vítimas, seus familiares (entendidos como ascendentes e descendentes diretos, irmãos, cônjuges ou companheiros permanentes<sup>947</sup>), ou mesmo seus representantes

<sup>943</sup> Voto do Juiz Sergio García, no **caso Myrna Mack Chang**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C. Nº 101, parágrafo 59.

<sup>944</sup> "O termo vítima significa a pessoa cujos direitos foram violados de acordo com a sentença proferida pela Corte". Artigo 2.31 Regulamento da CIDH. *Op. cit.*

<sup>945</sup> "A expressão suposta vítima significa a pessoa da qual se alega terem sido violados os direitos protegidos na Convenção". Artigo 2. 30. Regulamento da CIDH. *Op. cit.*

<sup>946</sup> Entre outros, cita-se o **caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.* **Caso Caballero Delgado y Santana**. C.I.D.H. Sentença de 08 de dezembro de 1995. Série C. Nº 22, 1995. E **caso Garrido y Baigorria**. C.I.D.H. *Op. cit.*

<sup>947</sup> Voto do Juiz Sergio García, no **caso Myrna Mack Chang**, parágrafo 54.

devidamente credenciados<sup>948</sup>. Todavia, diferentemente do sistema europeu, o Sistema Interamericano não permite que a suposta vítima apresente-se diretamente perante a C.I.D.H.

Na Europa, com a entrada em vigor do protocolo 11, de 1º de novembro de 1998, consagrou-se o direito do indivíduo de apresentar queixas à Corte Européia de Direitos Humanos<sup>949</sup>. Esta idéia nem sempre foi bem recebida em Europa. Em 1948 (quando proposta), essa possibilidade foi rejeitada durante a discussão do Projeto de Convenção, pois se argumentava que os interesses do indivíduo sempre seriam defendidos, ou pela Comissão Européia de Direitos do Homem, ou por um dos Estados Partes<sup>950</sup>.

No Sistema Interamericano, a partir de 2000, ocorreram consideráveis reformas, começando-se pelo Regulamento<sup>951</sup>. O Regulamento de 1996 fazia referência à vítima de uma forma pouco direta, uma vez que aludia aos representantes das vítimas, estes só conseguiam acessar na etapa das reparações, ao invés de fazê-los participar em forma direta<sup>952</sup>.

Com o atual regulamento, a vítima e seus representantes continuam intervindo na etapa das reparações, como ocorria no passado, mas agora também participam ao longo do juízo, apresentando requerimentos, argumentos e provas, de modo autônomo<sup>953</sup>. Desta forma, deram à vítima "*locus standi in judicio*"<sup>954</sup>, ou seja, participação autônoma por parte da vítima em todo o processo perante a Corte, já que a Comissão Interamericana submete um caso perante ela.

O tema do acesso das vítimas à Corte Interamericana aparece pela primeira vez nas resoluções da Assembléia da OEA, nos anos de 2001 e 2002, em consequência das numerosas

---

<sup>948</sup> Artigo 23 Regulamento C.I.D.H.

<sup>949</sup> O texto do mencionado protocolo encontra-se disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em julho de 2007.

<sup>950</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Algunas reflexiones sobre la subjetividad internacional del individuo y el proceso de humanización del derecho Internacional. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 277-322.

<sup>951</sup> Antes deste regulamento, a Corte Interamericana contou com 3 (três) regulamentos anteriores: o de 1980, 1991 e 1996, cada qual com ganhos visíveis em distintas áreas.

<sup>952</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 137

<sup>953</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>954</sup> VENTURA ROBLES, Manuel E. El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de Antonio A. Canção Trindade. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p.213-272.

petições e estudos que o ex-presidente da C.I.D.H. Antônio Augusto Cançado Trindade vinha fazendo. O Governo de Costa Rica, através de uma proposta de 2001<sup>955</sup>, também fomentou a decisão da Assembléia Geral de considerar o tema.

A proposta da Costa Rica<sup>956</sup> baseava-se na criação de um protocolo facultativo para evitar a modificação da Convenção Americana. Assim, alguns países poderiam ser incorporados a CADH, mas não ao Protocolo. Nas palavras de Manuel Ventura,

estabeleceria um sistema dual, porque o acesso direto se formalizaria mediante a adoção de um protocolo facultativo, obrigatório só para aqueles Estados que lhe ratificaram, em um sistema que, por si só, é dual, porque na OEA há 24 Estados Partes na Convenção Americana, e 10 Estados não ratificaram a competência da Corte<sup>957</sup>.

A proposta da C.I.D.H. foi redigida pelo já mencionado, e então presidente, Cançado Trindade, constando de vários documentos, artigos e sólidos posicionamentos devidamente publicados em dois tomos<sup>958</sup>. Esta proposta fundou-se na reforma integral do sistema com objetivo claro de fortalecimento<sup>959</sup>. A estas propostas se somaram diversas cúpulas preocupadas em discutir o tema, a saber: Cúpula das Américas em Quebec, 2001, Seminário *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em el Umbral del Siglo XXI*, em 1999, entre outras.

Com estas propostas não se pretende terminar com a Comissão de Direitos Humanos, que ainda hoje é um órgão de grande importância para a fiscalização do cumprimento dos direitos humanos. As propostas tornam a Comissão, *pro futuro*, em um órgão de controle político - não judicial - para quando se apresentem casos de violações massivas de Direitos Humanos, assim como à promoção da observância e defesa de tais direitos<sup>960</sup>.

---

<sup>955</sup> O Governo da Costa Rica foi o único Estado membro da OEA que fez uma proposta concreta em relação ao acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana. Disponível nos documentos da OEA/Ser.G/CP/doc. 3407/01 no *site* oficial.

<sup>956</sup> O texto do Protocolo Facultativo proposto pela Costa Rica é o seguinte: "Artigo 1º. A vítima, seus familiares ou representantes tem direito de apresentar diretamente um caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez finalizado o processo perante a Comissão Interamericana. Artigo 2º. O presente Protocolo será exclusivamente a fatos ocorridos com posterioridade a sua entrada em vigência". *Ibidem*.

<sup>957</sup> VENTURA ROBLES, Manuel E. *Op.cit.* 2005. p. 258.

<sup>958</sup> Estes 2 (dois) tomos são intitulados *Memória del Seminario EL sistema Interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI* Vol I e II. San José: Corte Interamericana, 2001.

<sup>959</sup> VENTURA ROBLES, Manuel E. *Op.cit.* 2005. p. 258.

<sup>960</sup> *Idem*, p. 259.

Em outro sentido, e retornando ao Regulamento da C.I.D.H., a situação atual consiste na faculdade que possuem os representantes das vítimas e seus familiares para apresentar seus próprios requerimentos, argumentos e provas, autonomamente, em relação à Comissão Interamericana. Em outras palavras, seguindo-se à Resolução de 2001 da C.I.D.H. sobre medidas provisórias, a Corte pode receber e conhecer em forma autônoma estes requerimentos, argumentos e provas dos beneficiários destas medidas<sup>961</sup>. Apesar de a vítima poder alegar considerações próprias sobre a valoração jurídica dos fatos contidos na demanda<sup>962</sup>, no entanto, não poderá incorporar ao litígio novos fatos violadores não considerados na demanda da Comissão Interamericana<sup>963</sup>.

Atualmente, e mesmo com os grandes avanços que o Sistema Interamericano vem apresentando sobre o acesso a vítima perante a C.I.D.H, somente a Comissão e os Estados poderão submeter casos perante a Corte Interamericana. Assim, a suposta vítima, em primeira instância, deverá recorrer aos órgãos internos de seu país e, esgotados os mesmos<sup>964</sup>, diante de uma negação de justiça ou atraso indevido, poderá recorrer perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

#### **b) Medidas no direito interno**

A C.I.D.H. tem afirmado reiteradamente que os Estados signatários da Convenção não podem ditar normas ou medidas que violem ou restrinjam os direitos e liberdades reconhecidas por esta, baseando-se dos dispositivos dos artigos 1.1 e 2º da C.A.D.H., já estudados.

No Direito das Gentes, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que tem ratificado um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu Direito Interno as modificações necessárias<sup>965</sup>; nas palavras da Corte, "a Convenção Americana estabelece uma

---

<sup>961</sup> C.I.D.H. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 29 de Agosto de 2001.

<sup>962</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 137.

<sup>963</sup> **Caso Maritza Urrutia**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 134; **caso Los Hermanos Gómez Paquiyauri**. C.I.D.H. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>964</sup> Não havendo oportunidade, neste trabalho, de aprofundar este tema, recomendamos a leitura de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op.cit.* 1984.

<sup>965</sup> SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. *Op.cit.* 2005. p. 121.

obrigação geral de cada Estado parte de adequar seu direito interno as disposições de tal Convenção para garantir os direitos nela consagrados<sup>966</sup>.

Registram-se nos anuários da C.D.I. que a primeira vez que a Corte encontrou um descumprimento por parte de uma normativa interna à Convenção Americana foi no caso *Suárez Rosero* contra o Equador. Neste, a Corte declarou que o parágrafo 3º do artigo 114 do Código Penal Equatoriano infringia o artigo 2º da C.A.D.H. (a normativa equatoriana tratava de uma norma que deixava sem proteção legal às pessoas condenadas em conformidade com a *Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicos* (drogas) confronto com o direito à liberdade pessoal)<sup>967</sup>.

Em resumo do anterior, um Estado pode ter como consequência perante uma norma interna que viola os direitos humanos:

- A reforma, abolição ou derrogação da norma incompatível, v.g., caso *A última tentação de Cristo*<sup>968</sup> que, em seu ponto resolutivo 4º, a Corte "decide que o Estado deve modificar seu ordenamento jurídico interno, em *um prazo razoável*<sup>969</sup>, com o fim de suprimir a censura prévia para permitir a exibição do filme 'A Última Tentação de Cristo', e deve render à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro de um prazo de seis meses, a partir da notificação da presente sentença, um informe sobre as medidas tomadas a este respeito<sup>970</sup>".

---

<sup>966</sup> **Caso Cinco Pensionistas.** C.I.D.H. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C. Nº 98, 2003, parágrafo 174.

<sup>967</sup> **Caso Suárez Rosero.** C.I.D.H. Sentença de 12 de novembro de 1997. Serie C. Nº 35, 1997, parágrafo 97-99.

<sup>968</sup> No mencionado caso, a Corte constatou que Chile havia violado o direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 13 da CADH em prejuízo de 5 (cinco) pessoas ao ter proibido a exibição da película *A Última Tentação de Cristo*. Nesta oportunidade, a Corte assinalou que a responsabilidade internacional do Estado decorreu do artigo 19, número 12, que estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os Atos dos Poderes Executivos, Judicial e Legislativo. **Caso Última Tentación de Cristo.** C.I.D.H. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Serie C. Nº 73, 2001, parágrafo 21.

<sup>969</sup> Original sem itálico.

<sup>970</sup> *Idem*, ponto resolutivo 4º..

- A modificação destas em um prazo razoável, v.g., o mesmo caso *A Última Tentação de Cristo*<sup>971</sup> e o caso *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros* contra Trinidad e Tobago, onde a Corte constatou que a Lei de Delitos contra a pessoa deste país, redigida em 1925, ordenava a aplicação da pena de morte, de modo quase automático e genérico, para o delito de homicídio internacional, desconhecendo que este delito pode apresentar diversos tipos de gravidade. A Corte deu certas indicações ao respeito: "Esta constatação conduz à Corte a considerar que o Estado de Trinidad e Tobago deve abster-se de aplicar a lei mencionada e, dentro de um prazo razoável, deve modificá-la, adequando-a à Convenção Americana e a outras normas internacionais de direitos humanos (...)"<sup>972</sup>.

Além disso, e em total contraposição, também é possível coagir (como garantia) o Estado para que emita disposições compatíveis com as normativas do Sistema Interamericano<sup>973</sup>:

- Adoção das medidas necessárias para adequar as disposições de Direito Interno às obrigações estipuladas na Convenção. No caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi* contra a Nicarágua, a Corte ordenou que o Estado adotasse medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter para criar um mecanismo efetivo de delimitação das propriedades das comunidades indígenas. Também ordenou que estipulasse um prazo de 15 (quinze) meses para cumpri-lo. Além disso, neste período, deveria abster-se de atos que pudessem levar o Estado ao uso ou gozo dos bens localizados na zona geográfica onde vivem os *Awas Tingi*<sup>974</sup>.

No caso *Trujillo Oroza*, uma das reparações solicitadas pelos representantes da família foi que se determinasse à Bolívia a conclusão da reforma do Código Penal para que houvesse tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas<sup>975</sup>.

<sup>971</sup> **Caso Última Tentación de Cristo.** C.I.D.H. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Serie C. Nº 73, 2001, ponto resolutivo 4º.

<sup>972</sup> **Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 103.

<sup>973</sup> GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>974</sup> **Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingi.** C.I.D.H. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C. Nº 79, parágrafo 164.

<sup>975</sup> **Caso Trujillo Oroza.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 94.

- Adoção de medidas internacionais correspondentes à matéria que deu origem ao litígio. Nesta garantia, cita-se, continuando com a trajetória da C.I.D.H., o caso *Bulacio*, no ponto resolutivo 5º, quando a Corte estipulou que o Estado deveria garantir o não acontecimento dos mesmos fatos através da adoção de medidas legislativas ou outras medidas de jurisdição interna, adaptando-se ao sistema internacional jurídico<sup>976</sup>.

### 3.3 REPARAÇÃO DO DANO PERANTE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

O direito à obtenção de reparação por violações de normas internacionais dos direitos humanos é um incontroverso princípio do Direito Internacional. Assim, no Sistema de Direito Universal, pode citar-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 8º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 2.2, 9.5 e 14.6), a Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 39). No mesmo sentido, no plano regional, lembremos: o Convênio Europeu de Direitos Humanos (arts. 5.5, 13 e 41), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 25, 68 e 63.1) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 21.2).

A C.I.D.H. tem se mostrado preocupada pela temática das reparações oriundas das violações dos direitos humanos. Apesar da jurisprudência estar em crescente evolução e aperfeiçoamento, o descumprimento por parte dos Estados do seu dever de proteger aos direitos humanos e sua obrigação de indenizar às vítimas ou seus familiares têm aumentado<sup>977</sup> conhecendo-se novos casos todos os dias.

A doutrina, por outro lado, mostra uma constante preocupação sobre a desconfiança que população de uma nação mostra perante o sistema ao ver seus direitos violados como parte de uma rotina do Estado, nas palavras do Erik Jayme:

---

<sup>976</sup> Nas palavras da própria Corte: "the State must guarantee non-recidivism of facts such as those of the instant case, adopting such legislative and any other measures as may be necessary to adjust the domestic legal system to international human rights provisions, and to make them fully effective, pursuant to Article 2 of the American Convention on Human Rights, under the terms of paragraphs 122 to 144 of the instant Judgment". **Caso *Bulacio***. C.I.D.H.Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C. Nº 100. Ponto resolutivo número 5.

<sup>977</sup> PAOLILLO, Felipe H. *Op.cit.* 1997. p. 101.

Hoje os eventos de alegria e tristeza unem os seres humanos em um sentimento global de solidariedade desconhecido das gerações anteriores (...) cada catástrofe, apesar de parecer bastante distante da esfera dos negócios de cada um, acaba, em realidade a repercutir na vida privada de cada um. Experimentamos um sentimento de perda da segurança de uma existência protegida pelas instituições tradicionais, como o Estado e os juízes estatais<sup>978</sup>

Para análise prática da questão da reparação, deve inicia-se da hipótese de que o Estado está *obrigado* a respeitar os direitos humanos segundo visão do Direito Internacional clássico. Então, partindo-se de que este compromisso de respeito foi rompido e os direitos humanos foram violados, o órgão internacional, neste caso, dentro da perspectiva interamericana, a Corte Interamericana dará lugar à reparação. Este sistema regional não prevê (conforme o visto na seção 3.1) uma sanção específica para o Estado violador dependendo das características de cada caso.

A doutrina e a prática têm identificado distintas formas de reparação como a *restituto in integrum*, garantias de não-repetição, garantias futuras, satisfação, etc, vistas anteriormente. Porém, a forma de reparação considerada mais prática e real é a *indenização*. Para que se torne possível a indenização, devemos partir da hipótese básica da vítima ter sofrido tanto danos materiais, como morais. Desta forma, a indenização permitirá compensar, com um bem útil ou dinheiro, os danos causados "porque, diz GROCCIO, o dinheiro é a medida comum das coisas valoráveis<sup>979</sup>".

### 3.3.1 Restituição perante o dano material

Por dano material deve entender-se aquele dano que é perceptível pelos sentidos, que se pode ver ou tocar<sup>980</sup>. Este dano material atinge os bens que pertencem ao patrimônio das vítimas, isto é, "o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro<sup>981</sup>". Esclarece Sergio Cavalieri que "nem sempre (...) o dano patrimonial resulta da lesão de bens

<sup>978</sup> JAYME, Erick. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção das pessoas humana face à globalização. In: LIMA MARQUES, Cláudia; ARAUJO, Nadia de. (org). **O Novo Direito Internacional**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005.p. 3-20.

<sup>979</sup> Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Op.cit.* 1992. p. 537.

<sup>980</sup> STRENGER, Irineu. *Op.cit.* 2000, p. 190.

<sup>981</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 71.

ou interesses patrimoniais (...) a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas<sup>982</sup>".

Em recente caso, denominado *Almonacid Arellano e outros*, a C.I.D.H. estipulou que dano material supõe a perda ou detrimento dos lucros, assim como os gastos pecuniários sofridos que tenham direta conexão com a violação.<sup>983</sup> Esta indenização deve compreender os interesses, desde a data da sentença ou laudo até o momento do pagamento (inclusive, no caso de perdas materiais, o Direito Internacional vem reconhecendo que os interesses devem perceber-se desde a data do dano<sup>984</sup>).

#### a) Dano emergente

Entende-se como dano emergente os gastos efetuados pelas vítimas ou seus familiares com motivo em suas gestões para investigar ou sancionar os fatos que violam o direito das vítimas. Em tal sentido, todos os gastos devem ser demonstrados com provas idôneas e serão reintegrados à pessoa que incorreu nestes. Ainda quando não se tenha apresentado prova suficiente, a C.I.D.H. tem feito estimativas compensatórias pelos gastos incorridos nas distintas gestões utilizando o princípio de equidade<sup>985</sup>.

O Secretário da Corte Interamericana explica os vários tipos de danos emergentes que a Corte tem incluído dentro deste conceito, segundo a natureza de cada caso<sup>986</sup>:

- Gastos efetuados pelos familiares de uma vítima desaparecida na procura desta, v.g., os gastos de traslados, comunicações, investigações administrativas, visitas a instituições públicas, etc.
- Gastos efetuados pelos familiares ao ter que se trasladar para visitar a vítima na cadeia, v.g., caso *Cantoral Benavidez*<sup>987</sup>.

<sup>982</sup> O autor cita como exemplo o médico difamado que perde sua clientela.

<sup>983</sup> *Caso Almonacid Arellano e outros*. C.I.D.H. Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. Nº 154.

<sup>984</sup> *Idem*, p. 540.

<sup>985</sup> *Caso El Amparo*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 21.

<sup>986</sup> SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. *Op.cit.* 2005. p. 106.

<sup>987</sup> *Caso Cantoral Benavides*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 51.c.

- Gastos por serviços funerários; cita-se o caso *Villagrán Morales e outros*<sup>988</sup>.
- Gastos médicos passados e futuros<sup>989</sup>, utilizados pela vítima ou pelos seus familiares no tratamento das seqüelas deixadas pelos acontecimentos. No caso *Blake*, por exemplo, ordenou-se o pagamento ao irmão da vítima de uma quantia de dinheiro por conceito de tratamento médico, já que sofreu o trauma de ver desaparecido o irmão, a agonia de não saber seu paradeiro, o sofrimento de conhecer sua morte e a impotência perante a falta de resultados por parte das autoridades guatemaltecas<sup>990</sup>.

Em relação aos gastos oriundos das despesas processuais, a C.I.D.H. tem compreendido que os gastos iniciados no âmbito nacional continuam nas sucessivas instâncias, ou seja, que a condenação ao pagamento dos gastos processuais abarca tanto os gastos nacionais, quanto internacionais (incluindo-se os gastos surgidos ao acessar perante a Comissão e a Corte). Este princípio é excepcionado quando a vítima teve acesso à justiça gratuita no âmbito nacional.

Por outro lado, com a reforma do regulamento da Corte, em 2000, o indivíduo adquiriu *locus standi* e, com isto, alterou-se o panorama em relação ao reconhecimento dos gastos de representação, uma vez que "a legitimação acarreta conseqüências patrimoniais"<sup>991</sup>. No mesmo sentido, o presidente da C.I.D.H. fez um chamado para que fossem analisadas as implicações econômicas que existiriam em um futuro para o acesso das vítimas ao Sistema Interamericano<sup>992</sup>.

Atualmente, a C.I.D.H. impõe o pagamento dos gastos processuais tendo em consideração as circunstâncias de cada caso, a natureza da jurisdição internacional nesta

---

<sup>988</sup> **Caso Villagrán Morales e outros.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 80. Também ver o caso *Caracazo*, cuja sentença estipula "6. que o Estado deve pagar, por conceito de indenização do dano material, a quantia total de (...) ou seu equivalente em moeda venezuelana, quantia conformada pelos seguintes rubros: a) (...) correspondentes, nos termos do parágrafo 85 da Sentença, à indenização dos danos relacionados com os gastos dos serviços funerários em tiveram os familiares das vinte e três vítimas de homicídio cujos cadáveres foram entregado pelas autoridades (...)". **Caso Caracazo.** C.I.D.H. *Op. cit.*, ponto resolutivo 6°.

<sup>989</sup> No caso *Cantoral Benavidez* contra o Peru, a Corte ordenou ao Estado que indenizasse a vítima pelos gastos originados no período em que permaneceu na cadeia, assim como gastos futuros que se originaram na tentativa de reabilitação da vítima. No caso da mãe da vítima, a Corte ordenou que também lhe indenizassem os gastos médicos passados e com relação aos gastos futuros a C.I.D.H. não quantificou, mas ordenou que lhe proporcionassem tratamento médico e psicológico.

<sup>990</sup> Ver **caso Blake.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 51.

<sup>991</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 149.

<sup>992</sup> *Ibidem.*, p. 149.

matéria e os gastos assinalados pelas partes sempre que sua quantia seja razoável<sup>993</sup>. Quanto aos gastos incorridos pela Comissão e pela Corte Interamericana, não procede o ressarcimento a estes órgãos, pois, desde o início do Sistema Interamericano, estabeleceu-se que seu financiamento restaria ao encargo do próprio sistema através dos recursos aportados pelos próprios Estados pertencentes a OEA<sup>994</sup>.

No que tange aos honorários a serem pagos aos advogados que colaboraram com vítima, a Corte está determinando entregar o valor correspondente às vítimas ou seus familiares, com a idéia de que as próprias vítimas ou seus familiares resolvem esta questão diretamente com seus representantes. De acordo com o entendimento da C.I.D.H., as vítimas estão mais qualificadas para realizar esta transação como transparece, v.g., no caso *Molina Theissen*, onde a Corte estimou "ordenar o pagamento da quantia (...) para a mãe da vítima, por conceito de gastos no processo interno e no procedimento internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos<sup>995</sup>". Este trâmite evidencia uma clara confiança que o Sistema Interamericano tem com as vítimas de violações dos direitos humanos.

#### **b) Lucro cessante**

O lucro cessante define-se como o valor que as vítimas ou seus sucessores receberiam ao longo de sua vida de trabalho, caso não houvesse ocorrido uma violação aos seus direitos<sup>996</sup>. No Sistema Interamericano, o cálculo para estabelecer o lucro cessante leva em consideração vários dados que orientam sobre a vida da vítima, a saber, sua idade, expectativa de vida, renda, seja um salário fixo ou a estimativa de um salário mínimo para manter uma vida digna), nível acadêmico da vítima, possibilidade de crescimento na vida profissional e os juros que permitam atualizar o valor a ser recebido<sup>997</sup>.

Especificamente para o cálculo do lucro cessante, o Sistema Interamericano adota como base a quantia de 12 (doze) salários mínimos acrescidos das bonificações anuais

<sup>993</sup> Neste sentido, ver o *caso Carpio Nicolle*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 143-144; *caso Masacre Plan de Sánchez*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 115; *caso Juan Humberto Sánchez*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 193.

<sup>994</sup> Ver *caso Caballero Delgado Santana*. *Op. cit.*, parágrafo 70.

<sup>995</sup> *Caso Molina Theissen*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 97; no mesmo sentido, ver também *caso Los Hermanos Gómez Paquiyauri*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 243.

<sup>996</sup> *Caso Aloboetoe e outros*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 88.

<sup>997</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 145.

correspondentes, segundo a legislação interna de cada Estado<sup>998</sup>. Também se toma em consideração uma provável expectativa dos anos de vida, que é estimada calculando a média entre os anos que tinha a vítima no momento em que aconteceram os fatos e o termo de expectativa de vida que oferece o Estado onde morava<sup>999</sup>. Desta quantia a C.I.D.H. tem subtraído 25% por conceito de gastos pessoais e, posteriormente, somam-se os juros produto da atualização monetária<sup>1000</sup>.

Contudo, esta base para calcular o lucro cessante não é fixa mostrando-se variável em cada caso, dependendo das circunstâncias particulares. Por exemplo, nos casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*, tomou-se como base para estipular o valor a ser indenizado o salário adquirido pelas vítimas no momento de seu desaparecimento. Este valor foi projetado para o futuro até o momento da aposentadoria obrigatória segundo o disposto na lei interna. No caso *Aloeboetoe e outros*, *Neira Alegria e outros* e no caso *El Amparo*, a Corte Interamericana, ao comprovar que as vítimas não dependiam de um salário fixo, utilizou como base para calcular a indenização o salário mínimo ou o valor da cesta básica alimentícia, sendo este valor projetado ao futuro, somando-se os juros desde a data dos fatos até a data da sentença, e levando-se em consideração a expectativa de vida no país em que a vítima residia.

Inclui-se também, naqueles em que resulta impossível conhecer tanto a renda mensal exata da vítima, como os elementos necessários para estipular qual seria um salário mínimo para o caso concreto, a C.I.D.H. recomendou o uso da equidade<sup>1001</sup>, considerando-se sempre a situação real econômica e social da América Latina. Assim, por exemplo, a sentença do caso *Neira Alegria e outros* a Corte estabeleceu que

---

<sup>998</sup> Ver caso *Villagrán Morales e outros*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 81.

<sup>999</sup> Ver caso *Trujillo Oroza*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 53.

<sup>1000</sup> *Idem*, parágrafo 54.

<sup>1001</sup> Por exemplo, na sentença do caso *Carpio Nicolle e outros*, a Corte fixou: “Devido a que o Senhor (...) deve pagar os gastos de hospitalização e de reabilitação de seu filho (...) quem foi ferido durante o atentado ocorrido em 3 de julho de 1993, esta Corte considera pertinente fixar, em equidade, como indenização (...) a quantia de US\$8.000 (oito mil dólares dos Estados Unidos de América)”. Caso *Carpio Nicolle*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 106.

(...) com relação ao cálculo do salário mínimo mensal, (...) observa a Corte que não aparecem nem na alegação da Comissão, nem nos dados subministrados pelo Governo, suficientes elementos de convicção para determinar o montante do salário mínimo. Por este motivo, a Corte, tendo em consideração razões de equidade e a situação real econômica e social de América Latina, fixa o valor (...) como provável ingresso das vítimas e, portanto, como base mensal para a calcular a indenização respectiva<sup>1002</sup>.

Em seus comentários, Pablo Saavedra, referindo-se à hipótese anterior de desconhecimento da renda exata da vítima, recomenda que a Corte deva ter como base ao menos três salários mínimos para fixar o valor a ser indenizado, tendo em vista que no hemisfério em que se vive com o equivalente a 1 (um) salário mínimo, muitas vezes, não alcança para cobrir as necessidades básicas das pessoas. Desta maneira, afirma que "uma reparação de caráter integral deveria projetar a vítima de violações de direitos humanos como uma pessoa capaz de romper com a espiral da pobreza e não consumi-la dentro desta<sup>1003</sup>".

No caso de vítimas sobreviventes, a C.I.D.H. tem afirmado que para o cálculo da indenização outros elementos devem ser levados em conta: o tempo que a vítima permaneceu sem trabalhar como consequência do fato ilícito<sup>1004</sup> como, v.g., no caso *Tribunal Constitucional*. Neste, a Corte teve oportunidade para considerar que o Estado deve pagar os valores correspondentes aos salários não recebidos e demais direitos laborais que correspondam aos magistrados destituídos de acordo com sua legislação<sup>1005</sup>". Neste sentido, também se tem considerado a renda não percebida pelos parentes próximos, ao investirem seu tempo na procura de soluções para a vítima. É o que ocorreu, por exemplo, no caso *Bámaca Velásquez*, com a análise dos valores que deixou de perceber a esposa da vítima, por dedicar grande parte do seu tempo à procura do seu marido<sup>1006</sup>.

O Juiz Sergio García comentou que os critérios adotados no Sistema Interamericano têm como foco a preservação dos direitos humanos, os quais são diferenciados daqueles critérios estabelecidos nos sistemas internos, porque estes últimos resultam estritamente econômicos. Contudo, a proximidade que possui o Direito Interno, nas questões econômicas

<sup>1002</sup> **Caso Neira Alegria**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 50.

<sup>1003</sup> SAABEDRA ALESSANDRI, Pablo. *Op. cit.*, p.103.

<sup>1004</sup> Neste sentido ver também **caso Loayza Tamayo**. *Op. cit.*, parágrafo 128.

<sup>1005</sup> **Caso Tribunal Constitucional**. C.I.D.H. Sentença de 31 de Janeiro de 2001. Série C. Nº71, 2001, parágrafo 121.

<sup>1006</sup> Ver **Caso Bámaca Velásquez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 51.b.

específicas de cada país, leva a que sentenças internacionais, inclusive da própria C.I.D.H., remetam, em certos itens, suas decisões ao Direito Interno<sup>1007</sup>. Na sentença do caso *Cinco Pensionistas*, estipulou-se que

em relação com as conseqüências patrimoniais que pudessem ter tido a violação ao direito à propriedade privada, este Tribunal considera que as mesmas deverão estabelecer-se, nos termos da legislação interna, pelos órgãos nacionais competentes<sup>1008</sup>.

Sobre o assunto de remissão ao ordenamento interno, o juiz Sergio García afirma que esta situação não significa, em absoluto, que a Corte negue-se a apreciar os fatos violadores que dão lugar à responsabilidade internacional. Pelo contrário, o autor esclarece que a autoridade interna atua no marco que fixa a Corte, não em substituição desta, conservando sempre a C.I.D.H. suas faculdades de supervisão do cumprimento<sup>1009</sup>.

### 3.3.2 Reparação por conceito de dano imaterial

No conceito de dano imaterial, situam-se os bens que causam "aflição ao estado de espírito ou aos sentimentos, vale dizer, afetam o psiquismo da pessoa, por reflexo de uma conduta malévola de alguém<sup>1010</sup>".

#### a) Dano moral

Inicialmente, o dano moral era considerado inestimável chegando-se, inclusive, a considerar impossível ou imoral estabelecer-se um preço para a dor. Entretanto, foi evidenciando-se que "não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima<sup>1011</sup>".

---

<sup>1007</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op.cit.* 2003, p. 133.

<sup>1008</sup> *Caso Cinco Pensionistas*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 178.

<sup>1009</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Op. cit.*, p. 134 e ss.

<sup>1010</sup> STRENGER, Irineu. *Op.cit.* 2000, p. 191.

<sup>1011</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 1998, p. 75.

O dano moral é, em matéria de direitos humanos, talvez, o dano que mais se justifica ressarcir, posto que resulta evidente e próprio da natureza humana que toda pessoa submetida às agressões que representam a violação aos direitos humanos experimente um dano moral<sup>1012</sup>.

A C.I.D.H. ditou as duas primeiras sentenças em 1988 a respeito deste ponto. Uma destas primeiras decisões foi o caso *Velásquez Rodríguez*<sup>1013</sup>, intitulado "indenização compensatória". A partir deste momento, a Corte iniciou uma variável jornada de decisões em relação à indenização por conceito de danos morais. Em termos gerais, nestas decisões estipula-se que como dano imaterial poderiam compreender-se tanto os sofrimentos, como as aflições causadas às vítimas de violações de direitos humanos (assim como as pessoas próximas) em menosprezo de valores muito significativos<sup>1014</sup>.

Esta Corte também declarou que o dano moral é ressarcível segundo o Direito Internacional, e sua liquidação deveria ajustar-se aos princípios de equidade<sup>1015</sup>. Assim, a simples sentença condenatória já é, por si mesma, uma forma suficiente de reparação do dano moral<sup>1016</sup>.

Determinar a soma que deve ser indenizada por este conceito é particularmente difícil. Segundo Felipe Paolillo, a reparação do dano moral não deveria limitar-se a ser sempre uma

---

<sup>1012</sup> Para exemplificar, cita-se o caso *Maritza Urrutia*, cuja sentença determinou: "*Como se demostró, Maritza Urrutia fue secuestrada, detenida en forma ilegal y arbitraria y, como consecuencia de ello, sometida a condiciones de reclusión desfavorables. Es propio de la naturaleza humana que la persona sometida a detención arbitraria experimente un profundo sufrimiento. Además, fue torturada psicológicamente; fue objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; padeció angustia, miedo de morir y de ser torturada físicamente. Además, recibió otro tipo de presiones para grabar un video y hacer una declaración en contra de su voluntad, la cual fue divulgada en dos medios de comunicación. Esto le generó angustia y sufrimiento. También sintió temor después de su liberación. Se le diagnosticó un "síndrome de angustia con depresión reactiva". No se han investigado los hechos relacionados con su secuestro y detención, ni con la tortura de la que fue objeto, y por ello los responsables gozan de impunidad. Es evidente para la Corte por otra parte, que los hechos de este caso ocasionaron una alteración en el curso que habría seguido normalmente la vida de Maritza Urrutia, dado que luego de los hechos se vio forzada a salir del país y permanecer lejos de su familia, lo que le causó angustia y tristeza*". **Caso Maritza Urrutia**. C.I.D.H. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>1013</sup> No dia primeiro de março de 1989, a Comissão apresentou à Corte seu parecer sobre a necessidade de estabelecer a obrigação do governo de Honduras de pesquisar as pessoas responsáveis por tais desaparecimentos, assim como quais aspectos a indenização justa deveria englobar. **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*

<sup>1014</sup> Ver **caso Almonacid Arellano**. C.I.D.H. *Op. cit.*

<sup>1015</sup> Neste sentido **caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 21; **caso Godínez Cruz**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 18 e 19.

<sup>1016</sup> *Idem*, parágrafos 23 e 21 respectivamente.

restituição financeira, sendo possível proporcionar às vítimas uma assistência consistente em medidas de reabilitação ou mesmo outras medidas médicas que ajudem à superação das seqüelas de certas violações<sup>1017</sup>.

A fixação do valor a ser concedido à vítima, por conceito de dano moral, resulta tão particular em cada caso que somente com o exame da jurisprudência podem ser extraídos alguns critérios repetitivos. Como exemplo, em caso de morte da vítima, o Sistema Interamericano estudou o grau de parentesco dos sobreviventes, a idade destes, a posição econômica, a angústia sofrida, etc; no caso de lesões corporais, analisou a desfiguração física, o nível de ferimentos, as seqüelas que isto poderia causar na sua re-incorporação na sociedade, etc. E, por este motivo, é que na próxima seção serão analisados vários casos considerados de relevância na estrutura do Sistema Interamericano para a aplicação de sanções e reparações.

#### **b) Entrega dos restos mortais em caso de desaparecimento forçado**

A Corte Interamericana tem recebido vários informes periciais sobre os efeitos decorrentes dos desaparecimentos forçados nos familiares das vítimas. Estes laudos periciais têm afirmado que esse tipo de situação ocasiona um profundo impacto psicológico nos familiares porque, ao não conhecer o paradeiro da vítima, vêem-se impedidas de fazer um processo emocional para confrontar a morte<sup>1018</sup>. A ausência de um corpo (da vítima falecida) gera um desequilíbrio psicológico nos entes próximos. Além disso, a jurisprudência da Corte vem demonstrando que os familiares também tentarão conhecer a verdade dos fatos acontecidos<sup>1019</sup>.

A exigência da entrega do corpo da vítima aos seus familiares é um direito que se vem consolidando no sistema americano. No caso Caracazo, no escrito de observações dos familiares das vítimas, afirmou-se:

---

<sup>1017</sup> PAOLILLO, Felipe H. *Op.cit.* 1997. p. 1001.

<sup>1018</sup> Prova pericial recebida em audiência pública, nos dias 28 e 29 de novembro de 2001, no caso *Bámaca Velásquez* pela perita Ana Deutsch. Disponível no texto do caso. **Caso Bámaca Velásquez**. C.I.D.H.*Op. cit.*.

<sup>1019</sup> Sobre a reação dos familiares perante a ausência de um corpo, ver **caso Bámaca Velásquez**. C.I.D.H. *Op. cit.*; **caso Trujillo Oroza**. C.I.D.H. *Op. cit.*; **caso Caracazo**. C.I.D.H. *Op. cit.*.

b) os familiares das vítimas desaparecidas neste caso realizaram todo tipo de atos tanto a nível interno, como internacional, para determinar seu paradeiro ou solicitar a entrega dos restos daquelas vítimas que se tenha certeza da sua morte<sup>1020</sup>.

Segundo a psicóloga do caso, Ana Deutsch,

quando os familiares conhecem que a pessoa está sendo objeto de torturas padecem um sofrimento que é inclusive maior ao real (da tortura física), por tratar-se de tortura psicológica de duração prolongada. A possibilidade que o detento seja submetido a torturas é um sofrimento insuportável (...) pode resultar menos doloroso o pressupor que esteja morto<sup>1021</sup>.

A falta de entrega dos restos das vítimas a seus familiares "é uma fonte de particular humilhação e sofrimento para estes<sup>1022</sup>", considerando-se uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares da vítima, porquanto estes familiares têm direito ao conhecimento da verdade e a saber onde ficaram os restos mortais<sup>1023</sup>. Pelo anterior, a C.I.D.H., em regra, busca que os restos mortais sejam entregues a seus familiares para que sejam sepultados segundo os rituais e crenças que a vítima tinha.

### 3.3.3 Cálculo da indenização à luz da jurisprudência da Corte Interamericana

O Pacto São José de Costa Rica apresentou uma série de exigências concretas para que um caso possa ser apresentado perante a C.I.D.H. Em primeiro lugar, é necessário que o Estado denunciado seja parte da Convenção; por outras palavras, que tenha expressado seu consentimento em obrigar-se em virtude deste tratado<sup>1024</sup>. Em segundo, o Estado deve ter aceitado a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>1025</sup>. Em terceiro lugar, também é necessária a tramitação prévia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. E, por último, que esta Comissão decida submeter o caso perante a C.I.D.H..

<sup>1020</sup> Escrito de petições das vítimas, **caso Caracazo**. C.I.D.H. *Op. cit.*, ponto 4.

<sup>1021</sup> Prova pericial no caso *Bamanca Velásquez*. *Op. cit.*.

<sup>1022</sup> **Caso Caracazo**. C.I.D.H. *Op. cit.* parágrafo 121.

<sup>1023</sup> **Caso Trujillo Oroza**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 114.

<sup>1024</sup> "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado - parte". Artigo 44. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1025</sup> "1. Todo Estado – parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão desta Convenção, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito a competência da Corte sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção". Artigo 62.1. CADH. *Op. cit.*.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é bastante restrita em matéria de responsabilidade, consoante se denota do artigo 63.1. Outrossim, no momento de definição dos danos, fixação das quantias, estabelecimento das indenizações, em geral, necessita-se de bases mais concretas para uma uniforme quantificação dos danos no sistema. Neste diapasão, a jurisprudência da C.I.D.H. transforma-se numa ferramenta chave destas análises.

**a) Caso Velásquez Rodríguez: Indenização Compensatória. 1988.**

**Fatos que motivaram a demanda:** A apreensão ilegítima de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, por parte de agentes do Estado hondurenho e seu posterior desaparecimento<sup>1026</sup>.

**Direitos Violados:**

- Direito à vida<sup>1027</sup>:

A proteção do direito à vida e aos demais direitos consagrados na Convenção Americana, se enquadra no dever estatal de garantir o livre e pleno exercício dos direitos de todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado, e requer que este adote medidas necessárias para castigar a privação da vida e outras violações aos direitos humanos, assim como para prever que se vulnere algum destes direitos por parte de suas próprias forças de seguridade ou terceiro que atue com sua aquiescência<sup>1028</sup>.

- Direito à integridade física<sup>1029</sup>:

(...) o direito à integridade física é de tal importância que a Convenção Americana o protege particularmente ao estabelecer, inter alia, a proibição da tortura, os tratos cruéis, inumanos e degradantes e a impossibilidade de suspende-lo durante estados de emergência<sup>1030</sup>.

<sup>1026</sup> **Caso Velásquez Rodríguez – Indenização Compensatória.** C.I.D.H. Sentença de 21 de julho de 1989 (artigo 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série C. Nº7, 1988.

<sup>1027</sup> Amparado pelo artigo 4º da CADH.

<sup>1028</sup> **Caso Juan Humberto Sánchez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 110.

<sup>1029</sup> Ver artigo 5º da CADH.

<sup>1030</sup> **Caso Instituto de reeducação ao menor.** C.I.D.H. Sentença de 02 de setembro de 2004. Série C. Nº 112. parágrafo 100.

- Direito à liberdade pessoal<sup>1031</sup>:

Da proteção da liberdade se pode salvaguardar tanto a liberdade física dos indivíduos quanto à segurança pessoal, em um contexto de ausência de garantias que possam resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal<sup>1032</sup>.

Este caso originou-se com a denúncia do governo de Honduras perante a Comissão Interamericana, em 1981, com base no desaparecimento<sup>1033</sup> de Manfredo Rodríguez. O caso foi submetido pela Comissão à C.I.D.H. em 1986 sendo emitida sentença, na qual se determina que o Estado estava obrigado a pagar uma justa indenização aos familiares. Por 6 votos contra 1, decidiu-se que a indenização deveria ser fixada pela Corte no caso de o Estado de Honduras e a Comissão não chegassem a um comum acordo num prazo de 6 (seis) meses<sup>1034</sup>.

**Quais elementos foram considerados importantes pela C.I.D.H. para determinar a quantia e a modalidade da reparação?**

Neste caso, a Corte entendeu importante buscar a seguinte informação: data de nascimento da vítima, cargo no trabalho que desempenhava, salário, informação do sistema de seguridade social, sua preparação acadêmica e profissional, registro de propriedades, nome e situação da esposa da vítima (ênfase nos direitos da sociedade conjugal), nomes dos filhos (dentro e fora do matrimônio), indicação especial sobre a qualidade de estudantes dos filhos e se existia alguma incapacidade, nome dos pais, assim como sua situação econômica, determinando a existência de dependência ou não por parte dos pais, informação sobre o seguro de vida, padrões de mortalidade vigentes em Honduras. Solicitou-se, também, a

<sup>1031</sup> Ver artigo 7º da CADH.

<sup>1032</sup> **Caso Instituto de reeducação ao menor.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 223; **caso Hermanos Gómez Paquiyauri.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 82; **caso Maritza Urrutia.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 64; **caso Humberto Sánchez.** *Op. cit.*, parágrafo 77.

<sup>1033</sup> O Sr. Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária que o privou de sua liberdade física sem fundamento em causas legais. Também não foi levado perante um juiz ou tribunal competente que conheceria de sua detenção. **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 186.

<sup>1034</sup> O voto dissidente é apresentado pelo então juiz costarricense Rodolfo Piza Escalante. Neste voto, aclarou-se que a titularidade da condição de parte foi reconhecida à Comissão Interamericana não tanto aos herdeiros da vítima (parágrafo 2), considerando o juiz que a Comissão é uma parte imparcial no sentido processual, mas nunca no sentido substancial da matéria (parágrafo 3). Resumindo-se, portanto, sua desconformidade consiste especificamente no parágrafo 192 do caso, onde - em seu entendimento - a Corte colocou a Comissão como única parte processual frente ao Estado que intervém num caso perante a Corte, sem reconhecer a legitimação autônoma, inclusive no sentido meramente processual, das vítimas ou de seus herdeiros (parágrafo 6). **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. Voto dissidente do Juiz Rodolfo Piza Escalante.

certificação da legislação hondurenha sobre os herdeiros legítimos em matéria civil e trabalhista, os direitos dos cônjuges, pessoas com direito a alimentos, beneficiários de aposentadorias por falecimento ou incapacidade permanente, os critérios estabelecidos na lei e na jurisprudência sobre indenização por morte<sup>1035</sup>.

### **O que entendeu a C.I.D.H. por justa indenização compensatória?**

A Corte reiterou ser uma obrigação de Direito Internacional reparar qualquer violação através de indenização, que resulta ser o meio mais comum, mencionando alguns critérios da jurisprudência internacional (Corte Permanente de Justiça e Corte Internacional de Justiça)<sup>1036</sup>. Indica-se, como reparação, a plena restituição da situação anterior, *restitutio in integrum*; dentro desta restituição estabelece a reparação do dano patrimonial e extra-patrimonial causado, incluindo-se o dano moral<sup>1037</sup>.

### **Entendimento do conceito dano moral**

Nesta oportunidade, a Corte esclarece que o dano moral pode ser reparado conforme o Direito Internacional e sua liquidação deve-se ajustar à justa equidade<sup>1038</sup>. A C.I.D.H. comparou o Convênio Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais com o Pacto de São José, dizendo que este último não subordina esta matéria à existência de imperfeições no Direito Interno<sup>1039</sup>.

A C.I.D.H. concluiu que o direito aplicável em matéria de reparações reside na Convenção e nos princípios de Direito Internacional correspondentes<sup>1040</sup>. Por outro lado, a sentença de mérito foi considerada como uma forma adequada de reparação e satisfação moral<sup>1041</sup>. A parte afetada tinha solicitado a reparação dos danos punitivos pela natureza das violações cometidas, mas a Corte rechaçou esta possibilidade, indicando que a justa

<sup>1035</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 3º.

<sup>1036</sup> Indica o caso **Fábrica de Chorzów**, C.P.J.I. 1928 e a **Opinião Consultiva Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**. C.I.J. 1949.

<sup>1037</sup> **Caso Velásquez Rodríguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 26.

<sup>1038</sup> *Idem*, parágrafo 26.

<sup>1039</sup> *Idem*, parágrafo 30.

<sup>1040</sup> *Idem*, parágrafo 31.

<sup>1041</sup> *Idem*, parágrafo 36.

indenização não tinha caráter sancionador senão reparador<sup>1042</sup>. Também solicitou a inclusão dos danos emergentes nos gastos efetuados para localizar a vítima, mas a Corte entendeu que estavam incluídos no conceito de dano emergente e que não correspondia outorgá-los, porque não tinham sido provados oportunamente<sup>1043</sup>.

### **Cálculo da indenização**

O lucro cessante foi obtido a partir dos ingressos que a vítima havia recebido até sua morte, assim como das análises do Direito Interno, e daquilo que corresponderia em sua aposentadoria. A C.I.D.H. determinou que os familiares eram capazes de trabalhar e que se deveria garantir aos filhos, até os 25 anos, a possibilidade de estudar. Determinou-se, através de peritos, a existência de um dano moral.

Para receber a indenização, os beneficiários tinham que comprovar seu vínculo sem levar em consideração os procedimentos internos em matéria hereditária. O pagamento da indenização deveria realizar-se dentro de 90 dias da notificação da sentença (critério seguido até o dia de hoje pela Corte). A indenização foi dividida em partes iguais, constituindo-se um fideicomisso com a soma destinada para os menores que receberiam uma soma determinada mensalmente até cumprir 25 anos. A C.I.D.H. se reservou à supervisão do cumprimento da sentença.

### **b) Caso Aloeboetoe e outros . Reparação. 1993.**

**Fatos que motivaram a demanda:** detenção, tratamento cruel, desumano e degradante e morte de Daison Aloeboetoe, Dedemanu Aloeboetoe, Mikuwendje Alobetoe, John Amoida, Richenel Voola, Martin Indisie Banai e Beri Tiopo<sup>1044</sup>.

### **Direitos Violados**

- Dever de adotar disposições de Direito Interno:

<sup>1042</sup> Como se viu anteriormente, atualmente não se considera a reparação de caráter sancionador, mas uma obrigação intrínseca perante uma violação.

<sup>1043</sup> **Caso Velásquez Rodríguez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 42.

<sup>1044</sup> **Caso Aloeboetoe e outros.** C.I.D.H. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C. Nº 15.

O dever geral do Estado de adequar seu direito interno às disposições de dita Convenção para garantir os direitos nela consagrados, estabelecidos no artigo 2o, inclui a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à observância efetiva dos direitos e liberdades consagrados na mesma, assim como, a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que entranhem uma violação às garantias previstas na Convenção<sup>1045</sup>.

- Direito à vida
- Direitos à integridade pessoal
- Direito à liberdade pessoal
- Direito à proteção judicial

Em 1987, em Atjoni<sup>1046</sup>, mais de 20 *cimarrones*<sup>1047</sup> foram atacados e golpeados com suas próprias armas por um grupo de militares. Alguns deles foram feridos com facas e detidos sob a suspeita de serem membros de um grupo subversivo chamado "Comando da Selva". As vítimas negaram pertencer a tal organização e o capitão da aldeia garantiu que eram simples civis pertencentes à sua aldeia, mas, ainda assim, dos 20 atacados, 7 foram levados com os olhos vendados ao interior de um veículo militar (incluindo um adolescente de 15 anos).

Na altura do quilômetro 30 da viagem, eles foram obrigados a descer e foram assassinados. Apenas uma das vítimas conseguiu fugir (não foi mais perseguido pelos militares) e, ainda que ferido, foi encontrado vivo. A Cruz Vermelha socorreu a Aside (sobrevivente), mas no hospital ele veio a falecer. Durante sua agonia foi impedido pela Polícia Militar de receber parentes. Em 1991, Suriname, em audiência pública convocada pela C.I.D.H., reconheceu sua responsabilidade. A Corte reiterou muitos aspectos destacados no caso Velásquez Rodríguez, mas o enriqueceu mais em matéria de reparações.

---

<sup>1045</sup> **Caso Última tentação de Cristo.** *Op. cit.*, parágrafo 85.

<sup>1046</sup> Atjoni é uma aldeia de Pokigron, município de Sipaliwini, que é um dos 10 distritos do Suriname, não possuindo capital distrital, e é administrada diretamente pelo governo nacional em Paramaribo (capital de Suriname).

<sup>1047</sup> *Cimarrons* ou *cimarrones* eram escravos africanos que tinham conseguido escapar de seus donos; atualmente, termo utilizado em algumas colônias para referir-se aos seus descendentes.

**Conseqüências perante a violação dos direitos humanos por parte do Suriname**

A C.I.D.H. foi enfática ao repetir a impossibilidade de reparar todas as conseqüências<sup>1048</sup>, mas exigiu que o governo indenizasse a parte lesionada dos prejuízos resultantes do descumprimento das obrigações<sup>1049</sup>.

Por seu turno, a Corte destacou que as vítimas sofreram um dano moral, especialmente, porque antes de serem mortas foram obrigadas a cavar sua própria cova. Agrega a Corte que este dano moral é ainda mais grave no caso do sobrevivente que ficou horas ferido na estrada com ferimentos graves e assistindo de longe o que acontecia com seus colegas<sup>1050</sup>. Para a Corte este dano moral era evidente abandonando o requerimento de provas para confirmá-lo<sup>1051</sup>.

Conforme avança a sentença a C.I.D.H., confirma-se que a indenização deve ser paga aos seus herdeiros. Neste ponto, faz distinção entre herdeiros e terceiros prejudicados; quanto aos primeiros, presume-se que a morte da vítima lhes tenha causado um prejuízo material e moral e estaria ao encargo da parte adversa provar que tal prejuízo não existiu; para os segundos (terceiros prejudicados), deveriam provar a existência de danos que permitissem justificar o direito a serem indenizados<sup>1052</sup>.

A obrigação de reparar é uma obrigação de Direito Internacional (art. 63.1 CADH), porém estima a Corte que deve ser aplicado o direito interno quanto ao regime familiar de sucessão. Para este fim, a Corte decidiu enviar a secretária adjunta ao Suriname para averiguar melhor a forma de vida da tribo dos Saramacas. Por outro lado, os Saramacas gozam de autonomia interna em virtude de um tratado celebrado em 1762, que lhes permitia reger-se por suas próprias leis. A Corte não considerou necessário investigar se tal Tratado é considerado um Tratado Internacional ou não, simplesmente limitou-se a estipular que, se fosse necessário investigar a matéria, este Convênio não seria considerado Tratado

---

<sup>1048</sup> **Caso Aloboetoe e outros.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 50.

<sup>1049</sup> *Idem*, parágrafo 13.

<sup>1050</sup> *Idem*, parágrafo 51.

<sup>1051</sup> *Idem*, parágrafo 52.

<sup>1052</sup> *Idem*, parágrafo 54.

Internacional e seria nulo por ser contrário às regras de *jus cogens superveniens*<sup>1053</sup>. Somente interessou para a Corte saber se as leis do Suriname relativas ao direito de família se aplicariam ou não à tribo Saramaca.

Neste ponto, o processo enfrentou várias dificuldades: por um lado, confirmando que as leis de Suriname em matéria de família não tinham eficácia em relação a esta tribo e, por outro, o Distrito não possuía uma estrutura de registros (matrimônios, nascimentos e óbitos) onde residiam os Saramacanas, o qual resultava indispensável para a aplicação da lei do Suriname. Além disso, os conflitos que ocorriam nesta matéria não são submetidos pelos Saramacas aos tribunais do Estado, e a intervenção destes (dos Saramacas, em matéria de família) é praticamente inexistente<sup>1054</sup>. Portanto, o Suriname reconhecia a existência de um direito consuetudinário Saramaca.

A Comissão ofereceu diversas provas sobre a estrutura social dos Saramacas para facilitar a compreensão da Tribo, já que o Convênio nº. 169 da O.I.T. (sobre povos indígenas em países independentes de 1989) não tinha sido aprovado pelo Suriname e, não havendo nenhuma norma, nem convencional nem consuetudinária, que determinasse quais os sucessores da pessoa, decidiu-se aplicar os princípios gerais do direito<sup>1055</sup>. Nesta linha, na maioria de legislações, os sucessores de uma pessoa são seus filhos, aceitando-se também o cônjuge, e, em face da não existência de filhos, o direito privado reconhece como herdeiros os ascendentes.

Neste caso, determinou-se a necessidade de identificação dos filhos, cônjuges e ascendentes (neste último termo, a C.I.D.H. não fez distinção de sexos ainda que contrário ao costume Saramaca), o que se mostrou extremamente difícil pela falta de registro. A Comissão ficou encarregada da devida investigação e elaboração da lista de sucessores<sup>1056</sup>.

---

<sup>1053</sup> Neste Convênio, os Saramacas obrigam-se, entre outras coisas, a capturar os escravos que tenham desertado, fazê-los prisioneiros e devolvê-los ao Governador de Suriname, que deverá pagar por eles. Por outro lado, outro artigo faculta aos Saramacas vender aos holandeses, em qualidade de escravos, outros prisioneiros que possam capturar, etc. Então, um Tratado desta índole, considerou a Corte, não poderia ser invocado perante um tribunal internacional de Direitos Humanos. **Caso Aloebotoe e outros**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 57.

<sup>1054</sup> *Idem*, parágrafo 58.

<sup>1055</sup> *Idem*, parágrafo 61.

<sup>1056</sup> *Idem*, parágrafo 63.

Por outro lado, a Corte estimou adequada a reintegração dos familiares das vítimas pelos gastos efetuados para obter informações sobre elas, procura dos cadáveres e demais gestões. A Comissão explicou em seu pedido que na sociedade *maroon* tradicional, uma pessoa não somente é membro de seu grupo familiar, senão, também, de sua comunidade aldeia. Desta forma, o prejuízo causado a um de seus membros constituirá também um dano à comunidade que deveria ser indenizado<sup>1057</sup>.

### **Distribuição da indenização**

A soma indicada como reparação de dano moral foi igual para todas as vítimas, exceto à vítima sobrevivente, para quem se concedeu um terço a mais pelos sofrimentos padecidos<sup>1058</sup>. Na indenização destinada aos herdeiros das vítimas, previu-se uma soma para que os menores de idade pudessem estudar. Além disto, a Corte considerou que, como parte da reparação, o Suriname estava obrigado a reabrir a escola e dotá-la de pessoal docente.

Sobre a indenização pelo dano material, determinou-se que um terço era destinado para as esposas (dividido em partes iguais, no caso de ter mais de uma) e dois terços para os filhos (também a ser divididos em partes iguais). Com respeito à indenização por dano moral, distribuiu-se da seguinte maneira: uma metade aos filhos, um quarto para as esposas e outro quarto para os pais. No caso de existência de mais de um beneficiário em alguma categoria, a distribuição era realizada em partes iguais. O banco manteria um fideicomisso em dólares nas condições mais favoráveis, de acordo com a prática bancária, a favor dos beneficiários indicados<sup>1059</sup>.

Por último, a Corte não aceitou o pedido de condenação dos gastos processuais requeridos pela Comissão, reiterando que o funcionamento dos órgãos do Sistema Interamericano de direitos humanos é pago pelos Estados Membros através de sua cota mensal<sup>1060</sup>.

---

<sup>1057</sup> *Caso Aloeboetoe e outros*. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 83.

<sup>1058</sup> *Idem*, parágrafo 80.

<sup>1059</sup> *Idem*, parágrafo 88 e ss..

<sup>1060</sup> *Idem*, parágrafo 101 e ss..

### c) Caso Massacre de Plan de Sánchez. Reparações. 2004.

**Fatos que motivaram a demanda:** Massacre de 268 habitantes de Plan Sanchez<sup>1061</sup> por parte de membros das Forças Armadas da Guatemala, em 1982. Os peticionários manifestaram que o massacre foi perpetrado em execução de uma política do Estado dirigida a extirpar o movimento insurgente, por meio da erradicação estratégica de sua base de apoio civil. As violações foram de tal escala que representaram violações massivas da CADH e disposições pertinentes do direito humanitário internacional, constituindo crimes contra a humanidade e genocídio<sup>1062</sup>.

#### **Direitos Violados:**

- Direito à integridade pessoal<sup>1063</sup>
- Direito à proteção e a garantias judiciais<sup>1064</sup>
- Direito à igualdade perante a lei<sup>1065</sup>
- Direito à liberdade de consciência e religião<sup>1066</sup>
- Direito à vida<sup>1067</sup>
- Direito à propriedade privada<sup>1068</sup>.

A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não só por ser estes seu principal meio de subsistência, senão, porque constituem um elemento integrante de sua religiosidade e, por conseqüência, de sua identidade cultural<sup>1069</sup>.

No momento em que ocorreram os fatos, a comunidade Plan Sánchez era habitada predominantemente por membros da população Maia – Achí. Em 1982, os militares guatemaltecos mantinham uma forte presença na zona. Estes militares intimidavam

<sup>1061</sup> A aldeia Plan de Sánchez encontra-se no Município de Rabinal que é um dos oito municípios do Departamento de Baja Verapaz, localizados na região central da Guatemala.

<sup>1062</sup> **Caso Masacre Plan de Sánchez.** C.I.D.H.Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C. Nº116.

<sup>1063</sup> Consagrados nos artigos 5.1 e 5.2 . CADH. *Op. cit.*.

<sup>1064</sup> Consagrado no artigo 8.1. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1065</sup> Consagrado no artigo 24. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1066</sup> Consagrados nos artigos 12.2 e 12.3 respectivamente. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1067</sup> Consagrado no artigo 5º CADH. *Op. cit.*.

<sup>1068</sup> Consagrada nos artigos 21.1 e 21.2. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1069</sup> **Caso Yakye Axa.** C.I.D.H. *Op. cit.* parágrafo 135-137.

constantemente os membros da população local, especialmente aqueles que não participavam das Patrulhas de autodefesa civil.

Os peticionários alegaram que, na manhã de 18 de julho de 1982, caíram granadas ao leste e oeste de Plan Sánchez, entre as 2:00 e 3:00 da tarde, chegando ao redor de 60 homens que vestiam uniformes militares e altamente armados. Estes militares vigiaram as entradas da comunidade e foram de porta em porta recolhendo moradores. As mulheres jovens e crianças do sexo feminino foram levadas a um lugar e as mulheres maiores, homens e crianças do sexo masculino foram levados a outro lugar. Estas mulheres jovens e crianças femininas somaram-se ao redor de 20, as quais foram estupradas e assassinadas numa casa da localidade. O restante da população foi concentrado em outra casa, sendo que horas mais tarde lançaram granadas no interior desta casa. Por outro lado, todas as crianças pequenas foram mortas a chutes e golpes.

Aqueles que não se encontravam nas residências ou conseguiram escapar, no dia seguinte encontraram suas casas queimadas. Estes sobreviventes informaram que as autoridades voltaram diariamente, nos dias seguintes, para roubar os pertences das residências, ameaçando os que restaram vivos. Afirmou-se que este acontecimento faz parte de um movimento insurgente de erradicação estratégica da população indígena.

Em 1987, somente 20 famílias tinham regressado à aldeia, porém mesmo estas famílias continuavam sendo objeto de ameaças por parte do comissionado militar, os quais reiteravam que deveriam permanecer em silêncio com respeito aos fatos relacionados com o massacre. Esta situação continuou até 1996 quando este grupo subversivo foi dissolvido legalmente<sup>1070</sup>.

O Estado guatemalteco reconheceu o massacre, mas alegou que os fatos aconteceram em um cenário de conflito armado, onde ambas partes tiveram participação. Por outro lado, alegou que não foram esgotados os recursos internos, pois o processo ainda estava em andamento no Ministério Público. O reconhecimento da responsabilidade por parte do Estado guatemalteco foi considerado pela Corte como "uma contribuição positiva ao

---

<sup>1070</sup> *Caso Masacre Plan Sánchez. Op. cit.*, parágrafo 42.28.

desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana<sup>1071</sup>". Ainda que a Guatemala tenha aceitado sua responsabilidade pelas distintas violações à Convenção Americana<sup>1072</sup>, o Estado não chegou considerar "o relacionado com o tema de genocídio", exposto pela Comissão e pelos peticionários, "por não ser matéria da Convenção Americana<sup>1073</sup>".

### **Esgotamento dos recursos internos**

O artigo 46 da CADH especifica que, para que um caso seja admitido, requer-se que "se tenha interposto e esgotado os recursos de jurisdição interna, conforme os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos<sup>1074</sup>". Este requisito tem por objetivo assegurar ao Estado respectivo a oportunidade de resolver disputas dentro de seu próprio marco jurídico. Quando não se contem com os recursos internos na prática ou na lei, fica excluído este requisito de esgotamento de tais recursos<sup>1075</sup>.

Contra a posição da Guatemala de não esgotamento dos recursos internos, os peticionários alegaram que seu devido esgotamento teria resultado impossível, invocando-se, desta forma, uma das três exceções estabelecidas no artigo 46.2<sup>1076</sup>.

A Comissão considerou que os sobreviventes e os familiares das vítimas viram-se impedidos de invocar recursos internos por vários anos, devido ao medo que os afetava e a comunidade em geral. A norma do esgotamento dos recursos internos não requer a invocação de recursos, quando isto coloque em risco a integridade física do peticionário ou quando tal invocação não oferece possibilidade de sucesso<sup>1077</sup>.

<sup>1071</sup> **Caso Masacre Plan Sánchez.** *Op. cit.*, parágrafo 50.

<sup>1072</sup> *Idem*, parágrafo 36, N° 3° e 4°.

<sup>1073</sup> *Idem*, parágrafo 36, N° 5°.

<sup>1074</sup> Artigo 46. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1075</sup> Ver artigo 46.2. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1076</sup> "2. As disposições das alíneas 'a' e 'b' do inciso 1° deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação do estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e a) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos". Artigo 46.2. CADH. *Op. cit.*.

<sup>1077</sup> **Caso Masacre Plan Sánchez.** C.I.D.H. *Op. cit.* parágrafo 18.

### **Responsabilidade Internacional Agravada**

Para o juiz Cançado Trindade, o fato da C.I.D.H. carecer de jurisdição para determinar violações da CADH contra o genocídio, não significa que a Corte não possa tomar em consideração atos que se tipificam como genocídio como circunstâncias agravantes das violações aos direitos protegidos pela CADH<sup>1078</sup>.

Não é a primeira vez que a C.I.D.H. identifica uma responsabilidade internacional agravada. Em seu voto, Cançado Trindade lembra o caso *Myrna Mazk Chang versus Guatemala*, onde a Corte concluiu que dos fatos comprovados depreendia-se uma responsabilidade internacional agravada do Estado demandado<sup>1079</sup>.

### **Medidas de satisfação tomadas**

Perante os fatos deste brutal massacre de homens, mulheres e crianças indígenas Maia Achí na comunidade Plan de Sánchez, a Corte adotou medidas de satisfação muito mais avançadas, já que são definidos claramente os impactos que o massacre provocou na cultura e na identidade ética dos membros sobreviventes da comunidade:

Com a morte das mulheres e dos idosos, transmissores orais da cultura Maia Achí, seus conhecimentos não puderam ser passados às novas gerações, o que provocou, na atualidade um vazio cultural. Os órfãos não receberam a formação tradicional herdada de seus ancestrais<sup>1080</sup>.

Resultou agravante o fato de a comunidade não poder realizar os rituais mortuários adequados às vítimas, o que provocou graves sofrimentos nos descendentes e uma alteração no seu processo de luto. Nenhuma cerimônia ou rito tradicional da cultura Maia pôde ser realizado livremente, devido à vigilância e repressão militar que se seguiu ao massacre<sup>1081</sup>. Em geral, a Corte observou que práticas e valores próprios da cultura maia foram deslocados por medidas autoritárias e de uso arbitrário do poder, vinculadas à militarização da vida cotidiana, que terminou provocando a desarticulação do grupo e a perda das suas referências<sup>1082</sup>.

<sup>1078</sup> **Caso Masacre Plan Sánchez.** C.I.D.H. *Op. cit.* Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 24.

<sup>1079</sup> *Idem*, parágrafo 25.

<sup>1080</sup> **Caso Masacre Plan de Sánchez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 51

<sup>1081</sup> *Idem*, parágrafo 52.

<sup>1082</sup> *Idem*, parágrafo 35.

Como se vê, a C.I.D.H. adotou medidas reparatórias em dois planos: no plano individual, através de uma indenização pecuniária<sup>1083</sup> e, no plano coletivo, por meio das seguintes medidas de satisfação:

- A Corte ordenou que o Estado formulasse um pedido de perdão aos familiares das vítimas e que este fosse transmitido diretamente a todos os membros da comunidade em sua aldeia por um alto funcionário do Estado<sup>1084</sup>;
- Retomadas das investigações permitindo às vítimas saber a verdade sobre o massacre<sup>1085</sup>;
- Ato público de reconhecimento de responsabilidade em memória das vítimas do massacre<sup>1086</sup>;
- O dano causado ao povo maia, mediante a execução de mulheres e idosos, transmissores orais naturais das tradições, mostra-se quase irreparável; por este motivo, a Corte condenou ao Estado a adotar medidas de reabilitação dirigidas ao fortalecimento da transmissão da cultura Maia<sup>1087</sup>;
- Tratamento médico e psicológico<sup>1088</sup>;
- Tradução das sentenças ao idioma vernáculo (idioma Maia Achí) e sua difusão: esta medida foi muito importante, porque, por um lado, contribuiu para a reconstrução da memória do povo ao colocar a seu alcance as sentenças nas quais os fatos são coletados, analisados, julgados e sancionados e, por outro, contribuiu para a reafirmação da identidade lesada, pois ao traduzir as sentenças ao seu idioma permitiu sua apropriação como um elemento de justiça por parte do povo<sup>1089</sup>.

---

<sup>1083</sup> O valor das indenizações que fixou a Corte individualmente serão entregues a cada beneficiário na sua qualidade de vítima sobrevivente do massacre. No caso de que alguma vítima tivesse falecido, deverá ser distribuído conforme as regras de direito sucessório interno. **Caso Masacre Plan de Sánchez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 65.

<sup>1084</sup> *Idem*, parágrafo 90 inciso b.

<sup>1085</sup> *Idem*, parágrafo 90 inciso f.

<sup>1086</sup> *Idem*, parágrafo 99. 2.

<sup>1087</sup> *Idem*, parágrafo 90 inciso g.

<sup>1088</sup> "O Estado deve brindar gratuitamente, através de suas instituições de saúde especializadas, o tratamento médio que requeiram as vítimas incluindo, *inter alia*, os medicamentos que possam ser necessários. Também, o Estado deve criar um programa especializado de tratamento psicológico e psiquiátrico, o qual deve ser brindado em forma gratuita (...)" *Idem*, ponto resolutivo N° 7.

<sup>1089</sup> **Caso Masacre Plan de Sánchez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 99 inciso c.

Por último, a Corte foi enfática em estipular que supervisionaria a execução desta sentença e daria por concluído o presente caso somente, quando o Estado desse cumprimento total à mesma em um prazo de um ano a partir da notificação da sentença<sup>1090</sup>.

#### **d) Caso Ximenes Lopes. Exceção preliminar. 2006**

**Fatos que motivaram a demanda:** O Estado brasileiro foi acusado de ação e omissão pela morte de Damião Ximenes Lopes nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, no interior do Ceará, em 1999. A referida clínica de saúde mental integrava a rede privada credenciada ao Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>1091</sup>.

#### **Direitos violados**

- Direito à vida
- Direito à integridade física
- Direito à proteção judicial

O caso *Ximenes Lopes* foi o primeiro caso brasileiro a ser julgado pela C.I.D.H.. Damião Ximenes Lopes morreu três dias depois da sua internação. De acordo com denúncia da família, Damião sofreu maus tratos, tortura e foi atendido de forma negligente pelos médicos e enfermeiros da referida Casa de Repouso, o que ocasionou a sua morte. A clínica foi desautorizada pelo SUS e hoje se encontra desativada. Após a morte da vítima, a família ajuizou ações criminal e civil indenizatória contra o proprietário da clínica. Em face da demora no Direito Interno, demandaram o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No presente caso, a Comissão decidiu pela admissibilidade da petição perante a Corte, e o Brasil teve três oportunidades para dar informações à Comissão sobre a acusação de omissão pela morte da vítima. Porém, segundo o relatório N° 38 / 02 da Comissão, o Brasil

---

<sup>1090</sup> **Caso Masacre Plan de Sánchez.** C.I.D.H. *Op. cit.*, ponto resolutivo 16.

<sup>1091</sup> **Caso Ximenes Lopes versus Brasil.** Exceção preliminar. C.I.D.H. Sentença de 04 de julho de 2004. Série C. N° 129.

"não apresentou nenhuma resposta aos fatos alegados pela peticionaria e tampouco questionou a admissibilidade da petição<sup>1092</sup>".

O Estado do Brasil reconheceu sua responsabilidade, a qual foi sumamente considerada pela C.I.D.H. Porém, alegou em sua defesa os avanços na implementação da política de saúde mental, que enfatizou os direitos humanos das pessoas com transtornos mentais e a não-internação com base em décadas de atuação dos movimentos da luta anti-manicômio e da reforma psiquiátrica. A Lei 10.216 / 2001, que determinou a reforma no sistema de saúde mental no Brasil, foi orientada pela percepção de que as instituições de manicômios, como teria sido o caso da clínica onde Damião foi morto, representavam fontes de violações dos direitos humanos das pessoas ali internadas.

**Competência *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione loci***

A peticionária, que é irmã da vítima, tem legitimidade para apresentar uma petição perante a Comissão com base no artigo 44 da CADH. Tanto a vítima, como a peticionária são brasileiros, e o Brasil é um Estado Parte do Pacto São José, de maneira que a Comissão possui a competência *ratione personae* para examinar a denúncia.

A Comissão tem competência *ratione materiae*, porque a petição faz referência a denúncias de violações aos direitos humanos protegidos pela CADH, em seus artigos 4º, 5.1, 5.2, 11 e 25, em prejuízo de Damião Ximenes Lopes. A Comissão também tem competência *ratione loci* porque os fatos alegados ocorreram na República Federativa do Brasil (país que ratificou a CADH). E, por último, a Comissão tem a competência *ratione temporis* porquanto os direitos alegados ocorreram quando a obrigação de respeitar e garantir os direitos estabelecidos pela Convenção já estava em vigor para o Estado (que ratificou em 25 de setembro de 1992).

---

<sup>1092</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Nº 38 / 02, de 09 de outubro de 2002.

### **Esgotamento dos recursos internos**

O Estado do Brasil não alegou a falta de esgotamentos dos recursos internos e, portanto, pode presumir-se a renúncia tácita em fazer valer a exceção do não esgotamento dos recursos internos. A respeito, a C.I.D.H. afirmou que a

a exceção de não esgotamento dos recursos internos, para ser oportuna, tem que se alegar nas primeiras etapas do procedimento, em cujo defeito, poderá presumir-se a renúncia tácita a fazê-la valer por parte do Estado Interessado<sup>1093</sup>.

Assim, a Corte entendeu que o Estado renunciou tacitamente a esta exceção.

### **Obrigações do Estado no âmbito da responsabilidade estatal, gerada por violações a Convenção Americana de Direitos Humanos**

Como se estudou, os artigos 1.1 e 2º da CADH constituem a base para a determinação de responsabilidade internacional de um Estado. Deste modo, é ilícita toda forma de exercício de poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção em toda circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado lese indevidamente, por ação ou omissão, um destes direitos<sup>1094</sup>.

Neste caso, a Corte reiterou que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares, em princípio, não atribuíveis ao Estado.

As obrigações erga omnes que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e pessoas submetidas à sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais<sup>1095</sup>.

A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis, tanto pelos atos das entidades públicas, como privadas que prestam atendimento de saúde. Nesta hipótese, a responsabilidade internacional compreende os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, assim como atos de

<sup>1093</sup> **Caso Velásquez Rodriguez**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 88.

<sup>1094</sup> **Caso Ximénes Lopes**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 84.

<sup>1095</sup> *Idem*, parágrafo 85.

terceiros quando o Estado não cumpre seu dever de fiscalização (dever que nunca se esgota)<sup>1096</sup>.

**A necessidade de ampliação do conteúdo material do Jus Cogens**

A C.I.D.H. considerou que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atendimento às obrigações gerais de respeito e garantia dos Direitos Humanos<sup>1097</sup>. Em voto separado, o Juiz Cançado Trindade advertiu que, neste caso, o fato de ser a vítima direta uma pessoa portadora de deficiência mental o reveste de circunstância agravante<sup>1098</sup>. A Corte teve um critério similar ao de Cançado Trindade, reconhecendo a proteção especial que requerem as pessoas particularmente vulneráveis<sup>1099</sup> (como as portadoras de deficiências mentais).

Este caso representou o primeiro sobre pessoas com deficiência mental, dando oportunidade a C.I.D.H. ampliar o critério sobre a matéria que até então regia-se exclusivamente pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências de 1999. O Juiz Cançado Trindade criticou de maneira rigorosa que a Corte tenha tratado o tema de forma oblíqua e insatisfatória quando – segundo sua visão - a Corte conta com jurisprudência com "elementos preciosos que poderia ter fortalecido sua fundamentação<sup>1100</sup>".

Considera-se que a C.I.D.H. é um dos tribunais internacionais contemporâneos que mais vinha contribuindo para a evolução do conteúdo material do *jus cogens* e é justamente por isto que o Juiz Cançado Trindade expressou sua insatisfação com o voto, porque "parece ter se refreado em sua construção doutrinário-jurisprudencial a respeito<sup>1101</sup>".

<sup>1096</sup> **Caso Ximénes Lopes**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 90.

<sup>1097</sup> *Idem*, parágrafo 103.

<sup>1098</sup> **Caso Ximénes Lopes**. C.I.D.H. Voto dissidente Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 39.

<sup>1099</sup> "(...) A vulnerabilidade intrínseca das pessoas com deficiências mentais é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das enfermidades psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando são submetidas à internação". **Caso Ximénes Lopes**. C.I.D.H. *Op. cit.* parágrafo 106.

<sup>1100</sup> *Ibidem*. Voto separado Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 43.

<sup>1101</sup> *Ibidem*. Voto separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 47.

### **Dano Material**

Esclarece-se que, neste caso, a C.I.D.H. estabeleceu como beneficiários os pais e irmãos da vítima<sup>1102</sup>. Por outro lado, a Corte determinou como dano material à perda ou depreciação da renda da vítima provando-se que a única renda do senhor Damião Ximenes no momento de sua morte era a pensão por incapacidade. A Corte, então, levou em consideração que por lei interna o Estado brasileiro mantém integralmente a pensão por morte em favor da mãe da vítima, que é considerada dependente do senhor Damião. Assim, a C.I.D.H. considerou que não procedia a fixação de indenização por perda de ingressos a favor da vítima<sup>1103</sup>.

A Corte também considerou que há elementos para concluir que irmã da vítima deixou de perceber seus ingressos por algum tempo ao não poder trabalhar; assim, o Tribunal considerou uma quantia "x" como indenização a título de dano material em benefício da irmã da vítima<sup>1104</sup>.

### **Dano Emergente**

A C.I.D.H. entendeu, apesar de não terem sido aportados os comprovantes de despesas, por presumir que os familiares do senhor Damião Ximenes incorreram em diversos gastos funerários, bem como em outros gastos relacionados com o traslado do corpo da vítima, estimando pertinente a fixação, com equidade, de uma quantia como indenização a título de dano emergente, a qual deveria ser entregue a mãe da vítima<sup>1105</sup>.

### **Dano imaterial**

Por fim, a C.I.D.H. considerou muito o fato que o Estado do Ceará, *motu proprio*, concedeu uma pensão à mãe da vítima. No entanto, em virtude das considerações, a Corte estimou procedente fixar uma indenização por dano imaterial em favor da mãe e de seus familiares pelas violações aos direitos humanos sem deixar de observar que a referida pensão

---

<sup>1102</sup> **Caso Ximenes Lopes**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 217.

<sup>1103</sup> *Idem*, parágrafo 224.

<sup>1104</sup> *Idem*, parágrafo 225.

<sup>1105</sup> *Idem*, parágrafo 226.

concedida pelo Estado constitui um benefício legal vitalício, independentemente das reparações que sejam fixadas a título de dano imaterial pela Corte<sup>1106</sup>.

Para concluir, destaca-se que, através deste caso, contribuiu-se para a melhoria dos serviços de assistência psiquiátrica oferecidos no Brasil, com base na garantia dos direitos humanos das pessoas com transtornos mentais. Isto confirma o entendimento de Flávia Piovesan, para quem "a ação internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas<sup>1107</sup>".

---

<sup>1106</sup> **Caso Ximenes Lopes**. C.I.D.H. *Op. cit.*, parágrafo 234.

<sup>1107</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.* 1996, p.313-314.

## CONCLUSÕES

1. Nesta pesquisa constatou-se que a responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos Humanos não pode ser compreendida sem que antes se tenha estudado a gênese dos Direitos Humanos, os quais estão sempre atados às realidades no tempo muito diferentes e às grandes lutas desde a civilização egípcia.

2. Os Direitos Humanos evoluem sempre em prol da depuração do conceito de humanidade chegando-se, atualmente, aos sistemas de proteção universal e regional, que exigem que o próprio Estado possa ser o sujeito responsabilizado pelas violações aos Direitos Humanos que aconteçam em seu território. Esta responsabilidade internacional do Estado surgiu da responsabilidade internacional por danos causados por estrangeiros, mas dela se diferencia, pois o foco é o próprio Estado, enquanto naquela (na proteção diplomática) o dano sofrido pela pessoa é considerado um dano indireto ao Estado de sua nacionalidade.

3. Para um melhor desenvolvimento do tema no sistema global de responsabilidade internacional do Estado resultou muito acertada a Codificação proposta pela CDI devendo ser vista como a sistematização das regras do direito positivo e das normas consuetudinárias já existentes sobre responsabilidade internacional.

4. Os elementos constitutivos da responsabilidade internacional do Estado têm sido definidos pela jurisprudência e pela doutrina internacional. A ilicitude do fato do Estado (seja por ação ou omissão) se estabelece no Direito Internacional independentemente da qualificação de lícito ou ilícito que lhe dê a legislação interna. Esse resultado lesivo deve estar interligado com um nexos causal entre a conduta violadora do Estado e a violação de uma obrigação internacional sem importar a intenção que do agente (culpa ou dolo).

5. O Estado responderá pelos atos realizados pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, quando atuem em qualidade de órgão ou em nome do Estado, inclusive quando os eventos excedam sua competência. Também é atribuível ao Estado o ato de particular quando atue para o Estado ou mesmo exerça atos que pareçam a simples vista (enganado a vítima) do Estado. Em todos os casos, mostra-se necessário que o fato seja contrário ao Direito Internacional e violador de uma obrigação internacional.

6. O estudo da responsabilidade internacional do Estado dentro do Direito Internacional deve ser realizado a partir de uma nova concepção de soberania não se entendendo como um poder absoluto da mais alta autoridade, mas como aquela autoridade autônoma em comum acordo com as obrigações internacionais derivadas da Comunidade Internacional que um Estado voluntariamente aceita pertencer e deve respeitar.

7. O Estado pode perfeitamente ser responsabilizado no plano internacional pelo descumprimento de normas convencionais ainda que tente estribar-se em lei ou norma constitucional interna. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, impõe-se a superação de toda pretensão dualista para explicar a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Não prevalecerá nem um, nem o outro, mas aquele que melhor proteja e garanta ao ser humano.

8. A nova relação que surge após o fato internacionalmente ilícito é uma relação Estado-Estado em virtude da comunidade internacional a qual pertence. O consentimento, a força maior, o caso fortuito, o perigo extremo e o estado de necessidade são circunstâncias que excluem a ilicitude do fato internacional do Estado.

9. A responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos é, definitivamente, uma responsabilidade objetiva e deve sempre prevalecer a lei mais favorável para a vítima. A jurisprudência internacional comprova que os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados internacionais clássicos que regulam relações entre dois ou mais Estados, consagram valores comuns superiores a qualquer sistema de direito existente.

10. O Estado deve colocar à disposição em sua legislação interna recursos para combater a violações aos direitos humanos, os quais que devem ser previamente esgotados pelas supostas vítimas que desejam justiça *supra* nacional. Quando o temor generalizado, atrasos injustificados da justiça ou mecanismos inadequados internos impedem o acesso à justiça interna esta regra de prévio esgotamento poderá ser anulada.

11. A violação das obrigações internacionais leva a responsabilização internacional como conseqüência do surgimento de uma nova obrigação de reparação, que deve ser vista como de caráter compensatório e não punitivo.

12. As medidas de reparação no Sistema Interamericano procuram uma integral reparação das conseqüências surgidas pela violação. Em primeiro lugar, tentar-se-á uma restituição dos direitos violados (*restitutio in integrum*). Quando isto resulta impossível, exigem-se, então, medidas que outorguem satisfação, além do benefício econômico como seria o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado, pedidos de desculpas, bolsas de estudo, assim como medidas orientadas a evitar a repetição no futuro de fatos da mesma natureza.

13. A história da C.I.D.H. reflete inúmeros casos de desaparecimentos forçados, execuções ou torturas, onde a Corte tem outorgado como medida reparatória mais comum a indenização econômica, por conceito da dor sofrida, dos prejuízos patrimoniais gerados, dos gastos realizados em conseqüência das violações e a procura de amparo aos direitos violados.

14. A competência da Comissão e da Corte não é de caráter obrigatório, mas busca-se que disponha de alto valor persuasivo para que as jurisdições locais compreendam a congruência que deve existir entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as disposições internas procurando nunca se eliminar um direito por razões jurídicas.

15. O uso de sanções é compatível com a proteção dos Direitos Humanos quando se entenda que é necessário obrigar um Estado na defesa dos Direitos Humanos dos seus cidadãos. Em todo o caso, esta sanção deve ser coletiva oriunda de procedimentos de uma comunidade internacional.

16. O uso de sanções unilaterais apresenta-se equivocado ao se pretender defender os Direitos Humanos, posto que estes direitos serão sempre de interesse da coletividade humana nunca devendo ser um interesse próprio material de um Estado, o que poderia resultar em mais violações das obrigações e desrespeito à comunidade internacional.

17. O trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido de excelente qualidade inovando em muitos temas para enriquecimento da doutrina já existente. Contudo, falta que a comunidade internacional reforce seus mecanismos internos e confie nos mecanismos de proteção internacional, os quais têm demonstrado ser de grande eficácia.

## REFERÊNCIAS

ABREU DALLARI, Dalmo de. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. **96 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (R.C.A.D.I)**, 1959.

AGUIAR A, Asdrúal. **Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado**. Caracas: Monte Ávila, 1997.

\_\_\_\_\_. **La responsabilidad Internacional del Estado por violación a los derechos humanos**: apreciaciones sobre el pacto de San José. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional público**. 15 ed. São Paulo: Renovar, v.1, 2004.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ANZILOTTI, Dionisio. Teoria Generale della responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale. In: ANZILOTTI, Dionisio. **Scritti di Diritto Internazionale Pubblico**. Pádua: CEDAM, v.1, 1956.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Privado**: Teoria e prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. A influência das Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista CEJ**. n. 29, abril / jun 2005, p. 64-69.

ARAUJO, Nadia de; ANDREIULLO, Inês da Matta. A Internacionalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: ARAUJO, Nadia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Os direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AYALA CORAO, Carlos M. Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 85-148.

BRAGA, Fernando. **Naturaleza jurídica de la protección internacional de los Derechos Humanos**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1992.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRITO FIGUEROA, Federico. **História económico y social de Venezuela**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1966.

BRITO GONÇALVES, Joannisval. **Tribunal de Nuremberg (1945-1946)**: a gênese de uma nova ordem do direito. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. O Legado de Nuremberg. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 645-680.

BROOWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford Institute, 1983.

BURN, Andrew. **Pérsia and the Greeks**. The defence of the West, c. 546-478 B.C. London: [s.ed.], 1962.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Esgotamento de recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, fundamentos jurídicos e Instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v.1, 2003.

CARRILLO FLORES, Antonio. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado en México**. Moscú: [s.ed.], 1981.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Algunas reflexiones sobre la subjetividad internacional del individuo y el proceso de humanización del derecho Internacional. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 277-322.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CASANOVAS, Oriol. **Casos y textos de Derecho Internacional Público**. Madrid: Tecnos. 1984. p. 483-489

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CHENG, Bin. **General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

CONDORELLI, Luigi. L'imputazione à l'Etat d'un fait internacionalmente ilicite: solutions classiques et nouvelles tendances. **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye(R.C.A.D.I)**,1984.

CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS 1889-1936: recopilación de tratados y otros documentos. México: Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, 1990.

CRAWFORD, James. **General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DICCIONARIO QUINTANA ROO: Enciclopedia Regional. México: Fernandez, 1988.

DICTIONNAIRE de la Terminologie du Droit International: Publicado sob o patrocínio da Union Académique Internationale. Paris: Sirey, 1960.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, v.7, 1998.

ENCICLOPEDIA del Idioma: Diccionario histórico moderno de la lengua española (siglos XII al XX), Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano. Tomo III (N-Z). Madrid: Aguilar, 1982.

ELSON, Henry. **Estados Unidos de América, História de América**. Tomo XXVII. Barcelona: Peuser, 1958.

ÊXODO. Português. **Bíblia sagrada**. Trad. João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Trinitariana, 1990.

FERRER LLORET, Jaume. **Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos: estudios de la práctica relacional e institucional**. Madrid : Tecnos, 1998.

FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona : Tusquets, 1970.

GARCÍA-AMADOR, F. V. **Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad**: Análisis crítico de la posición tradicional. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1978.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. Madrid: Civitas, 1978.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las reparaciones en el sistema de protección de los derechos humanos. In: **Memoria del seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p.129-158.

GARCÍA SAYÁN, Diego. **Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos**. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo, 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004. p. 325-384

GROS ESPIELL, Héctor. **La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos: Análisis comparativo**. Santiago: Jurídica de Chile, 1991.

GOMEZ ROBLEDO, Alonso. Naturaleza de los Derechos Humanos y su validez en Derecho Internacional consuetudinario. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.1, 1998. p. 785-800.

GONZÁLES CAMPOS, Julio et al. **Curso de Derecho Internacional Público**. 5.ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1992.

GONZÁLEZ, Justo L. **A Era dos Mártires**. São Paulo: Vida Nova. 2002

GORDILLO, Agustín. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Inst. de Estudios de Administración Local, 1984.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.2, 1998. p.819-828.

GROTIUS, Hugo. *De jure belli ac Pacis Libris Tres*. Trad. Francis W. Kelsey. **Classics of International Law**. Washington: Clarendon Press. 1925.

GUIER, Jorge. **Historia del Derecho**. San José: EUNED, 1993.

GUZMAN, Alejandro. La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius. **Revista de estudios jurídicos**, México, n.26, 2004. p. 156 – 186.

HART, Herbert L. **O conceito de Direito**. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HERIQUEZ UREÑA, Pedro. **Historia de la Cultura en América Hispánica**. 7.ed. México: Fondo de Cultura Económica. 1947.

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Frederico Lourenço. Lisboa: Cotovia, 2005.

IOVANE, Massimo. **A riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale**. Milano: Giuffrè, 1990.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A Formação do Homem Grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JAYME, Erick. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção das pessoas humana face à globalização. In: LIMA MARQUES, Cláudia; ARAUJO, Nadia de. (org). **O Novo Direito Internacional**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2005.p. 3-20.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Prólogo e trad. Fernando de los Rios. México: FCE, 2000.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. La legítima defensa individual en la Carta de las Naciones Unidas. **Estudios de derecho internacional: Homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles**. Universidad de Santiago de Compostela. Zaragoza: Octavio y Félez, 1958. p. 328-355.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Internacional**. México: Sorensen, 1973.

\_\_\_\_\_. **El derecho internacional contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 1980.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad Internacional. In: SORENSEN, Max (coord). **Manual de Derecho Internacional Público**. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 506-568.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Sudamérica, 1958.

JIMÉNEZ PAVA, Ana María. **La regla del agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano, aplicada al caso colombiano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (org). **La responsabilidad internacional del Estado**: aspectos de derecho internacional público y privado In: XIII JORNADA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES, 1989. [s.ed.]Alicante, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, [s.d.].

KELSEN, Hans. **La Paz por Médio del Derecho**. Nome original Peace Through law. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLENNER, Hermann. **Thomas Hobbes**. Filósofo del derecho y su filosofía jurídica. Traducción de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Esternado de Colombia, 1999.

KONDER COMPARATO, Fábio. A proteção dos direitos humanos e a organização federal de competências. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (org). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro**. Brasília/São José: IIDH, 1996.

\_\_\_\_\_. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

KRAMER, Francisco Villagrán. **Sanciones Internacionales por violaciones a los derechos humanos**: la responsabilidad internacional del Estado. Guatemala: Ministerio de Cultura y Deportes, 1996.

KURY DAMA, Mario da. **Dicionario de Mitologia Grega e Romana**. 7.ed. (s.c.): Zahar, 2003.

LA SOCIEDAD COLONIAL Americana en el siglo XVIII. In: CONGRESO SOBRE LA COLONIA, San José, Costa Rica, 1965.

LARRAÑAGA, Pablo. **El concepto de responsabilidad**. México: Fontamara, 2000.

LEGUINA VILA, J. **La responsabilidad civil de la Administración Pública**. Madrid: Tecnos, 1983.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. **Derecho internacional público: parte general**. 3a. ed, Madrid: Trotta, 1999.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a Lei Natural**. 3.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de história da filosofia**. São Paulo: LTr, 1997.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo, 1979-2004**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004. p. 209-272.

MEIRA MATTOS, Adherbal. Soberania e a Nova Ordem Mundial. In: SOUZA DEL'OLMO, Florisbal de (coord). **Curso de Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3- 7.

MIRANDA BURITY, Tarcísio de. O Direito Internacional consuetudinário e os direitos humanos. In: LEÃO, Renato (coord). **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo II. Porto Alegre: Fabris. 2005.p.77-105.

MORENO FERNANDEZ, Abel. La atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización. **Revista electrónica de Estudios Internacionales**. n.12, 2006.

MOYANO BONILLA, César. Soberanía y derechos humanos. In: FIX- MUNDO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria da Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.1, 1997.

MURPHY, Sean D. Terrorism and the concept of armed attack in article 51 the U.N. **Charter. Harvard International Law Journal**, 2002. Disponível em: <<http://www.westlawinternational.com>>.

NDISYE, Waly; COOMARASWAMY. **Informe sobre a situação dos direitos humanos em Nigéria**, 1997. E/CN.4/1997/62. Disponível em: < <http://www.un.org>>.

NIEMEYER, Victor Jr. **Revolución en Queretano: el Congreso Constituyente Mexicano de 1916-1917**. México: Cámara de Diputados, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1992.

NIETZSCHE, Frederich. **Obras completas**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valério de. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

PAOLILLO, Felipe H. Derechos Humanos y Reparación. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Líber: Persona Humana y Derecho Internacional**. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997. p. 981-1006.

PEREYRA, Carlos. **Breve história de América**. Madrid: M.Aguilar. 1930

PEREZ LUÑO, A.E. **Los derechos fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos. 1995.

PINTO, Mónica. Responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos y los entes no estatales. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Líber: Persona Humana y Derecho Internacional**. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997.p.1155-1173.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIZA ESCALANTE, Rofolfo. El valor del derecho y la Jurisprudência Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos el Ejemplo de Costa Rica. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Liber Amicorum**. San José: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v.1, 1998, p. 169-189.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo. **Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos**. San José: Universidad Autónoma de Centro América, 1989.

PLATÃO. **Diálogos Socráticos**: Estúdio preliminar de Angel Vasallo. México: Conculta Oceano, [s.d.].

\_\_\_\_\_. **Hípias Menor**. Trad. Maria Teresa Schizppa de Azevedo. Lisboa: Edições 70, 1999.

PLATÃO. **Protágoras, Gorgias, Fedão**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universitária UFPA, 2002.

\_\_\_\_\_. **A República**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Marin Claret, 2004.

PODESTA COSTA, Luis. **Ensayo sobre las luchas civiles y el derecho internacional**. Buenos Aires: [s.ed.], 1926.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

RAMOS PEREIRA, Luiz César. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas conseqüências no Direito Internacional**. São Paulo: Ltr, 2000.

RECALDE RODRÍGUEZ, Amaia; ORELLA UNZUE, José Luis. **Documentación real a la Provincia de Guipúzcoa**. Siglo XV. San Sebastián :[s.ed.], 1988.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional público**: Curso Elementar, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA D'ANGELIS, Wagner. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. In: LEÃO, Renato (coord). **Liber Amicorum Cançado Trindade**: Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tomo II. Porto Alegre: Fabris. 2005. p. 107 – 139.

RODRÍGUES MARQUES, Francisco. **Estúdios Bíblicos**: Ensinaamentos da tradição esotérica cristã. Vol.1.Portugal: [s. ed.], 2005.

ROMILLY, Jacqueline de. **La Tragédie Grecque**. Paris: PUF, 1973.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. Algunas consideraciones sobre las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In:RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Tomo VI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 95-133.

SANCHEZ, Luis Alberto. **Historia General de América**. Santiago: Ercilla. 1949.

STRENGER, Irineu. **Responsabilidade civil no direito interno e internacional**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA CUNHA, Júlio. **Direito Internacional Público – Introdução e fontes**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

THE NEW Encyclopedia Britannica. Chicago: Encyclopedia Britannica, v. 32, 2007.

TOYNBEE, Arnold J. **A Study of History**. London: Oxford University Press, v.1, 1934

TRIEPEL, H. Les rapports entre le droit interne et le le droit international. In: **Recueil de Cours de L'Academy de Droit Internaciona**. Tomo I, 1925. p. 77-118.

VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Trad. de la 6a ed. Francesa por la editorial. Madrid: Aguilar, 1980.

VENTURA ROBLES, Manuel E. El acceso directo de la víctima a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un ideal y una lucha de Antonio A. Canção Trindade. In: RIBEIRO LEÃO, Renato (coord.) et al. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo IV. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 213-272.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Público**. Madrid: Aguilar, 1982.

VILLAGRÁN KRAMER, Francisco. **Sanciones por violaciones de los Derechos Humanos**. In: XIX CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL. Washington: Secretaria General de Asuntos Jurídicos de la OEA, 1996.p.63-80.

\_\_\_\_\_. Retorsión y Represalias por violación a los derechos humanos. In: GROS ESPIELL, Héctor. **Amicorum Liber: Persona Humana y Derecho Internacional**. Bruxelles: Bruylant, v.2, 1997, p. 1764-1799.

VON GIERKE, Otto. **The development of Political Theory**. Trad. by Bernard Freyd. New York: W.W. Norton and Company, Inc., 1939.

WADE, H.W.R. **Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1971.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

## OBRAS CONSULTADAS

AGO, Roberto. **Segundo Informe sobre a responsabilidad de los Estados**. In: ANUÁRIO COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, v.2, p.189-202, 1969.

\_\_\_\_\_. **Third Report on State Responsibility**. Comissão de Direito Internacional. A/CN.4/246, 1973.

\_\_\_\_\_. **Anuário da Comissão de Direito Internacional**, v.2, p. 127, 1979.

\_\_\_\_\_. **Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados**. In: ANUARIO DE LA C.D.I, v.2, 1980.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resoluções 33/175, 32/151, 31/91, AG/Res 1159 (XXII-0/92) e AG/RES 1477 XXVII-0/97**. Disponível em: <<http://www.un.org>>.

CORBETT, P.E. **Anuário do Instituto do Direito Internacional**, v.3, 1927.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. **Bases de dados da biblioteca Interamericana de Direitos Humanos**. Reporte E/CN.4/Sub.2/2004/NGO/10, 2004. Trabalho não publicado.

\_\_\_\_\_. In: ANUÁRIO. v.2, 1970, 1973, 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985, 1986.

\_\_\_\_\_. **Indenização ou outra forma de reparação**. Informe.

\_\_\_\_\_. **Trabalhos realizados em seu 43º, 47º, 48º, 49º, 53º, 54º, 55º período de sessões**. In: ANUÁRIOS.

\_\_\_\_\_. **La intervención de Eustathiades**, 1969. Informe.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório n. 38 / 02**, de 9 out 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva OC-14/94**. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis que violam a Convenção (arts 1 e 2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

\_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva OC- 5/1985**. Sobre la colegiatura de los periodistas, de 13 nov 1985.

\_\_\_\_\_. **Opinião Consultiva OC- 13/93**. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humano, 16 jun 1993.

CONSELHO DE SEGURIDADE DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1368 de 12 set 2001a. 4370a**. Sessão S/RES/1368, 2001.

\_\_\_\_\_. **Resolução 1368**. Aprovada na sessão 4370º do 12 set 2001b.

CRAWFORD, James. **Primeiro Informe sobre a Responsabilidade Estatal, como relator especial da Comissão Internacional de Direito Internacional**. Nações Unidas A/CN/4/490/Add, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Docs. A/51/389 e A/51/903**. Informes do Secretário Geral.