



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Responsabilidade de Proteger

Uma análise no âmbito das normas Ius cogens

Rita Vieira Oliveira

Mestrado em Direito
Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Responsabilidade de Proteger

Uma análise no âmbito das normas Ius cogens

Rita Vieira Oliveira

Orientador: Maria Isabel Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

*Para a minha mãe,
que todos os dias me inspira a ser uma pessoa melhor*

«Hey you, out there beyond the wall
Breaking bottles in the hall
Can you help me?
Hey you, don't tell me there's no hope at all
Together we stand, divided we fall»
Pink Floyd

«Um homem nunca sabe quando a guerra acaba. Diz, Olha, acabou, e de repente não se acabou, recomeça, e vem diferente (...) ainda ontem eram floreios de espada e hoje são arrombações de pelouro, ainda ontem se derrubavam muralhas e hoje se desmoronam cidades, ainda ontem se exterminavam países e hoje se rebentam mundos, ainda ontem morrer um era uma tragédia e hoje é banalidade evaporar-se um milhão, (...)»

José Saramago

AGRADECIMENTOS

“Happiness Is Only Real When Shared”

Aos meus pais e irmãos, por me incentivarem sempre a prosseguir os meus objetivos

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional e pelas horas intermináveis a ouvirem falar de Direito Internacional e pelo interesse (muitas vezes fingido) demonstrado por este tema em concreto

Ao Professor Azeredo Lopes, e em especial, à minha orientadora Professora Maria Isabel Tavares (que espero honrar com esta dissertação) por me lembrarem o papel determinante que um Professor pode ter na vida de um aluno

À minha Professora de História, Carolina Morgado, por me ter incutido que “o saber não ocupa lugar”

RESUMO

A Responsabilidade de Proteger professa um compromisso político assumido pela Comunidade Internacional, com intuito de proteger as populações dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e limpeza étnica.

Na presente dissertação, ambicionamos analisar esta mundividência na sua vertente preventiva. Circunscrevendo a nossa análise a uma perspectiva muito específica deste conceito relacionada com a multilateralização: quando o Estado Territorial falha na proteção da sua população, o que pode a Comunidade Internacional fazer? Deste modo, partindo da ideia subjacente a este conceito, de Comunidade Internacional, normas imperativas, multilateralização da Responsabilidade e da sua importância no Direito Internacional, analisaremos quais os mecanismos disponíveis para assegurar o respeito por estes valores fundamentais.

Em específico, será analisada a possibilidade de um Estado que não o Estado Lesado, dirigir-se a um Tribunal Internacional, invocando um interesse comunitário. A mais recente manifestação desta possibilidade remete-nos para o processo instituído pela Gâmbia contra Myanmar por violações da Convenção do Genocídio.

Palavras-chave: Responsabilidade de Proteger; Comunidade internacional; Prevenção; Genocídio; Ius cogens; Erga omnes; Gâmbia;

ABSTRACT

The Responsibility to Protect professes a political commitment assumed by the International Community, intending to protect populations from the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and ethnic cleansing.

In this dissertation, we aim to analyze this doctrine in its preventive aspect. Circumscribing our analysis to a very specific perspective of this concept related to multilateralization: when the Territorial State fails to protect its population, what can the International Community do?

Thus, starting from the idea underlying this concept, the International Community, imperative norms, multilateralization of Responsibility and its importance in International Law, we will analyze what mechanisms are available to ensure respect for these fundamental values. In particular, the entitlement of a State other than the injured State to submit a case to an International court, invoking a community interest, will be analyzed. The most recent manifestation of this possibility brings us to the process brought by The Gambia against Myanmar for violations of the Genocide Convention.

Keywords: Responsibility to Protect; International Community; Prevention; Genocide; Ius cogens; Erga omnes; Gambia

ÍNDICE:

RESUMO	8
LISTA DE SIGLAS.....	11
PREFÁCIO:.....	I
INTRODUÇÃO	12
I REPENSAR A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER	13
1. Do ‘direito de intervir’ à RP.....	13
2. Conclusões sobre a perspectiva do uso da força	17
3. Dar prioridade à prevenção	21
II PROTEÇÃO DE VALORES COMUNITÁRIOS	26
1. Classificação.....	26
2. Consequências.....	29
3. Comunidade Internacional como uma verdadeira comunidade jurídica internacional	33
ii. i. Interesses coletivos, quem pode implementar?	33
iii. ii. Que mecanismos?	36
III GÂMBIA E MYANMAR	45
1. Apresentação do caso	45
iv. i. O grupo protegido	46
v. ii. O pedido de medidas provisórias	48
vi. iii. Adoção de medidas provisórias	48
vii. Iv. Argumentos	49
2. Efeitos	52
CONCLUSÃO:.....	55
BIBLIOGRAFIA.....	58

LISTA DE SIGLAS

A.- Autor

AGNU-Assembleia Geral das Nações Unidas

Art.-Artigo

CG-Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio

CI- Comunidade Internacional

CIIS-Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estadual

CNU- Carta das Nações Unidas

CT-Convenção contra a Tortura

DH-Direitos Humanos

DI- Direito Internacional

DIH-Direito Internacional Humanitário

EM-Estados Membros

EP-Estado-Parte

EUA-Estados Unidos da América

IH- Intervenção Humanitária

NU- Nações Unidas

OI-Organizações Internacionais

ONG-Organizações Não Governamentais

ONU- Organização Nações Unidas

PC-Parte Contratante

Res.-Resolução

RP-Responsabilidade de Proteger

R.SG- Relatório Secretário Geral

SG-Secretário Geral

VR-Verbatim Record

PREFÁCIO:

Numa era cada vez mais longínqua da realidade idílica preconizada por John Lennon em “Imagine”, a RP apresenta-se como um conceito relevante nos dias de hoje representando uma «alternativa à indiferença e ao fatalismo».¹

A razão assumida é prosaica, os crimes internacionais continuam a ocorrer em pleno século XXI e ameaçam um sistema que se quer multilateral. Esta mundividência não foi criada para impor à CI modos específicos de ação mas para enaltecer os mecanismos disponíveis, fornecendo uma estrutura prática e eficaz para agir e prevenir quando é necessário, aumentando a pressão política e os custos de inação.

A Responsabilidade de Proteger é constante mas com uma aplicação gradual. Assim, se num primeiro momento a responsabilidade pertence ao Estado territorial, num segundo plano, mais entusiasmante e desafiante, compete à CI agir como ator e garante da prevenção e ação perante estas realidades.

A dificuldade neste âmbito reside no facto de, apesar de se apresentar como um conceito político muito interessante, de um ponto de vista teórico, não é tão operacionalizável juridicamente. Deste modo, uma abordagem numa dissertação que se exige jurídica, será sempre para operacionalizar numa vertente jurídica este conceito político.

Ora, se o que está na origem deste conceito são os massacres no Ruanda, a Ex-Jugoslávia e se é aceite que as normas imperativas são a pior violação, perante um recurso à força limitado à possibilidade do CS agir, exigia-se mecanismos alternativos.

E neste âmbito, impunha-se a questão: e os Estados? Porque se é certo que a Responsabilidade de Proteger atua como uma forma de repensar o conceito de soberania como um poder-dever, o que nos interessava neste âmbito são os Estados Terceiros e de que modo podem agir para assegurar estes interesses.

Se é uma ideia tão bem pensada, uma ideia subjacente de comunidade assente em valores considerados como fundamentais no Direito Internacional, será certamente importante perceber como é que se pode esta proteção se materializa na prática.

Foi a partir deste raciocínio que desenvolvi o processo de aprendizagem experienciado nos últimos meses.

¹NU SG,2015

INTRODUÇÃO

A RP, tal como outros no âmbito do DI, é um conceito fascinante, ao qual é impossível ficar indiferente. Pelas tensões e interesses que levanta, é necessário uma discussão aberta sobre o seu alcance.

Sobre esta mundividência já terão sido escritos centenas de artigos, na sua grande maioria circunscritos à questão do uso da força.

Existe hoje um hiato muito grande entre a essência da RP e a imagem que tem sido enfatizada a propósito desta doutrina. Assim, apesar de todas as suas vertentes, é ainda frequentemente associada ao uso da força, «perceção que precisa de ser combatida».²

No primeiro capítulo, propomos uma análise capaz de reativar este conceito, que exigirá um esforço na sua vertente de prevenção, uma questão que «permanece um desafio global constante e um imperativo contínuo».³

Face à evolução na afirmação destes valores comunitários principalmente relacionados com a RP (prevenção de crimes internacionais) e tendo presente a tensão existente entre estes interesses e a soberania dos Estados, no segundo capítulo, pretendemos analisar o entendimento jurídico que pode ser inferido à luz deste conceito, a partir do momento em que é referido que a responsabilidade pertence primeiramente ao Estado territorial e posteriormente à CI.

E se num regime jurídico de responsabilidade, a CI tem ao seu dispor mecanismos de multilateralização, como é que tal se operacionaliza? Quais são as dificuldades?

Partindo desta análise, no terceiro capítulo, analisaremos a possibilidade de um Estado apresentar uma queixa no TIJ invocando um interesse comunitário, o crime de genocídio.

²R.SG,2017§38

³R.SG,2021§1

I REPENSAR A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER

1. Do ‘direito de intervir’ à RP

A primazia conferida ao princípio proibitivo do uso da força nas relações internacionais está umbilicalmente ligada ao nascimento da ONU. Este princípio de DI encontra-se consagrado no art.2º da CNU e decorre dos deveres de respeito pela integridade territorial e independência dos Estados.⁴ Tem implicações não apenas para os membros pertencentes a esta organização, mas para toda a CI, apresentando caráter *ius cogens* (Nicarágua v EUA).⁵

Comporta apenas duas exceções, destacadas no art.42 CNU e no art.51 CNU (considerado a principal exceção a este princípio).⁶ Como clarificado no acórdão Nicarágua⁷ e posteriormente confirmado em Plataformas Petrolíferas⁸, apenas as mais graves formas de uso da força constituem ataque armado. Este uso da força deverá ainda cumprir os princípios da necessidade e proporcionalidade.⁹

Face a esta impossibilidade de usar a força e tendo em consideração que «os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais através de meios pacíficos»¹⁰ devem ser procuradas opções alternativas.¹¹

Os anos noventa remetem-nos, inevitavelmente, para as atrocidades cometidas no Ruanda e nos Balcãs (onde a CI falhou na sua prevenção)¹² e para a intervenção militar contra a Sérvia (mais precisamente, a propósito da intervenção militar no Kosovo). Estes acontecimentos mereceram uma reflexão séria por parte da CI que ambicionava encontrar uma solução eficaz para realidades onde os cidadãos eram, sistematicamente, vítimas de violações grosseiras de DH.

Tendo por base o mantra «se tivermos oportunidade de salvar vidas inocentes ou proteger populações, devemos fazê-lo»¹³ o conceito de IH ambicionava ganhar legitimidade no jargão de DI.

⁴Tavares,2015,p.122

⁵TIJ,1986§190

⁶Tavares,2015,p.132

⁷TIJ,1986§191

⁸TIJ,2003§51

⁹Tzeng,2017,p.420

¹⁰Art.2º3CNU

¹¹Tavares,2015,p.127

¹²Nollkaemper,2015,p.438

¹³Holt;Berkman,2006,p.29

Neste sentido, alguns Estados invocaram o art.39 da CNU de modo a considerar violações de DH como “ameaça à paz e segurança internacionais” alargando a base legal para justificar a IH.¹⁴ Esta professava a «alegada legitimidade para usar a força bélica tendo em vista travar violações graves ou sistemáticas de DH, com carácter generalizado seja ou não num quadro de conflito armado- interno ab initio ou generalizado- contra um grupo específico e identificável, étnico, religioso linguístico ou cultural».¹⁵

No final do século XX, o mundo encontrava-se dividido: por um lado, os simpatizantes do “direito de intervir”, consideravam a IH a única solução eficaz capaz de fazer face a violações massivas de DH. Por outro lado, aqueles que questionavam a sua existência ou sobrevivência, invocavam o princípio da não intervenção do art.2º da CNU¹⁶ e refletiam sobre o uso deste conceito pelas grandes potências, que (através de meios coercivos) o usariam como pretexto para servir os seus interesses imperialistas¹⁷, o que poderia resultar na destabilização da região em questão.¹⁸

Podemos concluir que a IH não encontra fundamento legal¹⁹ tendo o TIJ sido especialmente explícito²⁰ ao não deixar espaço para uma exceção ao princípio proibitivo do uso da força baseada em interesses humanitários.²¹ Além disso, ao abrigo do art.3 e 5 da Resolução 3314²², a IH é considerada crime de agressão.

Ora «se a IH é, de facto, um ataque inaceitável à soberania, como deveremos responder a um Ruanda, a uma Srebrenica- a violações grosseiras e sistemáticas de DH que ofendem cada preceito da nossa humanidade comum?»²³

O Governo do Canadá, através da Comissão Internacional sobre a Intervenção e Soberania, dá o primeiro passo²⁴ e elabora um relatório denominado ‘Responsabilidade de Proteger’ capaz de preencher esta lacuna através de um aglomerado de estruturas normativas existentes.²⁵

¹⁴ Andreopoulos; Lantsman 2010, p.76

¹⁵ Lopes, 2020, p.179

¹⁶ Rodley, 2015, p.778

¹⁷ Payandeh, 2010, p.470

¹⁸ Pattison, 2010, p.43

¹⁹ Rodley, 2015, p.794

²⁰ TIJ, 1986§268; TIJ, 1996§38

²¹ Tzeng, 2017, p.421

²² AG, Res.3314, 1974

²³ Annan, 2000, p.47

²⁴ R.CIIS, 2001 §1.7

²⁵ Hiphold, p.32

Este relatório alcançou um elevado impacto universal, e refletia sobre a controversa articulação entre soberania e DH²⁶ mas também em «alternativas à ação militar, incluindo medidas preventivas».²⁷ Revertendo assim a atenção «que se tinha concentrado maioritariamente na vertente de reação à crise».²⁸

Se, numa versão mais tradicional, a soberania-invocada desde 1945 como limite intransponível de qualquer intervenção a nível internacional- atuava como escudo protetor de intervenção externa. Devido às profundas alterações sofridas pela CI, assistia-se a um conceito de soberania repensado.²⁹

No qual «o tempo da soberania absoluta e exclusiva...terminou»³⁰, visto que os Estados, em muitas situações, “não eram capazes ou não estavam dispostos a”³¹ desempenhar a sua responsabilidade de proteção da população. Assim, atualmente, é tido como inadmissível o argumento de soberania ilimitada³²e o seu domínio reservado com o intuito de perpetuar violações de DH pelo Estado.³³

Tal mudança é comprovada neste relatório, ao consagrar o conceito de “soberania como responsabilidade”³⁴, onde é imposto ao Estado Soberano, um dever, a ‘responsabilidade’ acrescida de proteger as suas populações, garantindo-lhe segurança (reunindo esforços para assegurar os standards mínimos a níveis básicos de saúde, educação, justiça, entre outros).³⁵ Se este não for capaz de a garantir, terá de se eximir de invocar o princípio de não ingerência em prol da RP.³⁶

Deste modo, este conceito pretende modificar a maneira como os Estados analisam a soberania, atribuindo à CI um papel essencial na proteção dos indivíduos.³⁷

Para Ban Ki-moon «a RP clarifica os padrões e responsabilidades de proteção que se concentra nas populações vulneráveis e reforça a soberania do Estado. Baseia-se na convicção de que a soberania do Estado é fortalecida pela proteção mais eficaz das

²⁶R.CIIS,2001§1.36

²⁷Ibid§1.38

²⁸Ibid§8.5

²⁹Granville,2015,p.158

³⁰AGNU,1992§17

³¹R.CIIS,2001§2.29

³²Ibid§2.7

³³Ibid§8.2

³⁴Ibid§2.4

³⁵Ibid§1.35

³⁶Glanville,2015,p.158

³⁷R.CIIS,2001§8.2

populações contra crimes de atrocidade. Assim, a RP e a soberania atuam como aliadas e não como adversárias».³⁸

Este relatório consagrava «não o ‘direito de intervir’ mas sim a ‘RP’»³⁹, estando a intervenção militar, a título excecional, dependente de critérios minuciosos: o uso da força como último recurso, o respeito pelo princípio da proporcionalidade, objetivos razoáveis da ação militar; cessação das violações de DH como fim último a atingir.⁴⁰ Por fim, o CS, tido como órgão apto e apropriado, seria responsável para autorizar a intervenção.⁴¹

Assim, se por um lado, era reconhecido um reforço da autoridade do CS em matéria de uso da força⁴², por outro lado, prevenia-se a marginalização de critérios legitimadores. Ainda assim, era referido que se o CS estivesse bloqueado (leia-se, impossibilitado de tomar uma decisão em tempo útil devido ao veto de um ou mais membros permanentes), a AGNU por apelo à Resolução Unidos para a Paz (adotada em 1950, face à incapacidade de agir do CS, tentava ampliar o papel da AG no sistema de segurança coletiva) poderia apreciar a questão.⁴³⁴⁴

Deste modo, apesar de partilhar o mesmo objetivo da IH, «a RP requer autorização do CS, ou, pelo menos, da AG através da Resolução Unidos para a Paz. Já a IH, por outro lado, não necessita».⁴⁵

Apenas quatro anos depois, na Cimeira Mundial de 2005, este conceito obtém a sua maior conquista em termos formais. Os princípios fundamentais da RP foram aceites e consagrados nos parágrafos 138 e 139 do Documento Final da AGNU⁴⁶ que, ligeiramente distinto da proposta de 2001, consegue manter os aspetos fundamentais.⁴⁷

O parágrafo 138 referia a responsabilidade (a título individual) dos Estados protegerem as suas populações do genocídio, limpeza étnica, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. No parágrafo subsequente, essa responsabilidade é alargada à CI, que no caso de se verificar uma ausência de proteção individual de um Estado, poderia

³⁸R.SG,2015§12

³⁹R.CHS,2001§2.4

⁴⁰Ibid§4.15

⁴¹Ibid§6.13

⁴²Ibid§6.15

⁴³Ibid§6.29

⁴⁴Welsh,2019,p.24

⁴⁵Tzeng,2017,p.425

⁴⁶Res.G 60/1,2005

⁴⁷Evans,2008,p.47

ativar os mecanismos necessários (em conformidade com a Carta, máxime ao abrigo do Capítulo VII).

Para Melissa Labonte, estes parágrafos quando analisados em separado «é claro que o parágrafo 138 pode ser entendido como um reflexo de práticas anteriores estabelecidas e universalmente aceites no DI. Já as normas articuladas no parágrafo 139, são novas. Deste modo, os seus efeitos são relativamente recentes. Assim, os seus efeitos reguladores permanecem ambíguos, ainda que os efeitos constitutivos se assemelhem claros».⁴⁸

Ficava assim claro que uma intervenção militar, como último mecanismo, ocorreria apenas através de uma autorização do CS. Ainda que os membros não permanentes encontrassem argumentos de “guerra justa”, a probabilidade dos famosos cinco membros permanentes aceitarem regras que colocassem em causa a legitimidade do uso do veto em algumas situações, era diminuta.^{49 50}

Percebemos assim que, os anos de 2001 e 2005, atuaram como marcos importantes no crescimento deste conceito e, ao mesmo tempo, serviram de “trampolins” num longo e gradual processo, marcado por uma intrincada série de vaivéns.

Apesar de encontrar o seu enquadramento legal nesta Cimeira, foi constantemente reafirmado ao longo do tempo. Nomeadamente através da Resolução 1674, onde o CS «reafirma as disposições dos parágrafos 138 e 139».⁵¹

Em 2009, Ban Ki-Moon, tendo em consideração estes parágrafos, no seu Relatório para a AG, define a RP como constituída por três importantes pilares: i) a responsabilidade do Estado proteger as suas populações ii) a responsabilidade da CI prestar assistência internacional e contribuir para o reforço das capacidades do Estado; iii) reação determinada e atempada da CI para efeitos de proteção, quando o estado não o faz.

2. Conclusões sobre a perspetiva do uso da força

A questão quanto ao uso da força (autorizado com mandatos constituídos por objetivos claros, duração estabelecida e procedimentos que permitam avaliar o seu progresso)⁵², foi muito clara: manter a necessidade da autorização do CS.

⁴⁸Labonte,2016,p.143

⁴⁹R.CIIS,2001§6.21

⁵⁰Bellamy;Luck,2019,p.31

⁵¹CS,Res.1674§4

Enquanto alguns Estados vêm na autorização do CS um obstáculo, outros consideram ser a única forma de prevenir que os Estados mais poderosos usem a RP como uma autorização para ações unilaterais ou IH.⁵³

Ora, volvidos dezasseis anos da sua adoção formal, o debate mantém-se atribulado. A controvérsia à volta de uma trivialização da invocação e uso abusivo deste conceito por parte dos Estados, caiu por terra. Face ao esclarecimento de que a aplicação da RP abrange apenas violações graves de DH e somente o CS estará apto para poder autorizar a intervenção militar.

Na situação em que o CS interpretou a RP como fundamento para autorizar o uso da força foram suscitadas «importantes questões práticas, no que diz respeito a uma resposta oportuna e decisiva. A intervenção militar na Líbia autorizada pelo CS na resolução 1973, em 2011, gerou debates sobre como utilizar a força para fins de proteção e levantou preocupações entre alguns EM sobre o uso indevido deste princípio».⁵⁴

Concluimos assim, que o teste Líbio acarretou consequências dramáticas: Rússia e China declararam que, doravante, não iriam votar uma resolução deste calibre (veja-se o caso Sírio, com violações de DH, de certo modo, bem mais catastróficas). Ban Ki-moon concluía que a «incapacidade da CI em responder de modo eficaz à crise na Síria levou alguns Estados a questionar a utilidade do princípio na perspectiva de atuar nos casos mais difíceis. Estas duas crises [Líbia e Síria] contribuíram para alimentar as perceções erróneas de que a RP professa, principalmente medidas coercivas».⁵⁵

Por outro lado, a crescente aceitação deste conceito dificultou eventuais justificações para a inação do CS face aos crimes que o integram.⁵⁶ Foram inúmeras as vezes que este órgão «falhou no cumprimento da sua responsabilidade global, permitindo que interesses estratégicos mais restritos, impedissem o consenso e, consequentemente, uma resposta coletiva robusta».⁵⁷

Tendo em mente o lema defendido por Mary Robinson «quando o CS falha, as NU falham», é sabido que o poder do veto impede uma ação do CS dado que «os vetos dos

⁵²R.SG,2015§43

⁵³Orford,2011,p.27

⁵⁴R.SG,2015§9

⁵⁵Ibid

⁵⁶Ibid§62

⁵⁷Ibid§44

membros permanentes, usados ou ameaçados, impedem a identificação e a procura de um propósito comum».⁵⁸

Quando há uma falha neste propósito comum, o impacto pode ser devastador, inclusive para a reputação e posição do próprio CS. Visto que «mesmo em situações especialmente complexas, com dinâmicas diferentes, o CS tem a responsabilidade de responder eficazmente e coletivamente a estes crimes».⁵⁹

Esta desunião é «particularmente prejudicial no início das crises, quando o espaço para o diálogo é maior e onde há maior receptividade para mensagens unificadoras por parte da CI, com o intuito de dissuadir os atores locais a prosseguirem as suas políticas».⁶⁰

Este tipo de situações constituíam «o maior obstáculo para uma ação internacional eficaz nos casos em que é necessária uma ação rápida e decisiva para cessar ou evitar uma crise humanitária».⁶¹

Deste modo, os membros permanentes deveriam assumir a sua responsabilidade de demonstrar liderança, sendo «vital que o CS garanta o cumprimento das decisões que toma face a crimes de atrocidade».⁶² Assim, o poder de veto deveria ser exercido com moderação nestas situações, explicando publicamente qual a estratégia alternativa proposta para proteger as populações em risco.⁶³

Neste contexto, Jennifer Welsh, refere que uma resposta lenta ou inadequada do CS nem sempre é fundamentada em interesses políticos dos seus membros. Podendo basear-se num «desacordo genuíno sobre a adequação ou a viabilidade do uso de instrumentos específicos (incluindo militares) para objetivos humanitários».⁶⁴ Deste modo, ainda que não existam dúvidas sobre a aplicação da RP «pode existir intensa contestação quanto aos meios que o Conselho deve utilizar para enfrentar uma determinada crise, resultando num impasse».⁶⁵

Perante o impacto do poder do veto, apelava-se à adoção do Código Conduta⁶⁶(que, com o objetivo de melhorar a transparência do CS, convidava os cinco membros permanentes a absterem-se de vetar uma ação oportuna e decisiva, susceptível de

⁵⁸R.SG,2016§16

⁵⁹R.SG,2015§63

⁶⁰R.SG,2016§16

⁶¹R.CIIS,2001§6.20

⁶²R.SG,2016,p.14

⁶³R.SG,2015§62

⁶⁴Welsh,2019,p.57

⁶⁵Ibid

⁶⁶R.CIIS,2001 §6.21

prevenir ou colocar termo à prática de crimes ao abrigo da RP, exigindo aos Estados uma justificação pelo seu veto) ou a Iniciativa França/México (apelava à contenção voluntária do seu uso) de modo a restringir esse uso do veto.⁶⁷

Justin Morris e Nicholas Wheeler, numa análise à “Responsabilidade de não vetar” assinalam que a RP deve analisada num contexto político amplo. Apesar deste código de conduta servir o propósito útil dos cinco membros permanentes terem de justificar o veto, a sua existência, por si só, não aumentaria a probabilidade de consensos quanto a violações graves de DH.

Alertam ainda para o facto de a ação levada a cabo no âmbito da RP envolver sempre um julgamento por parte dos Estados mais poderosos que não pode ser separado de considerações de obrigação moral, prudência e do próprio interesse nacional. Deste modo, consideram que a expectativa de os membros permanentes renunciarem ao poder do veto não é realista e que a Responsabilidade de não vetar é uma responsabilidade levada ao limite, não apresentando uma solução para evitar o problema original de evitar o impasse dos membros permanentes.⁶⁸

Em suma, não sendo possível ultrapassar a CNU e a preponderância do CS, a questão do uso da força está essencialmente terminada.

Ultrapassada a barreira da soberania, a RP enfrenta o desafio da ausência de vontade política.⁶⁹ Sem uma mobilização desta vontade, uma atuação dos Estados (essencialmente ao nível do CS e dos cinco membros permanentes) e uma capacidade de exercer pressão moral, será difícil equacionar uma ação capaz de impedir os crimes internacionais.

A ausência da vontade política, tida como «a variável sobre a qual toda a utilidade da RP é baseada»⁷⁰, deveria constituir uma «ocasião para a mobilização dos Estados e não para a lamúrias».⁷¹ Era essencial pois «a não ser que se consiga reunir vontade política para agir quando é necessário, o debate para a intervenção com fins de proteção humanitária será meramente académico. A tarefa agora é trabalhar para garantir que, quando os Estados forem chamados a agir, essa chamada seja atendida. Não podem

⁶⁷Genser,2018,p.5

⁶⁸Morris;Wheeler,2016,p.240

⁶⁹R.SG,2015§36

⁷⁰Hehir,2012,p.53

⁷¹Evans,2008,p.224

existir mais assassinatos em massa ou limpeza étnica. Não podem ocorrer mais Ruandas».⁷²

Se, por um lado, nos dias de hoje, existe uma maior capacidade de resposta perante crimes internacionais, sendo possível «garantir que aqueles que pretendem cometer crimes de atrocidade saibam que existe uma possibilidade real de serem julgados e punidos»⁷³, também é aceite que a RP não se reduz a uma justaposição de intervenções militares. Como sabemos, o caminho não é, nem pode ser, vencer o terror através do terror e o uso da força não se traduz, necessariamente, em eficácia.

3. Dar prioridade à prevenção

Para assegurar o futuro deste conceito, acreditamos na convergência de esforços em mecanismos contidos na RP suscetíveis de fazer a diferença.

Deste modo, a centralidade deste conceito deixa de ser a reação militar, passando a ter o objetivo principal de ajudar os Estados a alcançar estabilidade, eximindo-se de uma atuação apenas quando estes falham. É neste âmbito que a prevenção ocupa um espaço decisivo.⁷⁴ Era necessário assumir a responsabilidade «de evitar perdas desnecessárias e de atuar na causa dos conflitos através da prevenção e não apenas no rescaldo da crise».⁷⁵ Sendo preferível, em todas as fases do conflito, a adoção de medidas menos intrusivas às mais intrusivas e a persuasão à coerção com intuito de produzir os resultados necessários.⁷⁶

Esta responsabilidade exige «uma dialética de espaço-tempo; espaço geográfico de ação e reação a situações de catástrofe humana causadas pela prática de crimes internacionais em que se reconhece à diplomacia preventiva um papel determinante; tempo, para agir e reagir adequadamente, a partir de alertas precoces que oferecem as informações necessárias para a ação da diplomacia preventiva e para a dos decisores políticos em termo de adoção precoce de medidas ou respostas necessárias para aliviar tensões, erradicar as crises e evitar os conflitos».⁷⁷

⁷²R.CIIS,2001§8.7

⁷³Evans,2008,p.99

⁷⁴R.CIIS,2001§3.1

⁷⁵Ibid§3.43

⁷⁶Evans,2008,p.86

⁷⁷Brito,2017,p.73

Em 2001, já era reconhecida a necessidade de um «compromisso genuíno com a prevenção» caso contrário «o mundo continuará a testemunhar massacres desnecessários e o desperdício imprudente de recursos preciosos aplicado a conflitos».⁷⁸ Face à existência de «uma lacuna entre o suporte retórico para a prevenção e o compromisso tangível», deveria dar-se prevalência a «todas as opções preventivas antes de correr para abraçar a intervenção».⁷⁹

Apesar de difícil implementação, alcança um elevado reconhecimento e contribui de modo decisivo para impedir qualquer tipo de intervenção externa, dado que «a base dos esforços para a prevenção é, naturalmente, reduzir e, na melhor hipótese, eliminar totalmente a necessidade da intervenção. Mas, mesmo em casos onde a prevenção falhou, estas medidas são uma pré-condição necessária para uma resposta eficaz à situação de catástrofe».⁸⁰

A mudança de «uma ‘cultura de reação’ para uma ‘cultura de prevenção’»,⁸¹ exigia uma melhoria significativa nas medidas preventivas a nível conceptual, estratégico e operacional.⁸²

O dever de prevenção e a implementação das suas estratégias pertencia primeiramente ao Estado e de seguida a CI.

A CI atuava através de iniciativas destinadas a resolver a causa do conflito aliadas a iniciativas desenvolvidas a nível local capazes de promover os «DH, Estado Direito, esforços na mediação e outros capazes de promover o diálogo e a reconciliação».⁸³

A sua eficiência dependia de uma verdadeira cooperação estratégica que englobava diversos atores: Estados, ONU, ONG's, grupos religiosos, os media, comunidade científica, entre outros.⁸⁴

Uma prevenção eficaz dependia de um conhecimento aprofundado sobre a região⁸⁵ - que se materializava numa elevada consciência da fragilidade da situação e riscos associados (alerta precoce) - e de uma compreensão total e abrangente das ‘ferramentas preventivas’⁸⁶ que se encontravam, a curto e longo prazo, ao dispor dos decisores

⁷⁸R.CIIS,2001§3.43

⁷⁹Ibid§3.1

⁸⁰R.CIIS,2001 §3.4

⁸¹Ibid§3.42

⁸²Ibid §3.9

⁸³Ibid§3.3

⁸⁴Ibid§3.36

⁸⁵Evans,2008,p.81

⁸⁶R.CIIS,2001§3.9

políticos e que permitiriam prevenir a ocorrência ou recorrência da crise.⁸⁷ Sendo ainda necessário medidas políticas concretas e uma vontade de alterar a situação. Visto que «o problema não é a falta de aviso, mas a inexistência de uma resposta oportuna».⁸⁸

Assim era necessário um maior investimento nestas análises e em sistemas de alerta precoce.⁸⁹ Estas análises iriam influenciar toda a atividade preventiva dado que «quando existia uma falha na identificação dos elementos chave para a ação, perdia-se a oportunidade de agir antecipadamente ou quando existia ineficaz identificação dos problemas, poderia traduzir-se numa aplicação errada das ferramentas preventivas».⁹⁰

Deveriam ser reunidos esforços dentro do sistema das NU de modo a garantir que as informações sejam transformadas numa análise concreta e prática, permitindo que «o alerta precoce se traduza numa ação precoce».⁹¹

As medidas preventivas deveriam ter em consideração as causas das crises nas suas diferentes dimensões.⁹² Não só a nível político, com um conhecimento mais profundo sobre as necessidades políticas, nomeadamente através da criação de instituições democráticas, acordos de partilha de poder, apoio à liberdade de imprensa, entre outros.⁹³ Mas também a nível económico, materializando-se na «assistência ao desenvolvimento e cooperação de modo a abordar as desigualdades na distribuição de recursos, promovendo o crescimento económico e incentivando as reformas económicas necessárias».⁹⁴

A nível legal, os esforços deveriam unir-se num reforço do Estado de Direito, «aumentando a proteção a grupos vulneráveis, especialmente minorias; fornecendo apoio a instituições e organizações a nível local que trabalhem nos DH».⁹⁵

Por fim, poderia ser necessário uma reforma nos serviços militares e de segurança do Estado, através da educação aprimorada e treino para as forças militares; reintegração de ex-combatentes, entre outros.⁹⁶

⁸⁷Evans,2008,p.81

⁸⁸R.CHS,2001 §3.10

⁸⁹Ibid

⁹⁰Ibid§3.11

⁹¹Ibid§3.40

⁹²Ibid§3.19

⁹³Ibid§3.21

⁹⁴Ibid§3.22

⁹⁵Ibid§3.23

⁹⁶Ibid§3.24

A operacionalização da vertente da prevenção da RP, dependia ainda da implementação de medidas preventivas diretas suscetíveis de reduzir ao máximo a necessidade de adoção de medidas coercivas contra o Estado em questão.⁹⁷

Estas medidas diretas englobavam: medidas políticas e diplomáticas (missões de investigação, diálogo, mediação, ou, em casos extremos, ameaça ou aplicação de sanções políticas, isolamento diplomático entre outras ações semelhantes)⁹⁸, económicas (ameaças de sanções económicas e financeiras, retiradas de investimento ou incentivos a novos investimentos).⁹⁹ A nível legal poderiam ser desenvolvidas ofertas de mediação ou arbitragem¹⁰⁰ e ainda sanções legais através de Tribunais Internacionais e das Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais (assim como a CT), permitindo a qualquer EP dirigir-se ao Tribunal.¹⁰¹

Um dos maiores obstáculos na adoção destas estratégias de prevenção era a hesitação de «alguns Estados aceitarem qualquer medida preventiva adotada internacionalmente» devido ao receio de que «qualquer internacionalização do problema resultará em mais interferência externa» podendo acabar numa intervenção.¹⁰² Mas como vimos, esta intervenção seria equacionada em casos extremos e apenas quando a prevenção falha. Ora «a melhor maneira de evitar a intervenção é garantir que esta não falha».¹⁰³

Esta dimensão da RP assume uma relevância elevada pois possibilita evitar a necessidade de desencadear o terceiro pilar deste conceito¹⁰⁴ sendo «moral, política e financeiramente mais proveitoso prevenir crimes de atrocidade do que reagir para impedir quando estes já estão a ocorrer».¹⁰⁵

Alex Bellamy, alertava para o facto de a prevenção não poder ser vista como uma “safer policy option” face ao elemento de reação da RP. Pois «os dois estão intimamente relacionados e em parte, porque a prevenção pode, por vezes, exigir ações tão controversas face a ações adotadas como resposta a crimes de atrocidade. Como tal, a ousadia política é necessária para que a prevenção de atrocidades passe da teoria para a realidade».¹⁰⁶

⁹⁷Ibid§3.25

⁹⁸Ibid§3.26

⁹⁹Ibid§3.27

¹⁰⁰Ibid§3.28

¹⁰¹Ibid§3.29

¹⁰²Ibid§3.34

¹⁰³Ibid

¹⁰⁴Hiphold,p.140

¹⁰⁵Bellamy;Luck,2019,p.140

¹⁰⁶Ibid p.144

Por exigir um «um espectro de ação, desde a prevenção a uma resposta oportuna e decisiva para enfrentar os riscos de recorrência»¹⁰⁷, era necessário um maior compromisso e preparação da CI para responder a todas as fases de implementação, pois «quando falhamos na prevenção e estes crimes são praticados, estamos dependentes de ferramentas que são política e materialmente mais dispendiosas, mas também já sobrecarregadas e com poucos recursos, como a manutenção da paz. Com os conflitos cada vez mais complexos, não podemos continuar a abdicar de institucionalizar firmemente a prevenção a nível nacional, regional e internacional».¹⁰⁸

Desde 2001, os apelos a uma concentração de esforços em medidas preventivas foram reforçados ao longo dos anos.

Recentemente, António Guterres tem sido, de modo consistente, promotor nesta mudança para um paradigma de prevenção. Nos seus últimos relatórios tem deixado orientações importantes.

Em 2017, o SG sublinhava que as obrigações dos Estados englobam o tratamento das causas deste tipo de crimes, sendo o objetivo principal a «criação de estruturas e instituições do Estado que funcionem e sejam legítimas, respeitem os DH e o Estado de direito, prestem serviços de forma equitativa e possam abordar ou neutralizar as fontes de tensão antes que estas escalem».¹⁰⁹

Em 2018, apelava à necessidade de fortalecer a cooperação internacional e as instituições multilaterais para responder aos conflitos, nomeadamente através de mecanismos de alerta e ação antecipada.¹¹⁰

Em 2019, reconhecia a existência de «uma lacuna cada vez maior entre o compromisso da RP adotado em 2005 e a experiência diária das populações vulneráveis»¹¹¹ ainda que tal não se traduza numa *conditio sine qua non* para a ocorrência das crises enfrentadas nos dias de hoje.¹¹²

Já em 2020, reitera a quão afastada a CI está do seu objetivo de conseguir uma efetiva política de prevenção.¹¹³

Resulta do compromisso político da RP, incentivar a ação coletiva para prevenir e responder a este tipo de crimes- quer seja a nível nacional, regional e internacional- e

¹⁰⁷R.SG,2015§67

¹⁰⁸R.SG,2016§34

¹⁰⁹R.SG,2017§13

¹¹⁰R.SG,2018 §3

¹¹¹R.SG,2019 p.1

¹¹²Ibid §7

¹¹³R.SG,2020

aumentar os custos políticos perante uma inação. Visto que a CI não é e não pode ser um espectador impotente face a este tipo de crimes «a RP é um compromisso assumido por todos os Estados-Membros. É tarefa dos Estados-Membros, com o apoio da CI mais ampla, torná-la uma realidade viva».¹¹⁴

II PROTEÇÃO DE VALORES COMUNITÁRIOS

Se a impunidade perante o uso injustificado da força é tida como inaceitável, de igual modo, a prática de crimes internacionais também não pode sair impune.¹¹⁵

A CI abrange um consenso sobre a importância de certos valores fundamentais que, para produzir efeitos jurídicos, necessitam do esforço conjunto dos seus membros para garantirem a sua existência. Caso contrário «a invocação da ‘CI’ permanece um conceito meramente teórico».¹¹⁶

Este consenso implica uma ação decisiva por parte da CI perante a impossibilidade do Estado territorial cumprir as suas responsabilidades básicas.¹¹⁷ Assim, a obrigação do Estado proteger a sua população da prática de crimes internacionais é devida à CI no seu conjunto e, consequentemente, o seu cumprimento é do interesse de todos os Estados.¹¹⁸

É hoje inegável a existência e importância destes valores que transcendem os interesses individuais do Estado e que se materializam em conceitos como normas *ius cogens*, obrigações *erga omnes* e a possibilidade de invocação da responsabilidade por um Estado que não o Estado Lesado.

1. Classificação

Por norma imperativa, segundo o art.53 CV69, entende-se «uma norma aceite e reconhecida pela CI dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de DI com a mesma

¹¹⁴R.SG,2016§64

¹¹⁵R.CIIS,2001§8.32

¹¹⁶Hernandez,2013,p.19

¹¹⁷R.CIIS,2001§8.33

¹¹⁸Zyberi,2012,p.309

natureza». Este reconhecimento pela ‘CI no seu todo’ é sintomático de um interesse coletivo subjacente.¹¹⁹

A proibição da agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, regras básicas de DIH, discriminação racial e apartheid, escravatura, tortura e autodeterminação, são exemplos de normas imperativas, tal como reconhecido pela CDI numa lista não exaustiva.¹²⁰

A sua superioridade hierárquica atua como uma característica- na medida em que descreve a natureza das normas peremptórias do DI- mas também como consequência- porque ao identificarmos uma norma como *ius cogens*, ela tem como ‘consequência’ tornar-se superior a outras normas.¹²¹

São normas inderrogáveis, sendo que os Estados não podem por sua vontade criar normas que conflituem com as normas *ius cogens*.¹²² Deste modo, um tratado será nulo se, no momento da sua conclusão, entrar em conflito com uma norma peremptória (art. 53 CV69), ou tornar-se-á nulo e cessará a sua vigência se tal norma peremptória surgir após conclusão (art.64 CV69).

A violação de uma norma *ius cogens* dá origem a um fato ilícito de especial gravidade¹²³ a partir do qual seguiremos as regras contidas no capítulo III do PARI.

Este agravamento da responsabilidade é duplamente restringido pela exigência de uma violação grave- e por isso não esporádica, isolada ou uma violação de ‘menor gravidade’ de uma obrigação comunitária (por exemplo, a violação do direito a um julgamento individual justo)¹²⁴- e pelo facto de só um número reduzido de normas se incluir na categoria *ius cogens*.¹²⁵

Eduardo Batista referia «visto que subjacente a uma norma *iuris cogentis* se encontra necessariamente um interesse público internacional, e dado que as obrigações *erga omnes* são um mero reflexo jurídico deste género de interesse, resulta claro que todas as normas *ius cogens* impõem obrigações *erga omnes*».¹²⁶

Mas o contrário pode não acontecer, uma norma *erga omnes* pode não ter carácter imperativo. Veja-se por exemplo as normas relativas às relações diplomáticas e consulares, que apesar de apresentarem incontestável carácter *erga omnes*, não são

¹¹⁹Villalpando,2010,p.403

¹²⁰CDI,2019,p.147

¹²¹Ibid p.153

¹²²Ibid p.155

¹²³Art.40nº1 e 2PARI

¹²⁴Cassese,2005,p.272

¹²⁵Tavares,2020,p.683

¹²⁶Baptista,1997,p.318

imperativas.¹²⁷ Contudo, partilham o mesmo resultado: impedir que os Estados disponham e descartem livremente valores salvaguardados pelo direito consuetudinário internacional.¹²⁸

A existência de obrigações erga omnes alude ao famoso caso *Barcelona Traction*¹²⁹, onde foram reconhecidas como obrigações devidas à CI como um todo¹³⁰ e derivam de obrigações como «a proibição do genocídio e agressão mas também dos princípios e regras relativos aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial».¹³¹

As normas ius cogens e as obrigações erga omnes, frequentemente invocadas para salvaguardar ‘interesses fundamentais para toda a CI’¹³², diferem no ênfase dado aos valores protegidos «enquanto as normas imperativas se concentram na prioridade conferida a um certo número de obrigações tidas como fundamentais, as obrigações devidas à CI no seu conjunto, materializam-se no interesse jurídico de todos os Estados agirem em conformidade e na possibilidade de invocarem a responsabilidade de qualquer Estado».¹³³

Deste modo a «significativa evolução no reconhecimento e afirmação de normas ius cogens e obrigações erga omnes deve ser fomentada, procurando assegurar-se a sua plena aplicação prática, em benefício de todos indivíduos».¹³⁴

O conceito de obrigações erga omnes confere uma justificação válida para uma supervisão internacional da situação e prática de violações de DH dos Estados. Deste modo, a RP apresenta caráter universal (pois a proteção dos DH é uma obrigação que vincula todos os Estados, sem exceção) e solidário- na medida em que cada Estado tem um interesse jurídico em garantir a proteção das populações contra crimes internacionais.¹³⁵

Assim «normas ius cogens e obrigações erga omnes exigem uma articulação de um maior número de reivindicações e um conjunto mais amplo de requerentes como membros de uma ‘comunidade pluralista’».¹³⁶

¹²⁷ Scobbie, 2002, p.1208

¹²⁸ Cassese, 2010, p.418

¹²⁹ TIJ, 1970

¹³⁰ Ibid §33

¹³¹ Ibid §34

¹³² Hernandez, 2013, p.13

¹³³ CDI, 2001, p.112

¹³⁴ Trindade, 2005, p.6

¹³⁵ Zyberi, 2012, p.309

¹³⁶ Hernandez, 2013, p.43

2. Consequências

As obrigações decorrentes do conceito da RP, impõem, a todos os Estados, uma obrigação de ação (cooperar para fazer cessar o ilícito) e duas de abstenção (não reconhecer e não prestar ajuda ou assistência)¹³⁷ perante violações massivas de DH de um Estado contra a sua população.

A obrigação de cooperar para cessar o ilícito e a proibição de prestar ajuda ou assistência, aplica-se aos Estados que não são responsáveis pela violação. A obrigação de não reconhecimento, engloba também o próprio Estado infrator.¹³⁸

As obrigações de abstenção referem-se a deveres negativos e relacionam-se visto que a obrigação de não assistência é uma consequência lógica da obrigação de não reconhecimento.¹³⁹

A obrigação de não prestar ajuda ou assistência, tem como principal objetivo garantir que o Estado infrator não beneficia de ajuda externa que o permita manter a situação ilegal.¹⁴⁰ Está limitada a atos que ajudem na manutenção da situação pelo que «não engloba a cooperação internacional com o Estado Responsável em áreas alheias à violação. Isto é, não requer o seu isolamento ou a proibição de assistência humanitária».¹⁴¹

É uma obrigação mais ampla e inclusiva do que a obrigação contida no art.16 PARI¹⁴², pois aborda condutas subsequentes que auxiliam o Estado responsável na manutenção da situação desencadeada pela violação.¹⁴³ Assim, o art.16 prevê situações em que, sob determinadas circunstâncias, um Estado que auxilia outro na comissão de um facto ilícito é também ele responsável. Ao invés, o art. 41nº2, impõe a obrigação de qualquer Estado se abster de um comportamento que ajude ou auxilie a manutenção de uma situação criada pela violação de uma norma *ius cogens*.¹⁴⁴

É uma norma primária, na medida em que qualquer auxílio na manutenção de uma situação de violação grave implicará a violação autónoma e, consequentemente, o

¹³⁷ Art.41nº1,2PARI

¹³⁸ Tams,2002,p.1162

¹³⁹ Crawford,2012,p.252

¹⁴⁰ Costelloe,2017,p.207

¹⁴¹ Jorgensen,2012,p.130

¹⁴² Ibid p.207

¹⁴³ Jorgensen,2012,p.130

¹⁴⁴ Tavares,2015,p.451

surgimento de novas relações de responsabilidade, em que Estado que auxilia a sustentação do ilícito comete um ilícito autónomo.¹⁴⁵

Depende dos contextos jurídicos, políticos e económicos a que se aplica¹⁴⁶ e dependendo da forma como é exercida, pode ter repercussões comerciais ou económicas significativas para o Estado Infrator.¹⁴⁷

Assume particular relevância na prática internacional em situações de um governo de apartheid-que exige uma violação contínua da proibição de políticas racialmente discriminatórias- mas também em situações em que apesar de a violação ter cessado, criou a reivindicação de um estatuto legal.¹⁴⁸

Pode manifestar-se numa proibição de fornecimento de equipamento militar, material de guerra, apoio logístico ou de financiamento ao Estado infrator.¹⁴⁹ Mas também pode assumir a forma de sanções, que quando são impostas aos EM por força de uma resolução do Capítulo VII, a decisão do CS torna-se a fonte desta obrigação de não assistência.¹⁵⁰

Por seu turno, a obrigação de não reconhecimento, resulta da máxima “ex injuria ius non oritur”, que proíbe o reconhecimento de situações criadas por violações de normas ius cogens.¹⁵¹

O seu principal objetivo é impedir a validação de uma situação ilegal, procurando garantir que um facto resultante de violações graves não se consolide e se cristalice em situações reconhecidas pela ordem jurídica internacional.¹⁵²

É uma obrigação que tem consequências para os Estados terceiros¹⁵³ e que obriga o Estado infrator a não declarar como lícita a situação que criou fruto da violação do direito. Ainda que o faça, tal reconhecimento não modifica a qualificação daquele comportamento como ilícito.¹⁵⁴

Dawidowicz refere que «este princípio de não reconhecimento se baseia em três elementos inter-relacionados: primeiro, todas as normas peremptórias poderão dar, em princípio, origem a uma obrigação de não reconhecimento. Em segundo lugar, apenas

¹⁴⁵Tavares,2020,p.689

¹⁴⁶Costelloe,2017,p.207

¹⁴⁷Ibid,p.212

¹⁴⁸Costelloe,2017,p.211

¹⁴⁹Ibid,p.207

¹⁵⁰Ibid,p.208

¹⁵¹Cassese,2006,p.160

¹⁵²Dawidowicz,2010,p.678

¹⁵³Chinkin,2009,p.218

¹⁵⁴Tavares,2020,p.687

uma violação grave de uma norma peremptória está sujeita à obrigação de não reconhecimento. Terceiro, este princípio é apenas aplicável quando a violação grave de uma norma peremptória resulta, especificamente, na afirmação de uma pretensão jurídica quanto ao estatuto e direitos pelo Estado infrator».¹⁵⁵

A obrigação de não reconhecimento não depende de qualquer ação da ONU, embora uma resolução das NU possa ajudar a garantir a universalidade da resposta.¹⁵⁶

Pela prática internacional, é possível constatar que esta obrigação se baseia maioritariamente em ações levadas a cabo pelo CS ao abrigo do Capítulo VII da Carta e em resoluções da AG, adotadas com intuito de evitar quaisquer negociações com o Estado infrator que implicassem o reconhecimento formal de uma situação ilegal.

Podiam ainda materializar-se na obrigação de não reconhecer passaportes ou outros documentos de viagem que fossem emitidos por um regime, a retirada da representação consular ou missões diplomáticas, a negação de qualquer validade jurídica a quaisquer atos oficiais de um regime ou ainda a recusa de qualquer reivindicação de adesão a uma OI.¹⁵⁷

Por fim, a obrigação de cooperar para fazer cessar o ilícito, tem como finalidade assegurar a solidariedade da CI perante a prática de um facto ilícito de especial gravidade. Pois seria «premature concluir que os Estados terceiros acreditam que têm a obrigação de cooperar para pôr fim a violações graves».¹⁵⁸

Nas palavras da CDI é «necessário um esforço conjunto e coordenado de todos os Estados»¹⁵⁹, por ser esta a “essência da cooperação.” Exigia-se assim uma obrigação positiva tendo em vista a proteção de interesses comuns à CI.¹⁶⁰

Apesar de o modo dessa cooperação não estar estipulado, a CDI enfatizava que «a violação de uma norma imperativa de DI, não pode servir de justificação para a violação de outras normas de DI».¹⁶¹

O sistema coletivo das NU é a estrutura preferencial para a obrigação de cooperação. Nina Jorgensen refere que uma ação por parte das NU iria de encontro à licitude descrita no art.41 PARI. Por outro lado, sugeria uma ação de «todos os Estados,

¹⁵⁵Dawidowicz,2010,p.678

¹⁵⁶Jorgensen,2012,p.129

¹⁵⁷Dawidowicz,2010,p.684

¹⁵⁸Bird,2011,p.888

¹⁵⁹CDI,2001,p.114

¹⁶⁰Jorgensen,2012,p.128

¹⁶¹CDI,2019,p.193

individualmente considerados, ou atores regionais através ‘meios lícitos’». ¹⁶² Sendo que, um reforço das instituições internacionais permitiria um desenvolvimento positivo e necessário para uma maior eficácia. ¹⁶³

Esta obrigação deve ser analisada no contexto do PARI, em particular nas disposições relativas à invocação da responsabilidade de um Estado, contramedidas e circunstâncias de exclusão de ilicitude. ¹⁶⁴

Tal como iremos analisar, na prática, o exercício desta obrigação pode assumir diversas formas, nomeadamente através de atos de retorsão, mecanismos de resposta baseados em tratados-como a suspensão de obrigações recíprocas- ou medidas para além das Convenções- como as contramedidas adotadas por Estados terceiros. ¹⁶⁵

O DI concede uma variedade de meios para os Estados terceiros atuarem perante a prática de crimes internacionais. Os Estados, ao não utilizarem estes meios, estão sujeitos a críticas por falharem na proteção deste tipo de crimes, ainda que tal falha não se traduza numa responsabilização internacional. ¹⁶⁶ Neste contexto, a relevância do DI, não é fornecer uma base para a responsabilidade de atores individuais, mas sim propiciar uma estrutura para os Estados saberem se devem agir e em que moldes. ¹⁶⁷

O conjunto de obrigações positivas que recaem sobre o Estado territorial, aliado às obrigações que surgem para todos os Estados da CI –em especial, a obrigação de cooperar para cessar o ilícito- e a assunção de poderes do CS para agir em casos de atrocidade em massa, materializou-se num aumento no número de atores envolvido na proteção de vítimas de crimes internacionais. ¹⁶⁸

Esta obrigação de cooperação é apoiada de modo particular pelo CS, tido como mecanismo principal para o cumprimento desta obrigação. Por outro lado, também as Convenções, nomeadamente a Convenção do Genocídio, são relevantes neste âmbito para fundamentar eventuais críticas de Estados e OI quando falham na proteção. ¹⁶⁹

¹⁶² Jorgensen, 2012, p. 131

¹⁶³ Jorgensen, 2010, p. 697

¹⁶⁴ Ibid

¹⁶⁵ Costelloe, 2017, p. 214

¹⁶⁶ Nollkaemper, 2015, p. 446

¹⁶⁷ Ibid p. 460

¹⁶⁸ Ibid p. 459

¹⁶⁹ Ibid p. 461

3. Comunidade Internacional como uma verdadeira comunidade jurídica internacional

ii. i. Interesses coletivos, quem pode implementar?

As violações graves de obrigações fundamentais, exigem uma resposta por parte de todos os Estados da CI¹⁷⁰, através de uma reação mais forte do que a normalmente estabelecida face a violações de relações jurídicas bilaterais.¹⁷¹ Assim, por constituírem ilícitos que ‘chocam a consciência da humanidade’ será «certamente apropriado refletir em consequências anexas à sua violação».¹⁷²

A responsabilidade neste contexto advém da vontade de salvaguardar bens e valores coletivos, que são protegidos por normas *ius cogens* e envolvem obrigações *erga omnes*¹⁷³ e atua como um mecanismo através do qual os Estados e as OI são chamados à colação por violações de regras substantivas do DI.

Os parágrafos 138 e 139 AG¹⁷⁴ apresentam um reflexo jurídico na multilateralização das relações de responsabilidade quando estiverem este tipo de normas, pois está subjacente a ideia de que a partir do momento em que o Estado territorial não é capaz de proteger a sua população quanto a estes crimes, a CI é obrigada a intervir.¹⁷⁵

Multilateralização no sentido em que «descreve o processo de alteração das relações de responsabilidade de natureza bilateral (entre o Estado autor do ilícito e o Estado lesado), que constituem a regra no DI, para um novo tipo que, podendo assumir diferentes formas, se caracteriza, no essencial, por opor o Estado autor do ilícito, não só ao Estado ou Estados «Lesados» (no sentido clássico), como também a quaisquer outros Estados, aos quais, se reconhece um interesse jurídico da obrigação primária».¹⁷⁶

Os três tipos de obrigações contemplados pela CDI (obrigações sinalagmáticas; obrigações *erga omnes* e obrigações que decorrem de normas imperativas), deveriam ser analisados numa estrutura piramidal, na qual as possíveis reações por Estados Terceiros seriam agravadas com a passagem de um nível para o outro. Assim, violações de obrigações sinalagmáticas não implicam qualquer reação de um

¹⁷⁰Crawford,2010,p.410

¹⁷¹Cassese,2005,p.262

¹⁷²Ibid p.411

¹⁷³Vaurs-Chaumette,2010,p.1024

¹⁷⁴Res.AG 60/1,2005

¹⁷⁵R.SG,2015§26

¹⁷⁶Lopes,2003,p.710

Estado terceiro; as obrigações erga omnes desencadeiam reivindicações do art.48nº2 e 54 e por fim, violações de obrigações decorrentes de normas ius cogens englobam todas estas reivindicações mais as do art.41.¹⁷⁷

Deste modo, se por um lado, pela violação de uma norma ius cogens, os Estados terceiros, vêm a sua esfera jurídica onerada pelas responsabilidades do art.40 e 41 do PARI, por outro lado, graças ao art.48 é-lhes conferido o direito de invocar a responsabilidade.¹⁷⁸

Ainda que não sejam o Estado lesado, todos os Estados são afetados pela violação de obrigações erga omnes¹⁷⁹ e, a fortiori, pela violação de obrigações resultantes de normas imperativas.¹⁸⁰

Os Estados terceiros, que atuam numa posição de interesse público e não no exercício de um direito subjetivo¹⁸¹, resultará no enfraquecimento da esfera do Estado infrator, ao alargar a possibilidade de outros Estados invocarem a sua responsabilidade.¹⁸² Esta invocação da responsabilidade poderá materializar-se na adoção de medidas de carácter formal, nomeadamente através da interposição de uma ação num tribunal internacional ou a apresentação de uma reclamação contra outro Estado.¹⁸³

Neste sentido «o art.48 completa a regra contida no art.42»¹⁸⁴, pois confere a «cada Estado um direito, como membro da CI de invocar a responsabilidade de outro Estado por violação de tais obrigações».¹⁸⁵ Pelo que «a definição das categorias de Estados lesados no art.42, torna a identificação de outros casos em que a obrigação é devida, desnecessária».¹⁸⁶

A prática de um fato ilícito internacional apesar de poder afetar vários Estados, não os afeta necessariamente da mesma forma. Assim, embora viole um direito subjetivo de um ou vários Estados, pode afetar interesses jurídicos de outros Estados, sendo que

¹⁷⁷Cassese,2010,p.416

¹⁷⁸Ibid p.419

¹⁷⁹CDI,2001,p.117

¹⁸⁰Sicilianos,2002,p.1138

¹⁸¹Crawford,2010, p.934

¹⁸²Villalpando,2010,p.405

¹⁸³Ibid

¹⁸⁴CDI,2001,p.126

¹⁸⁵Ibid p.127

¹⁸⁶Gaja,2010,p.958

apenas os primeiros merecem ser chamados de Estados lesados¹⁸⁷, estando por isso ao abrigo do art.42 PARI.¹⁸⁸

Esta norma que nos permite transcender o paradigma bilateral da responsabilidade do Estado¹⁸⁹, será invocada em nome do Estado Lesado e não em nome próprio, e deste modo, o art.48 dá origem a um gama mais limitada de direitos face ao art.42.¹⁹⁰ Apenas o Estado individualmente lesado tem acesso a toda a sucessão de direitos decorrentes da violação do fato internacionalmente ilícito. Os Estados que não foram afetados diretamente, por sua vez, gozam de direitos limitados.¹⁹¹

É um artigo especialmente importante quando o beneficiário da norma não é um Estado, sendo que os «sujeitos lesados neste caso são os indivíduos em questão. Apenas se forem considerados estrangeiros em relação ao Estado responsável pela violação, é que se poderá considerar que o Estado é especialmente afetado pela violação».¹⁹²

Perante a prática de crimes internacionais, as vítimas dessas violações beneficiariam de um Estado apto para defender os seus interesses. Normalmente os indivíduos são representados pelo Estado do qual são nacionais, ora, se esse mesmo Estado for responsável por perpetuar tais violações e se aplicássemos este pensamento, poderíamos ter uma situação em que nenhum Estado teria interesse em invocar a responsabilidade deste Estado em tribunal.¹⁹³ E neste sentido «a obrigação de proteção de DH não teria qualquer significado prático».¹⁹⁴

O art.48 §1 n°1 a) e b) PARI consagra dois tipos de obrigações: obrigações erga omnes partes e erga omnes, respetivamente.

O interesse coletivo mencionado no art.48n°1a) pretende englobar a categoria de tratados multilaterais que, em qualquer circunstância, estabelecem obrigações devidas a todos os outros Estados signatários do tratado e, por isso, não são obrigações cuja violação tem repercussões somente a nível bilateral.¹⁹⁵

A violação de normas erga omnes partes é mais exigente¹⁹⁶, uma vez que a norma violada tem de ter como objetivo específico a proteção de um interesse coletivo- pois

¹⁸⁷ Sicilianos, 2002, p.1138

¹⁸⁸ Hernandez, 2013, p.43

¹⁸⁹ Vauris-Chaumette, 2010, p.1027

¹⁹⁰ CDI, 2001, p.127

¹⁹¹ Sicilianos, 2002, p.1139

¹⁹² Gaja, 2010, p.958

¹⁹³ Brilmayer, 2011, p.35

¹⁹⁴ Gaja, 2010, p.961

¹⁹⁵ Ibid p.959

¹⁹⁶ Tavares, 2020, p.711

raramente terá sofrido um dano (moral ou material) que o afete individualmente¹⁹⁷-e deste modo, em relação à violação de uma norma erga omnes não existe qualquer requisito adicional.

Estes Estados têm o direito de i) invocar a responsabilidade agravada do Estado infrator, dando a conhecer a sua reclamação a este Estado¹⁹⁸; ii) a cessação do ilícito, se contínuo, e a prestação de garantias de não repetição; iii) o cumprimento da obrigação de reparação ao infrator (de acordo com as disposições do Capítulo II parte dois).¹⁹⁹ Devem ser exercidos de acordo com os direitos procedimentais do Estado lesado e não em benefício próprio.²⁰⁰

iii. ii. Que mecanismos?

Como vimos no Capítulo I, esta responsabilidade subsidiária não se esgota na possibilidade de usar a força (leia-se, através de uma intervenção militar), visto que «sempre que possível, deve ser dada prevalência a medidas coercivas que não envolvam intervenção militar incluindo, em particular, vários tipos de sanções políticas, económicas e militares».²⁰¹

Sendo esta característica que a diferencia da IH «a RP, era mais do que isso: tratava-se da responsabilidade de prevenir e reconstruir um conflito. Mas também, do modo de reação durante o mesmo, através da ênfase a ações não militares».²⁰²

À disposição da CI, com intuito de assegurar a defesa de valores coletivos, existem mecanismos político-diplomáticos, económico-financeiros, estratégias legais e militares que podem ser utilizados pelos Estados e OI.²⁰³

Tendo o objetivo de compatibilizar o dever proteger (os meios, modos e estratégias usadas para o efeito) com os direitos do Estado e com a real dimensão da necessidade de proteção, era necessária uma avaliação imparcial e um cuidado extremo na avaliação da situação de crise e da capacidade de vontade de ação do Estado.²⁰⁴

As medidas político-diplomáticas, pautam-se pelo exercício de uma diplomacia capaz de persuadir as principais partes num acordo de que os seus interesses serão

¹⁹⁷Gaja,2010,p.961

¹⁹⁸Cassese,2005,p.263

¹⁹⁹Art.48nº2PARI

²⁰⁰CDI,2019,p.190

²⁰¹R.CIIS,2001§4.3

²⁰²Evans,2008,p.4

²⁰³R.CIIS,2001§4.6

²⁰⁴Brito,2017,p.76

salvaguardados.²⁰⁵ Estas medidas devem abranger um conjunto de sanções políticas e incentivos aplicados com seriedade através de um propósito sustentado²⁰⁶, tais como restrições de representação diplomática, retirada de embaixadores, suspensão de missões diplomáticas, restrições de viagem, “naming and shaming”, impedimento de participar em competições desportivas internacionais, entre outros.²⁰⁷

Relativamente a estratégias económico-financeiras estas englobam sanções e incentivos económicos.²⁰⁸

As sanções podem manifestar-se ao nível da proibição do investimento ou de negócios que possam gerar rendimentos (ex: a compra de diamantes e outras pedras preciosas), restrições de acesso a bens estratégicos (petróleo, produtos e equipamentos necessários à atividade militar ou bélica). Sempre com a exceção de medicamentos, alimentos, bens e equipamentos médicos.²⁰⁹

As sanções -tinham o objetivo de persuadir as autoridades em causa a adotar ou não adotar determinadas ações²¹⁰ - podem atuar como factor catalisador de união de um grupo de Estados face ao Estado infrator. Esta ação coletiva permite expor a situação e condenar o Estado infrator pela sua atitude contrária aos padrões internacionalmente aceites, demonstrando à CI o seu comportamento condenável.²¹¹

É importante referir que as sanções económicas não têm como objetivo prejudicar o Estado Infrator a nível económico. Principalmente em situações de violações massivas de DH, os Estados e as OI agindo com intuito de impedir a conduta condenável do Estado Infrator, devem abster-se de causar um sofrimento manifestamente desproporcional às vítimas destas violações. A adoção destas medidas através de órgãos coletivos é justificada pela violação grosseira de valores comunitários, o que exigirá, tanto quanto possível, uma resposta pública ou coletiva.²¹²

O CS, por exemplo, ao decidir quais as sanções a serem adotadas, deve considerar se estas são suscetíveis de desencadear violações flagrantes dos direitos económicos, sociais ou culturais dos membros vulneráveis de uma população²¹³. Se após a sua adoção, estas forem responsáveis por violações graves e desproporcionais de direitos da

²⁰⁵Evans,2008,p.109

²⁰⁶Ibid p.112

²⁰⁷R.CIIS,2001 §4.9

²⁰⁸Ibid§4.8

²⁰⁹Ibid

²¹⁰Ibid§4.4

²¹¹Cassese,2005,p.312

²¹²Ibid,p. 274

²¹³R.CIIS,2001§4.5

população em questão, os órgãos coletivos têm a obrigação de adotar as medidas necessárias para aliviar esta situação (nomeadamente a suspensão das sanções).²¹⁴

Os incentivos, por seu turno, poderiam emergir de apoios económico-financeiros e outros apoios para o desenvolvimento, nomeadamente concessões no acesso ao comércio, assistência ao desenvolvimento, acordos comerciais benéficos, ofertas de emprego ou associação a uma organização económica regional.²¹⁵

As estratégias legais, a nível interno ou internacional, implicam não só a instauração de processos criminais e o julgamento em tribunais (nacionais ou internacionais), mas também apoio técnico para a elaboração de legislação reguladora de boas práticas administrativas e governamentais.²¹⁶

Por fim, relativamente à adoção de medidas de estratégia militar que não impliquem o uso da força, estão disponíveis estratégias que implicam o consentimento das partes envolvidas com a finalidade de proteger os civis²¹⁷, nomeadamente as operações de paz (quer de manutenção de paz- implicitamente autorizadas através do capítulo VI da CNU-quer de imposição da paz- autorizado pelo capítulo VII da CNU),²¹⁸ mas também o recurso a “no-fly zones” ou “safe havens” que podem ser adotadas durante o conflito de forma circunscrita.²¹⁹

Outros meios poderiam ser usados nomeadamente: embargos de armas, o corte ou o empastelamento das comunicações militares, a interferência das frequências de radiodifusão e radiotelevisão, cessação dos programas de cooperação e de treinos militares.^{220 221}

As funções do CS incluem a solução pacífica de controvérsias (Cap.VI) e a adoção de medidas não militares (Capítulo VII). Contudo, e apesar de apenas o CS ter autoridade para determinar a adoção de meios coercivos, o impasse neste órgão não pode ser usado como desculpa para uma inação global»²²² e assim« não deve inibir os Estados de agir coletivamente para responder a tais violações».²²³

²¹⁴Cassese,2005,p.313

²¹⁵Evans,2008,p.114

²¹⁶Brito,2017,p.100

²¹⁷R.SG,2015§33

²¹⁸Evans,2008,p.120 e ss

²¹⁹Ibid p.125

²²⁰Brito,2017,p.100

²²¹R.CIIS,2001 §4.7

²²²R.SG,2016,p.13

²²³Klein,2002,p.1254

É importante referir que as medidas não militares adotadas pelo CS, são decisões multilaterais com uma implementação multilateral, sendo institucionalizada. É a própria organização que classifica o fato ilícito como ameaça à paz e segurança internacionais. O que confere uma maior segurança, pois o risco de abuso subjetivo na avaliação do ilícito e na adoção das medidas de implementação (que, como referimos, tem o objetivo de restabelecer a paz e segurança internacionais) é menor.

Estas respostas coletivas, devem ser preferidas às contramedidas adotadas pelos Estados.²²⁴ Exige-se uma reação pública e coletiva, primeiramente, abordada por meio de organismos internacionais, como a ONU, CS²²⁵ e AG²²⁶, bem como órgãos de organizações regionais²²⁷ como a NATO, ou organismos internacionais de DH.

Contudo, perante o bloqueio do CS, não é realista «esperar que os Estados interessados descartem o uso de outros meios e formas de ação para enfrentar a gravidade e urgência dessas situações», existindo um risco sério de «tais intervenções, sem a disciplina e restrições de autorização da ONU, não ser conduzido pelos motivos mais acertados ou com o compromisso correto com os princípios de precaução necessários».²²⁸

Assim, dava-se prevalência a uma ação coletiva face a uma ação individual dos Estados, dado que esta poderia ser sustentada em valores políticos, ideológicos ou económicos, que poderiam ter repercussões políticas.²²⁹ Deste modo «poder-se-á aceitar sem grandes reticências que um modelo institucional de resposta ao ilícito, é, sempre, preferível a um modelo de justiça privada».²³⁰

Situação distinta, digna de reflexão, é a dos mecanismos de justiça privada. Nestes casos, é o sujeito que escolhe o momento e os meios da sua conduta. Os Estados agem unilateralmente numa avaliação que não é multilateral (ainda que seja partilhada) e por isso não institucionalizada. Deste modo a «relação de responsabilidade não tem um carácter multilateral, a não ser que olhada, apenas, do ponto de vista dos potenciais Estados «terceiros» a que o Direito reconhece uma faculdade reativa».²³¹

Os Estados agem invocando um interesse comum, assumindo, em alguns casos e através de meios não institucionais «a realização de uma função de justiça «pública»

²²⁴Cassese,2005,p.274

²²⁵R.CIIS,2001§6.14

²²⁶Ibid§6.29

²²⁷Ibid§6.31

²²⁸R.CIIS,2001 §6.39

²²⁹Cassese,2005,p.268

²³⁰Lopes,2003,p.584

²³¹Ibid p.710

(ou, talvez mais precisamente, em nome de um interesse público de exceção releva, de uma certa «ordem pública» internacional)».²³²

Neste âmbito, vista como uma consequência para terceiros da prática de um ilícito desta gravidade, é a possibilidade de, em certas condições, adotarem contramedidas dirigidas contra o Estado infrator. Uma vez que as contramedidas «a par, com a legítima defesa, representam aquilo que, segundo o PARI, é de considerar admissível no campo de que, lato sensu, se descreve como justiça privada».²³³

Apesar do direito de um Estado Lesado recorrer a contramedidas ser indiscutível, o mesmo não acontece quando são adotadas pelos Estados terceiros, perante obrigações devidas à CI.²³⁴

As contramedidas representam o direito de um Estado adotar medidas ilícitas, *prima facie*²³⁵, justificadas pela violação inicial de um fato ilícito que se traduziu numa resposta por parte deste Estado.²³⁶

Enquadram-se num quadro de ‘justiça privada’ e atuam como meio pacífico, ao contrário da retaliação através da uso da força, para induzir um Estado a cumprir a sua obrigação.²³⁷ Devem ser adotadas, não com o objetivo punitivo, mas como meio para incitar o cumprimento da obrigação primária.²³⁸ Devendo por isso ser temporárias e reversíveis mediante o cumprimento da obrigação.²³⁹

O receio na adoção destas medidas deve-se à particularidade dos Estados terem o ónus de qualificar como ilícita uma situação jurídica de um outro Estado e de adotarem medidas unilaterais para remediar essa situação. O que poderá conduzir a uma maior instabilidade nas relações internacionais (no geral) e na ordem pública (em particular).²⁴⁰

O PARI consagrou um conjunto de condições (art.49 a 53) que devem ser asseguradas na invocação de contramedidas, de modo a impedir os riscos de abuso inerentes a este conceito. Deste modo, as contramedidas são limitadas a nível de objeto e finalidade (Art.49 PARI), bem como a nível de certas obrigações que não podem ser afetadas pela sua adoção (Art.50PARI).

²³²Ibid p.559

²³³Ibid,p.560

²³⁴Bird,2011,p.896

²³⁵Costelloe,2017,p.217

²³⁶Alland,2002,p.1221

²³⁷Lesaffre,2010,p.469

²³⁸CDI,2001,p.130

²³⁹Art.49,53PARI

²⁴⁰Lesaffre,2010,p.470

Exige-se ainda um critério de proporcionalidade (art.51 PARI), analisando o dano sofrido e a gravidade da violação em causa (tendo em consideração a importância do interesse protegido pela obrigação violada).²⁴¹ O dano não deve exceder o prejuízo causado pela violação inicial, e as contramedidas devem ser escolhidas tendo em vista a sua finalidade de cessação da violação, pelo que deve ser feita uma análise para saber se os meios escolhidos servem este propósito.²⁴²

Para além disso, as contramedidas adotadas devem atender a um conjunto de condições dispostas no art.52 PARI. Deste modo, é conferida a possibilidade de o Estado Infrator explicar a sua conduta ilícita e de adotar comportamentos que evitem a sua adoção.²⁴³

As contramedidas coletivas, termo frequentemente utilizado no comentário da CDI, são também conhecidas como “medidas de solidariedade”²⁴⁴ ou “contramedidas de interesse geral”²⁴⁵, e constituem uma das questões mais controversas no âmbito da responsabilidade internacional²⁴⁶, apesar cada vez mais utilizadas nas relações internacionais.²⁴⁷

Sofreram uma evolução drástica, «da rejeição absoluta à aceitação cautelosa, quando se lhes atribuiu a função, não só de defesa de um interesse próprio, como também de salvaguarda de interesses coletivos ou mesmo socialmente imperativos».²⁴⁸ Devido à imprecisão do significado de obrigações erga omnes e à autoavaliação de conduta ilícita, as contramedidas coletivas eram vistas com preocupação por poderem servir de pretexto para uma política de poder e para uma intimidação dos Estados mais frágeis sobre o argumento de que as normas comunitárias tinham sido violadas.²⁴⁹

Este receio tem vindo a diminuir face à prática internacional indicar-nos que estas medidas têm sido adotadas principalmente como resposta a violações das obrigações convencionais de DH, para as quais existe um apoio considerável para um estatuto erga omnes separado sob o direito consuetudinário.²⁵⁰

²⁴¹ CDI,2001,p.134

²⁴² Cassese,2005,p.302

²⁴³ CDI,2001,p.136§4

²⁴⁴ Koskenniemi,2001,p.1

²⁴⁵ Alland,2002,p.1

²⁴⁶ Gaja,2010,p.962

²⁴⁷ Dawidowicz,2016,p.3

²⁴⁸ Lopes,2003,p.557

²⁴⁹ Dawidowicz,2017,p.110

²⁵⁰ Ibid p.284

Nestes casos, o Estado adota estas medidas de «autotutela», se, como referido no art.54PARI, estiver também habilitado a invocar a responsabilidade do infrator.²⁵¹

São consideradas cruciais nas situações em que o CS não agiu perante violações massivas de DH, pois servem como uma alternativa viável ao uso da força para induzir o Estado infrator à licitude.²⁵²

Referem-se às medidas adotadas, unilateralmente, por qualquer Estado não individualmente afetado face a violações erga omnes. Esta justificação do Estado terceiro, não é indiscutível nem linear, pois não significa estes Estados não tenham interesse na política que prosseguem a este respeito.²⁵³

Nestes casos em que o sujeito decide «atuar em defesa de um interesse que não é verdadeiramente próprio, mas comunitário, a colocação das contramedidas ou outras reações ao ilícito na esfera da justiça privada torna-se mais difícil de demonstrar-mesmo se, no limite, a defesa de um interesse comum (afetado pela lesão grave de direitos de outrem) é, também a defesa de um interesse jurídico do sujeito que reage».²⁵⁴

Distinguem-se das contramedidas adotadas pelos Estados que atuam em defesa dos seus próprios interesses. Deste modo, apesar do art.49 e 54 PARI pretenderem induzir o Estado infrator a agir de acordo com as suas obrigações decorrentes da violação, o art.49 poderá ser adotado pelos Estados lesados (art.42), enquanto as medidas lícitas do art.54 poderão ser adotadas por qualquer Estado da CI que não o lesado (art.48). Contudo, estão sujeitas às mesmas regras das contramedidas adotadas pelo Estado Lesado.

Referindo-se à prática de contramedidas por Estados terceiros como ‘limitada e embrionária’, a CDI²⁵⁵, reservava a sua posição sobre esta matéria através de uma ‘cláusula de salvaguarda’ disposta neste artigo. Assim não aceitava nem impedia a existência de um direito a contramedidas de terceiros como resultado do desenvolvimento posterior do DI e da formação do DI consuetudinário.²⁵⁶

A eficácia destas contramedidas não pode «ser analisada numa simples relação entre a sanção e a violação contínua». A análise deve centrar-se na capacidade das

²⁵¹Lopes,2003,p.733

²⁵²Dawidowicz,2017,p.109

²⁵³Alland,2002,1223

²⁵⁴Lopes,2003,p.565

²⁵⁵CDI,2001,p.137

²⁵⁶Ibid p.139

contramedidas como uma ferramenta suscetível de aplicação e não no sentido ideal de conformidade total.²⁵⁷

Para Dawidowicz, a sua eficácia dependia maioritariamente «da vontade política e da organização dos Estados para cumprir as normas comunitárias». O A. concluía que «as contramedidas coletivas podem não representar o melhor de todos os mundos, não obstante, são uma ferramenta necessária numa caixa de ferramentas da aplicação da lei comunitária, de outro modo limitada».²⁵⁸

Para uma mudança significativa de comportamentos era necessário um esforço concertado aliado a um conjunto de diferentes ações, razão pela qual as contramedidas coletivas são raramente utilizadas isoladamente. Assim, deveriam ser acompanhadas por outras formas coercivas dirigidas contra o Estado alvo, nomeadamente outros meios de pressão diplomática (retorsão) e outras ações adotadas por OI.²⁵⁹

O mesmo A. referia que, embora as declarações expressando opinio juris neste âmbito serem raras, elas existem. Pense-se no Conselho da União Europeia em 2004, e na declaração por parte da Comissão Europeia 2008 quando refere que este tipo de sanções têm sido frequentemente impostas pela União Europeia de modo a «provocar uma mudança em atividades ou políticas, como violações do DI ou dos DH, ou políticas que não respeitam os princípios democráticos».²⁶⁰ Ainda que os Estados Terceiros não tenham invocado explicitamente o conceito de contramedidas de Estados Terceiros, a prática estadual demonstra que se basearam em substância neste conceito.²⁶¹

A prática estadual a este propósito exprime-se maioritariamente face a violações de DH e DIH. Que resulta não só de violações de normas ius cogens e por isso erga omnes, tais como o genocídio, princípio da autodeterminação dos povos, práticas de tortura. Mas também de outras violações que, apesar de não terem caráter peremptório, dão origem a violações erga omnes, nomeadamente a violação de DH como: direito à vida, garantias de um julgamento justo, a liberdade de expressão.²⁶²

Antonio Cassese conclui que «a prática estadual demonstra que os Estados Terceiros adotam contramedidas coletivas contra um estado infrator, independentemente de a obrigação violada derivar, ou não, de uma norma peremptória. O que importa aos Estados é que o estado responsável atuou contrariamente a valores considerados

²⁵⁷Dawidowicz,2017,p.277

²⁵⁸Ibid p.282

²⁵⁹Ibid p.279

²⁶⁰Dawidowicz,2016,p.14

²⁶¹Ibid p.13

²⁶²Bird,2011,p.897

fundamentais por toda a CI e, portanto, consagrados em normas consuetudinárias que impõem obrigações erga omnes».²⁶³

Circunscrevendo esta salvaguarda de interesses comunitários, ao nível da justiça privada, a mecanismos jurisdicionais, será equacionável procurar prevenir este tipo de crimes através destes mecanismos?

Sendo a manutenção da paz e segurança internacionais um dos principais objetivos da ONU e se, como vimos, um dos princípios neste âmbito é a obrigação dos seus membros se absterem do recurso à força, têm de existir mecanismos alternativos, pacíficos, para resolver os diferendos. A este propósito, importa referir a resolução pacífica de diferendos.

Como sabemos, o princípio da resolução pacífica dos litígios constitui um dos pilares do DI contemporâneo, ainda que esta obrigação, a despeito da sua natureza imperativa, seja considerada uma obrigação de meios na adoção de uma determinada conduta e não uma obrigação de resultado.²⁶⁴ Tendo em consideração que «o recurso à força como meio primário de resolução de disputas é a negação da normatividade e a afirmação da lei do mais forte»²⁶⁵ assistimos a uma «necessidade de desenvolver mecanismos de prevenção dos conflitos internacionais e não apenas de resolução dos mesmos».²⁶⁶

É um princípio que decorre da proibição do uso da força como prerrogativa da soberania dos Estados e como meio normal de resolução de conflitos²⁶⁷, visto que existe uma maior «consciencialização de que a proteção dos DH e a tutela de bens jurídicos fundamentais da CI não podem ficar à mercê das relações de poder e força, da soberania popular nacional incontrolada ou dos grupos de interesses políticos e económicos especiais».²⁶⁸

O TIJ, segundo o art.92 CNU, atua como principal órgão jurisdicional, pelo que pode ajudar «a fornecer maior clareza através da interpretação e desenvolvimento da lógica por detrás do conceito [da RP] e os deveres legais incumbentes aos Estados, enquanto oferece o foro jurídico necessário para fazer cumprir as obrigações decorrentes da RP».²⁶⁹

²⁶³Cassese,2010,p.418

²⁶⁴Machado,2013,p.670

²⁶⁵Ibid p.669

²⁶⁶Ibid p.670

²⁶⁷Ibid p.679

²⁶⁸Ibid

²⁶⁹Zyberi,2012,p.306

No capítulo seguinte, pretendemos analisar esta hipótese à luz do processo instaurado pela Gâmbia a Myanmar.

III GÂMBIA E MYANMAR

1. Apresentação do caso

Para Alexa Levy a crise do grupo Rohingya em Myanmar constitui um exemplo perfeito para explicar «o porquê de ser insuficiente confiar nos EP [da CG] para iniciarem a adoção de medidas preventivas». Para a A. «se o genocídio está a ser cometido pelo governo de uma PC, esta não iniciará medidas preventivas».²⁷⁰

Consoante o primeiro pilar da RP, Myanmar tinha a responsabilidade de prevenir crimes internacionais dentro da sua jurisdição, abstendo-se de cometer violações de DH e adotando medidas que garantissem o cumprimento destes direitos.²⁷¹ Como esta responsabilidade não foi cumprida «todos os Estados da CI têm a obrigação extraterritorial de adotar medidas razoáveis para prevenir o genocídio. Têm a responsabilidade adicional de ‘soar o alarme’ quando o genocídio é iminente ou está a ser cometido».²⁷²

A RP constitui assim um princípio vital para incentivar a ação a nível nacional e internacional, prevenindo e respondendo a crimes internacionais.²⁷³ A prevenção deve ser a regra e não a exceção, o que exige uma frequente discussão sobre as situações alarmantes no âmbito da cooperação internacional.²⁷⁴

Visto que, por si só, o apoio retórico para a prevenção não protegerá as vítimas de crimes internacionais²⁷⁵, a Gâmbia apesar de reconhecer a primazia de uma «estratégia de prevenção do genocídio e das condições que o alimentam»²⁷⁶, referia que quando estas estratégias falham, deveria «seguir-se a intervenção de mecanismos de justiça internacional capazes de responsabilizar os Estados».²⁷⁷

Neste sentido, referindo que «não é apenas o Estado de Myanmar que está aqui a ser julgado mas toda a humanidade»²⁷⁸ acusava Myanmar de violar obrigações da CG sobre

²⁷⁰Levy,2019,p.340

²⁷¹R.SG,2017 §12

²⁷²Ibid§15

²⁷³R.SG,2015 §p.6

²⁷⁴Ibid§60

²⁷⁵R.SG,2016§34

²⁷⁶VR 2019/18 §11

²⁷⁷Ibid

²⁷⁸VR 2019/18 §8

as quais era obrigado a não cometer este crime mas também a prevenir e punir a sua prática.²⁷⁹

Tendo em consideração que «nos termos da CG os Estados concordaram que o genocídio, cometido em tempo de paz ou de guerra, é um crime de DI ao qual todos os Estados se comprometem a prevenir e punir. Desde então, ficou claro que o genocídio é uma ameaça à segurança de todos e nunca deve ser tolerado».²⁸⁰

Destarte, o Genocídio constitui uma proibição aceite e reconhecida como norma peremptória²⁸¹, estabelece obrigações erga omnes e erga omnes partes.²⁸²

No art.9 CG é reconhecida a competência do TIJ para interpretar, aplicar ou executar os diferendos entre as PC desta convenção. A função preventiva do Tribunal é exercida principalmente através da indicação de medidas provisórias (suscetíveis de impedir ou evitar danos às populações em risco de violações massivas de DH).²⁸³

iv. i. O grupo protegido

A nossa atenção estará centrada nos atos praticados contra o grupo Rohingya, que nas palavras de António Guterres «sempre foi um dos, senão o, mais discriminado do mundo, sem qualquer reconhecimento dos direitos mais básicos, a começar pelo reconhecimento do direito de cidadania por seu próprio país – Myanmar».²⁸⁴

Myanmar é composto por grande número de etnias, origens culturais, linguísticas e religiosas.²⁸⁵ Os Rohingya, muçulmanos, são uma das minorias étnicas e religiosas num país predominantemente Budista (aproximadamente 60 a 70 por cento da população).²⁸⁶

O pedido de medidas provisórias baseou-se em dois relatórios da Missão Internacional Independente de Investigação de Myanmar e três relatórios do Relator Especial do Conselho de DH sobre a Situação dos DH em Myanmar, que fornecem evidências da intenção da prática de genocídio e da discriminação contínua contra este grupo.

O TIJ classifica-os como «um distinto grupo étnico, racial e religioso que reside principalmente no estado de Rakhine»²⁸⁷ referindo na adoção de medidas provisórias

²⁷⁹Ibid§16

²⁸⁰A/59/565,2004 §200

²⁸¹CDI,2001,p.85

²⁸²Wouters,2005,p.415

²⁸³Zyberi,2012,p.308

²⁸⁴NU SG,2018

²⁸⁵UNFFM,2018,p.25

²⁸⁶Ibid

que «parecem constituir um grupo protegido no âmbito do art.2. da CG».²⁸⁸ Neste âmbito, o Juiz Kress, apelava a uma maior clareza do Tribunal do que o mero uso da palavra ‘parecer’.²⁸⁹

Encontramo-nos perante violações de normas imperativas, em que o beneficiário da norma não é um Estado e não tem os mecanismos tradicionais para defender os seus direitos.

Ora, perante o fracasso de Myanmar proteger a sua população e a desconsideração pelos inúmeros apelos da Gâmbia para este desistir de atos que permitam a prática do genocídio²⁹⁰, a Gâmbia apelava à responsabilidade da CI, pois «para que o Genocídio ocorra, dois factores têm de estar presentes: a desumanização do outro e a indiferença da CI»²⁹¹, considerando o genocídio contra o grupo Rohingya «uma mancha na nossa consciência coletiva e será irresponsabilidade de cada um de nós simplesmente olhar para o lado e fingir que o assunto não é connosco porque é connosco. Tornamo-lo um assunto nosso quando, como nações civilizadas, nos comprometemos com a CG de 1948».²⁹²

Afirmando que «o mundo ainda não encontrou a vontade ou os meios para evitar o genocídio»²⁹³, decide intervir pois «quando existe inação por parte da CI, há um convite à prática de novas catástrofes».²⁹⁴

Lamentando o facto de «as desculpas aparecem sempre tarde demais e quando já existe algo para ser desculpado: a omissão de ação e a catástrofe que poderia ter sido evitada»²⁹⁵, recorre ao TIJ porque «a hora de evitar mais genocídios é agora, nada menos salvará os Rohingya da sua destruição final como um grupo».²⁹⁶

²⁸⁷ TIJ, 2019 §2

²⁸⁸ TIJ, 2020 §52

²⁸⁹ Kress, 2020 §7

²⁹⁰ VR2019/18 §8

²⁹¹ Ibid §4

²⁹² Ibid §5

²⁹³ Ibid §29

²⁹⁴ Ibid §28

²⁹⁵ Ibid

²⁹⁶ Ibid §31

v. ii. O pedido de medidas provisórias

A Gâmbia, no dia 11 de Novembro de 2019, dirigindo-se ao principal órgão jurisdicional da ONU, solicitava a adoção de medidas provisórias de acordo com o art. 41 do Estatuto do TIJ e dos art.73,74,75 do Regulamento do TIJ.²⁹⁷

Alegava a violação da CG por atos adotados, tomados e tolerados pelo Governo de Myanmar contra membros do grupo Rohingya, que incluíam assassinatos, atentados graves à integridade física e mental com intuito de conduzir à destruição física, impondo medidas para prevenir nascimentos e transferências forçadas.²⁹⁸

Deste modo, a Gâmbia pedia ao Tribunal para julgar e declarar que Myanmar²⁹⁹

i) violou e continuava a violar as suas obrigações de acordo com a CG nomeadamente os art.1, 3 a), c), d), e) 4, 5 e 6;

ii) deve cessar qualquer facto internacionalmente ilícito contínuo e respeitar as obrigações da alínea anterior e o art.3) b) da CG;

iii) deve assegurar que os indivíduos responsáveis pela prática do genocídio são punidos perante um tribunal competente (nomeadamente o TPI);

iv) deve cumprir com as obrigações de reparação no interesse do grupo Rohingya nomeadamente permitir o seu retorno de modo seguro e digno, respeitar a sua cidadania plena e os seus DH e protege-los contra a discriminação, perseguição e outros atos conexos;

v) deve oferecer garantias de não repetição das violações da CG referidas supra (nº ii);

vi. iii. Adoção de medidas provisórias

No dia 23 Janeiro 2020, o TIJ reconhece a legitimidade ativa da Gâmbia como Estado terceiro face a obrigações erga omnes partes e adota medidas provisórias. Estas medidas eram adotadas face à «existência de um risco real e iminente de prejuízo

²⁹⁷TIJ,2019§113

²⁹⁸Ibid§2

²⁹⁹Ibid p.56

irreparável aos direitos invocados pela Gâmbia»³⁰⁰ e pretendiam «acabar com uma situação contínua de extrema vulnerabilidade».³⁰¹

O Tribunal insta Myanmar a³⁰²

i) cumprir com as suas obrigações estabelecidas na CG em relação aos Rohingya (adotar todas as medidas ao seu alcance de modo a evitar a prática de todos os atos no âmbito do art. 2 da CG)

ii) garantir que os militares, bem como qualquer entidade dirigida ou apoiada por estes, não pratiquem atos ao abrigo do art.3 da CG

iii) adotar todas as medidas eficazes para prevenir a destruição e garantir a preservação de evidências relacionadas a alegações de atos no âmbito do art.2 da CG

iv) Myanmar deverá apresentar um relatório ao Tribunal sobre todas as medidas adotadas de modo a cumprir esta Ordem (no período de 4 meses) a partir do dia 23 Janeiro de 2020 e, posteriormente, a cada seis meses, até que seja proferida a decisão final

vii. Iv. Argumentos

A Gâmbia, sendo o primeiro «país sem qualquer conexão direta aos crimes alegados a usar a condição de membro da CG para instaurar um processo no TIJ»³⁰³, fundamentava a jurisdição do Tribunal no art.36 Estatuto do TIJ e no art.9 CG (ao qual nenhuma das partes tinha estipulado uma reserva).³⁰⁴ Myanmar tinha estabelecido reserva aos art.6 e 8 da CG.

Myanmar declarava a falta de legitimidade da Gâmbia, condicionando a aplicação do art.9 da CG à sua reserva ao art.8.³⁰⁵ Segundo Myanmar «é o art.8- e não o art.9- que poderá permitir a qualquer EP, ainda que não sendo o Estado especialmente afetado, dirigir-se ao Tribunal e assim usufruir de

³⁰⁰TIJ,2020§56

³⁰¹Trindade,2020 §91

³⁰²TIJ,2020§79

³⁰³HRW,2019

³⁰⁴TIJ,2019§16

³⁰⁵VR 2019/19§70

qualquer tipo de *actio popularis*». ³⁰⁶ Assim «se não fosse pela reserva do Bangladesh ao art.9, o Tribunal teria jurisdição». ³⁰⁷

A Gâmbia contrapunha afirmando que segundo o argumento de Myanmar «nenhum EP poderia instaurar – validamente- um processo perante o Tribunal». ³⁰⁸

O Tribunal na adoção de medidas provisórias concluía que a reserva de Myanmar ao art.8 CG não privava a Gâmbia de levar a questão ao tribunal pois «o art.8 CG apenas aborda a possibilidade de qualquer parte recorrer aos órgãos das NU para a adoção de medidas adequadas para a prevenção e supressão de atos de genocídio». Deste modo, seria o art.9 CG adequado para a «submissão de diferendos entre as PC da CG ao TIJ». ³⁰⁹

A medida adotada pela Gâmbia apesar de unilateral é confortada num grupo de Estados, visto que agia em nome dos 57 Membros da Organização para a Cooperação Islâmica ³¹⁰. Tinha o objetivo de proteger um direito (a existência do grupo Rohingya) que entendia devido por Myanmar, a todos os Estados signatários da CG. ³¹¹

Deste modo, invocando um interesse comunitário, fundamentava a sua legitimidade em obrigações que surgem para a CI como um todo e, em especial, para as partes da convenção.

Nas alegações orais afirmava «esta Convenção estabelece obrigações mas também direitos erga omnes, que são o reflexo destas obrigações: as obrigações coletivas da convenção estão associadas ao direito de cada PC solicitar e obter a sua execução. Embora o carácter erga omnes das obrigações da CG atue como base do interesse jurídico de qualquer Estado para invocar a responsabilidade do Estado infrator, o direito de cada EP da convenção consiste em exigir o respeito pelo direito primário, isto é, o dever do Estado infrator cumprir a obrigação violada». ³¹²

Em suma, agia «tendo presente o carácter *ius cogens* da proibição do genocídio e o carácter erga omnes e erga omnes partes das obrigações devidas ao abrigo desta CG». ³¹³

Sustentava a sua legitimidade no caso Bélgica contra o Senegal ³¹⁴ - que considerava que se deveria aplicar *mutatis mutandis* à CG e a esta situação em concreto. ³¹⁵

³⁰⁶R 2019/21§21

³⁰⁷Ibid§28

³⁰⁸VR2019/20§31

³⁰⁹TIJ,2020§35

³¹⁰VR 2019/18§36

³¹¹Ibid§5

³¹²Ibid§11

³¹³TIJ,2019§15

A este propósito, na sua opinião separada, o Juiz Xue argumentava que «uma coisa é cada EP na CT ter interesse no cumprimento das obrigações erga omnes partes, outra coisa é permitir que qualquer EP inicie um processo no Tribunal contra outro EP sem qualquer qualificação sobre jurisdição e admissibilidade. A mesma consideração se aplica igualmente à CG ou a qualquer outro tratado de DH».³¹⁶

Para Myanmar «ainda que a Gâmbia tenha interesse no cumprimento destas obrigações erga omnes partes ao abrigo da Convenção, isso não significa que tenha legitimidade para levar um caso ao Tribunal, sem ser especialmente afetada».³¹⁷ Na sua ótica, o Estado especialmente afetado era «o adequado para solucionar o problema, pois são os que estão envolvidos nas negociações diplomáticas e nas iniciativas práticas para encontrar uma solução».³¹⁸

No caso concreto, Bangladesh era o Estado apto³¹⁹ para ocupar este lugar, «não sendo necessário, nem tão-pouco desejável, que qualquer outro Estado possa também invocar tal responsabilidade».³²⁰ Contudo, Bangladesh não poderia ter instituído esses procedimentos sem o consentimento de Myanmar devido a uma reserva que fez ao art.9 da CG.

Para Myanmar nenhum dos seus países vizinhos «com exceção do Laos, teria legitimidade para o fazer, uma vez que não são EP da CG ou fizeram uma reserva ao art. 9 ou apenas com o consentimento de todas as partes em disputa».³²¹

Destarte, e tendo em consideração que «não é possível contornar o princípio de que cabe ao Estado lesado decidir se- e eventualmente como, invoca a responsabilidade de outro Estado- e que o direito de os Estados não lesados invocarem tal responsabilidade é subsidiário»³²² fundamentava a falta de legitimidade da Gâmbia no art.45 do PARI e na aposição de uma reserva por Bangladesh ao art.9 CG.³²³

Em última análise, o Tribunal recordava a sua jurisprudência (Bélgica v.Senegal) e reafirmava que qualquer EP da CG, e não apenas o Estado especialmente afetado,

³¹⁴ Ao abrigo da CT, onde o Tribunal referia que «se fosse necessário um qualquer interesse especial para agir(...) em muitos casos não haveria qualquer Estado em posição para fazer tal reclamação»(TIJ,2019§124)

³¹⁵ Ibid§125

³¹⁶ XUE,2020§5

³¹⁷ VR 2019/19§55

³¹⁸ Ibid§66

³¹⁹ Por ser o Estado especialmente afetado pelos eventos que constituem objeto do pedido (nomeadamente os efeitos de um vasto êxodo do grupo Rohingya)

³²⁰ VR 2019/21§15

³²¹ Ibid§56

³²² Ibid§16

³²³ Ibid§17

poderia invocar a responsabilidade de um outro Estado para determinar a violação das suas obrigações erga omnes partes e findar a sua violação.³²⁴

2. Efeitos

Em primeiro lugar, e a merecer apreciação positiva, a atuação corajosa da Gâmbia permite elevar o padrão dos intervenientes perante a prática de crimes internacionais, demonstrando que mesmo Estados Terceiros «têm o direito e o dever de fazer cumprir a obrigação de prevenir e punir os crimes de atrocidade».³²⁵

Demonstra a tentativa deste Estado em «usar todos os meios à sua disposição para exercer toda a sua capacidade de influenciar Myanmar para prevenir e suster os atos genocidas. Desta forma, a Gâmbia serve de modelo para outros Estados que, independentemente do seu poder militar ou económico, desejem proteger outros grupos sujeitos ou sob ameaça do crime de genocídio».³²⁶

Serve ainda de alerta para «os Estados conhecidos por cometerem as mais graves violações de DI que, apesar da falta de pressão interna ou da existência de aliados poderosos na CI dispostos a aprovar tacitamente as suas condutas ilícitas, a procura pela justiça pode vir dos Estados menos expectáveis». Ora «se queremos dar substância ao mantra do ‘nunca mais’, é necessário que a justiça seja feita neste caso».³²⁷

Embora com reivindicações circunscritas à CG, poderia restaurar a dignidade das vítimas, pois «os procedimentos seriam uma oportunidade para elucidar a totalidade das políticas e práticas de Myanmar em relação aos Rohingya, incluindo os esforços do regime para reescrever a história do povo Rohingya e privá-los da cidadania e de outros direitos fundamentais».³²⁸

O reconhecimento de normas erga omnes permitiu ao Tribunal considerar a legitimidade ativa da Gâmbia, mesmo não tendo sido o Estado Lesado. Por serem valores compartilhados sinalizam compromissos para todos os Estados e assim «todos os EP na CG têm um interesse comum em garantir que os atos de genocídio sejam evitados e que, quando ocorrerem, os seus autores não gozem de impunidade. Este

³²⁴TIJ,2020§41

³²⁵Singh,2020

³²⁶Heieck,2020

³²⁷Islam,Muquim,2021,p.130

³²⁸Becker,2018

interesse comum implica que tais obrigações são devidas por qualquer EP a todas os outros EP na Convenção».³²⁹

Este reconhecimento de que basta este interesse para agir «abre novos caminhos para a compreensão das obrigações dos Estados de prevenir e punir crimes de atrocidade ao abrigo do DI».³³⁰ Esta possibilidade de um Estado, que não o Lesado, invocar a responsabilidade de outro Estado foi incorporada pela CDI no art.48. Deste modo, como aludido pelo Juiz Xue «a posição adotada pelo Tribunal, embora provisória, colocaria à prova o art.48 PARI».³³¹

O Tribunal na adoção de medidas provisórias adota uma postura mais conservadora restringindo-se às obrigações erga omnes na adoção de medidas provisórias, apesar de a Gâmbia ter invocado normas *ius cogens*.³³² Matéria que, na opinião do Juiz Cançado Trindade, deveria ter sido abordada pelo TIJ no caso concreto.³³³

Para suprir esta lacuna do Tribunal, o Juiz Cançado Trindade refere que a proteção dos direitos fundamentais «pertencem ao domínio dos *ius cogens*».³³⁴

Os direitos protegidos através de medidas provisórias referem-se a direitos fundamentais como o «direito à vida, integridade pessoal, direito à saúde»³³⁵ e, no caso concreto, também a «direitos que englobam o básico princípio da igualdade e da não discriminação»³³⁶ e que estão salvaguardados pela CG³³⁷.

Deste modo, estes direitos não poderiam ser considerados meramente ‘plausíveis’ como é referido pelo Tribunal na adoção de medidas provisórias. Em tom crítico, refere esta plausibilidade como «uma invenção recente e infeliz do tribunal».³³⁸

Sendo cada vez mais importante «a salvaguarda dos direitos fundamentais através de medidas provisórias de proteção, no domínio do *ius cogens*, sob a CG e o correspondente direito consuetudinário».³³⁹

Seguindo o mesmo raciocínio, as «graves violações dos DH e DIH, atos de genocídio, entre outras atrocidades, violam a responsabilidade e exigem reparações às

³²⁹TIJ,2020§41

³³⁰Singh,2020

³³¹Xue,2020§8

³³²VR 2019/18§7

³³³Trindade,2020§81

³³⁴Ibid

³³⁵Ibid§75

³³⁶Ibid§79

³³⁷Ibid§80

³³⁸Ibid§76

³³⁹Ibid§93

vítimas»³⁴⁰. Assim, em casos de extrema vulnerabilidade, a atenção deveria estar centralizada na «população em questão, na prossecução de uma perspectiva humanista, à luz do princípio da humanidade».³⁴¹ E deste modo «jus cogens deve ser devidamente considerado através da CG e do direito consuetudinário correspondente».³⁴²

A questão levantada por Cançado Trindade é importante pois, como vimos, é diferente considerar uma norma *ius cogens* ou normas *erga omnes*.

Neste caso, passamos do plano da invocação da responsabilidade para uma responsabilidade de, nomeadamente, cooperar para que o ilícito cesse. Encontrando-se muito mais em sintonia com a responsabilidade depreendida da RP. Visto que, este conceito, encontra-se mais próximo de uma obrigação de os Estados agirem (consoante o art.40 e 41 PARI) do que ‘apenas’ invocar a responsabilidade.

Ao mesmo tempo, há uma possibilidade clara da existência de um interesse comunitário que poderá ser ‘satisfeito’ através de mecanismos de justiça privada. E neste sentido, aplicando a teoria abordada no segundo capítulo, dar-se-á um passo na convivência entre mecanismos de reação pública e privada, existindo uma maior consciência da multilateralização das relações internacionais.

Afirmando-se cada vez mais uma noção de tutela de interesses públicos e valores fundamentais para a CI. Afetando de maneira fundamental, a configuração tradicional das reações ao ilícito como ação individual de realização do direito lesado na esfera individual.³⁴³

Poderemos ainda concluir que ao diversificarmos novas formas reação, existe uma maior possibilidade de mais Estados suscitarem questões ao TIJ e intervirem. Ao serem reconhecidas novos e diferentes mecanismos de reação estamos a alterar as relações de poder, conferindo a possibilidade de Estados como a Gâmbia agirem.

³⁴⁰Ibid§86

³⁴¹Ibid§87

³⁴²Ibid

³⁴³Lopes,2003,p.559

CONCLUSÃO:

A novidade desta dissertação residiu numa análise aos horizontes da RP. Apesar de não ser um conceito jurídico, é refletido em entendimentos jurídicos que vão muito mais além da reação em série de uso da força.

Deste modo, partilha-se o otimismo dos fundadores desta mundividência e aprecia-se o seu esforço na criação de um conceito capaz de colmatar as causas e consequências dos crimes internacionais.

No primeiro capítulo, concluímos que se mantivermos o mecanismo do uso da força num plano estrito em que continua claramente vinculado ao CS (o que nos parece ser esse o caminho), não há muito espaço para discussão. O teste Líbio impediu qualquer discussão neste âmbito num futuro próximo. Não obstante, e sendo isso que a diferença da IH, a RP não se circunscreve à simples instância de uso da força (sujeita a abusos). A operacionalização deste conceito necessitará de uma vertente de prevenção (desenvolvida e aprimorada) capaz de dar corpo a uma ambição alternativa.

No segundo capítulo, analisamos a essência da RP, como conceito indissociável da proteção de interesses comunitários.

Como verdadeira CI, há regras que merecem uma tutela específica, diretamente prevista em diferentes regimes jurídicos. Em particular, em matéria de Responsabilidade Internacional, é cada vez maior o reconhecimento da existência desses interesses coletivos.

Importa referir que esta comunitarização na garantia dos interesses tidos como fundamentais continua em evolução. Tal como Roma, estas novas construções na ordem jurídica internacional, não foram criadas num dia. São fruto de um longo caminho percorrido no âmbito das relações internacionais.

É hoje cada vez mais reconhecido papel fundamental das OI (nomeadamente a U.E) o que, de um ponto de vista da conceptologia da institucionalização do DI, confere uma maior efetividade e garantia. A título de exemplo, o regulamento adotado pelo Conselho Europeu prevê a adoção de medidas «a fim de combater graves violações dos DH».³⁴⁴ Mas também, têm sido cada vez mais as sanções a ser adotadas pela UE em relação a Myanmar, reforçadas a propósito do golpe de Estado.³⁴⁵

Por fim, a terceira componente desta dissertação, constituiu um teste à doutrina da RP à luz dos mecanismos alternativos ao uso da força.

³⁴⁴Reg.C.U.E 2020/1998

³⁴⁵Reg.C.U.E 2021/638

A atuação da Gâmbia atua no caminho da prevenção. O pedido de medidas provisórias serve o propósito de suspender as atividades e preservar a prova, o que não irá impedir a pronúncia do Tribunal sobre a questão de fundo.

Tal como apontado por Cançado Trindade, existe uma dificuldade dos tribunais em geral, e do TIJ em particular, em concretizar o conceito de *ius cogens*.

No âmbito da RP são referidas obrigações para os Estados muito mais próximas do art.40 e 41 PARI do que o art.48 PARI. Contudo, assistimos o Tribunal muito mais próximo do art.48 do que o art.41, e por isso, muito mais relutante a identificar como normas imperativas.

A relutância do TIJ usar a classificação de normas *ius cogens* e obrigações *erga omnes* é assente no DI e deste modo «apenas nas opiniões separadas dos membros do Tribunal, é possível encontrar qualquer elaboração sobre a natureza ou possíveis efeitos jurídicos das normas *ius cogens* e obrigações *erga omnes*».³⁴⁶

A legitimidade ativa da Gâmbia para suscitar a questão no tribunal apesar de unilateral continua a ser fundamentada na natureza da norma, no interesse coletivo que obriga os Estados a agir por todos os meios perante crimes internacionais. Assim, age unilateralmente numa avaliação que não é multilateral (ainda que seja partilhada) nem institucionalizada, invocando um interesse comunitário.

Esta é uma hipótese interessante, digna de análise. Trata-se de um mecanismo pacífico que, apesar de sujeito à subjetividade da qualificação, no caso concreto, encontra-se mitigado. Não só pelos relatórios das NU- que constituem a principal prova em Tribunal mas também, pela ação confortada deste Estado num conjunto de Estados. A este propósito, refira-se igualmente o interesse expressado pelas Malvinas, Holanda e Canadá para intervir no caso concreto pretendendo demonstrar «mais apoio ao povo Rohingya».

Será interessante ver qual a posição que o Tribunal adotará a propósito da questão de fundo, até porque a resposta não se apresenta simples.

A decisão adotada pelo TIJ a propósito deste caso apesar de parecer circunscrita ao caso concreto, poderá «ter repercussões no DI e na prática dos Estados que iriam muito além deste caso específico».³⁴⁷

Ainda que a jurisprudência constitua um auxiliar na interpretação, as decisões do Tribunal têm um grande impacto na prática. Implicações que não se evidenciam apenas

³⁴⁶Hernandez,2013,p.46

³⁴⁷Xue,2020§8

entre os princípios estudados mas também num eventual afastamento dos Estados do desenvolvimento do direito e da jurisdição do TIJ.

Não há dúvida que na questão de fundo o Tribunal terá de aprofundar as questões com maior clareza, principalmente na questão apontada pelo Juiz Cançado Trindade.

Se na questão de fundo, o Tribunal agindo em proteção das pessoas, dos beneficiários da norma, afirmar que os Estados Terceiros, nomeadamente Estados que fazem parte da Convenção, podem sempre suscitar a questão perante si, é um avanço muito significativo.

O art.48 ficará indissociável do art. 40 e 41, ficando não apenas no âmbito da invocação mas no da obrigação. Assim, reconhecendo a todos os Estados um interesse jurídico na proteção da norma do genocídio poderão dirigir-se ao TIJ, abrir-se-á uma possibilidade de situações, como a do caso em concreto, em que existe um Estado Lesado e ainda que este tenha renunciado, poderá um Estado terceiro ter um interesse jurídico em agir.

É um passo muito significativo porque, levando o pensamento do Juiz Cançado Trindade ao limite, o TIJ tutelará todas as questões relacionadas com ius cogens.

Tem, por isso, toda a propriedade encararmos com dificuldade a futura decisão do tribunal. Porque mesmo do ponto de vista da técnica jurídica, nomeadamente a interpretação do art.9 CG e da sua relação com a reserva. Não é fácil, é quase como afirmar uma jurisdição universal do TIJ, em relação a violações de normas ius cogens.

A investigação demonstrou ainda que, e face à já referida necessidade de explorar outros mecanismos, o TIJ como meio de defesa de interesses comunitários também não é isento de dificuldades.

Não suscita menos dificuldades do que o uso da força, precisamente pelas tensões constantes entre soberania e interesses comunitários, multilateralismo e unilateralismo, justiça privada e justiça pública.

Deste modo, a questão da invocação de interesses comunitários para ações unilaterais (seja de uso da força, ou jurisdição) é complexa em si mesma no DI, por contender com muitos regimes, que quando articulados tornam mais evidente essa tensão.

BIBLIOGRAFIA

- ALLAND, D. (2002)- “Countermeasures of General Interest”. *European Journal of International Law*, 13(5), 1221–1239. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1221>
- ANDREOPOULOS, G.J, & LANTSMAN, L (2010) - “The evolving discourse on Human Protection”, *Criminal justice Ethics*, 29(2), pp-73-92
- BAPTISTA, Eduardo (1997) “*Ius Cogens em Direito Internacional*” Lex, Lisboa
- BELLAMY, Alex J; LUCK, Edward C. (2019) - “*The Responsibility to Protect: From Promise to Practice*”
- Bird, A. (2011) – “Third State Responsibility for Human Rights Violations” *European Journal of International Law* 21(4), 883–900. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq066>
- BRITO, Wladimir (2017) – “*Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional*”; Almedina, Coimbra
- BRILMAYER, L. (2011). “Third State Obligations and The Enforcement of International Law” *NYU Journal of International Law and Politics*, 44, 1.
- CRAWFORD, James (2010) “International Crimes of States”, in *The Law of International Responsibility*, Cap.29, Oxford : Oxford University
- CASSESE, Antonio (2005) – *International Law*, 2^a ed. - Oxford : Oxford University
- CASSESE, Antonio (2010) – “The Character of the Violated Obligation” in *The Law of International Responsibility*, Cap.29, Oxford : Oxford University
- CHINKIN, Christine (1993) – “Third Parties in International Law”; Oxford Monographs in International Law
- COSTELLOE, Daniel (2017) *Legal consequences of peremptory norms in international law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law
- CRAWFORD, James (2010) “International Crimes of States”, in *The Law of International Responsibility*, Cap.29, Oxford : Oxford University
- CRAWFORD, James (2012) “Brownlie's principles of public international law” - 8th ed. - Oxford : Oxford University,
- DAWIDOWICZ, Martin (2010)- “The obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation” in *The law of international responsibility*, Cap.46, Oxford : Oxford University
- DAWIDOWICZ, M. (2016). *Third-party countermeasures: A progressive development of international law?* 1223(Cup 2013), 3–15.

- DAWIDOWICZ, Martin (2017), *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press
- EVANS, Gareth (2008) - “*The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*”
- GAJA, Giorgio (2010) - “The Injured party: States having an Interest in Compliance with the Obligation Breached” in *The law of international responsibility*, Cap.64, Oxford : Oxford University
- GENSER, Jared (2018) – “The United Nations Security Council’s Implementation of the Responsibility to Protect: A Review of Past Interventions and Recommendations for Improvement” ; Global Centre for Responsibility to Protect
- HEHIR, A. (2012) - “The Responsibility to Protect: Rhetoric, Reality and the Future of Humanitarian Intervention” China: Palgrave Macmillan.
- HERNANDEZ, G. I. (2013) – “A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of “International Community.” *British Yearbook of International Law*, 83(1), 13–60. <https://doi.org/10.1093/bybil/brt003>
- HILPHOLD, P. (2001). Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal? *European Journal of International Law*, Vol. 12, no. 3 , pp. 437-467.
- HOLT, V. K.; BERKMAN, T. C - (2006) “The impossible mandate? Military preparedness, the responsibility to protect and modern peace operations” Washington D.C.: The Henry L. Stimson Centre
- JORGENSEN, Nina H.B, (2012) *The Responsibility to Protect and the Obligation of States and Organisations under the Law of International REsponsibility in Responsibility to Protect: From principle to Prattice*, : Edited by Julia Hoffmann e André Nollkaemper- Nina jorgensen- quando refiro Jorgensen,2012
- JORGENSEN, Nina (2010) “The obligation of Non-Assistance to the Responsible State”” in *The Law of International Responsibility*, Cap.47, Oxford : Oxford University
- KOSKENNIEMI, Martti (2001) “*Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?*” 71 *Brit. Y.B. Int’l L.* 337
- KLEIN, P. (2002) “Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations” *European Journal of International Law*, 13(5), 1241–1255. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1241>
- LABONTE, Melissa (2016) - “R2P’s status as a norm”; cap.8 em *Oxford Handbook Responsibility to Protect*
- LESAFFRE, Hubert (2010) “Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Countermeasures” in *The Law of International Responsibility*, Cap.33.2, Oxford : Oxford University

- Levy, A. (2019). *Rohingya in Myanmar : the United Nations ' Failure to Enforce Violations of Crimes Against Humanity and Genocide*. 51, 321–343.
- LOPES, José Alberto (2003) - “Entre Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros” col. Gabinete de estudos internacionais, Porto: Publicações Universidade Católica – Porto
- LOPES, José Alberto (2020) “Uso da Força e Direito Internacional” in *Regimes Jurídicos Internacionais*; Vol. I; Porto: Universidade Católica
- MACHADO, Jónatas E. M.(2013) - “*Direito internacional : do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*” 4ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 2013
- MORRIS, Justin ; WHEELER, Nicholas J. (2016) - “The responsibility not to veto: A Responsibility too Far?”- Cap.13 em Oxford Handbook Responsibility to Protect
- NOLLKAEMPER, André (2015) - “Failures to Protect in International Law” Em The Oxford Handbook of the Use of force in International Law, cap.20, Oxford University
- ORFORD, Anne (2011) - “International Authority and the Responsibility to Protect”- Cambridge University Press, Fevereiro 2011
- PATTISON, James (2010) -“Humanitarian Intervention and the Responsibility To Protect: Who Should Intervene?” Oxford University Press
- PAYANDEH, Mehrdad - “With Great Power Comes Great Responsibility? The Concept of the Responsibility To Protect Within the Process of International Lawmaking”, 35 Yale J. Int'l L. (2010).
- RODLEY, Nigel (2015) - “Humanitarian Intervention” in *The Oxford Handbook of the Use of force in International Law*, cap.20, Oxford University
- Sicilianos, L. (2002). “The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility” *European Journal of International Law*, 13(5), 1127–1145. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1127>
- SCOBIE, I. (2002). “The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law.” *European Journal of International Law*, 13(5), 1201–1220. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1201>
- TAMS, C.J. (2002) “Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State?” *European Journal of International Law* 13 (2002), 1161–1180
- TAVARES, Maria Isabel (2015) -“Guerra e Responsabilidade: A intervenção militar no Iraque em 2003”, Publicações Universidade Católica – Porto
- TAVARES, Maria Isabel (2020) “Responsabilidade Internacional dos Estados” in *Regimes Jurídicos Internacionais*; Vol. I; Porto: Universidade Católica

- TRINDADE, C. (2005) “Jus Cogens: the Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law”. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law*, 336–346.
- TZENG, P. (2017) - Humanitarian intervention at the margins: An examination of recent incidents. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 50(2), 415–462. <https://heinonline.org/HOL/License>
- VAURS-CHAUMETTE, Anne-Laure (2010)- “The International Community as a Whole” in *The law of international responsibility*, Cap.70, Oxford : Oxford University
- VILLALPANDO, S. (2010) – “The legal Dimension of the international community: How community interests are protected in international law” *European Journal of International Law*, 21(2), 387–419. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq038>
- WELSH, J. M. (2019)- “Norm Robustness and the Responsibility to Protect. *Journal of Global Security Studies*”, 4(1), 53–72. <https://doi.org/10.1093/jogss/ogy045>
- ZYBERI, Gentian (2012) “The Responsibility to Protect Through the International Court of Justice” em *The Responsibility to Protect and the Obligation of States and Organisations under the Law of International Responsibility* in Responsibility to Protect: From principle to Practice, : Edited by Julia Hoffmann e André Nollkaemper

Jurisprudência citada :

Tribunal Internacional Justiça

- TIJ, Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Gâmbia c. Myanmar, Queixa e Pedido de Medidas Provisórias, 11 Novembro 2019~
- TIJ, Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Gâmbia c. Myanmar, Queixa e Pedido de Medidas Provisórias,

Acórdãos

- Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos América), acórdão, 27 Junho 1986
- Iraão vs EUA 2003- Plataformas Petrolíferas
- TIJ, Barcelona Traction, Light and Power Company, 1970 §34
- Plataformas Petrolíferas- Iraão v U.S. 2003

Pareceres Consultivos

- Legality of the use of nuclear weapons advisory opinion 1996 ICJ

Outros:

Verbatim record 2019/18

Verbatim record 2019/19

Verbatim record 2019/20

Verbatim record 2019/21

[Shannon Raj Singh](http://opiniojuris.org/2020/01/29/standing-on-shared-values-the-icjs-myanmar-decision-and-its-implications-for-atrocity-prevention/)- “Standing on “Shared Values”: The ICJ’s Myanmar Decision and its Implications for Atrocity Prevention” <http://opiniojuris.org/2020/01/29/standing-on-shared-values-the-icjs-myanmar-decision-and-its-implications-for-atrocity-prevention/>

John Heieck, “Rohingya Symposium: Judicial Intervention and the Duty to Prevent Genocide in the Rohingya Genocide Case–The Role of Obligatio Erga Omnes and Nouvelle Protection Diplomatique”- <http://opiniojuris.org/2020/08/25/rohingya-symposium-judicial-intervention-and-the-duty-to-prevent-genocide-in-the-rohingya-genocide-case-the-role-of-obligatio-erga-omnes-and-nouvelle-protection-diplomatique/>

Michael A Becker- “The Situation of the Rohingya: Is there a role for the International Court of Justice?” 14 Novembro 2018 -<https://www.ejiltalk.org/the-situation-of-the-rohingya-is-there-a-role-for-the-international-court-of-justice/>

Opinião Separada

Juiz Cançado Trindade

Juiz XUE