

Luiza Zuanazzi França

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELA
VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO DE DANOS
TRANSFRONTEIRIÇOS**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito, na Área de
Concentração Direito e Relações
Internacionais
Orientadora: Prof^a. Dr.^a Cristiane
Derani

Florianópolis
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

França, Luiza Zuanazzi

A responsabilidade internacional do Estado pela violação
da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços / Luiza
Zuanazzi França ; orientadora, Cristiane Derani -
Florianópolis, SC, 2014.

151 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Responsabilidade Internacional. 3.
Prevenção de danos transfronteiriços. 4. Fato ilícito. 5.
ARSIWA. I. Derani, Cristiane . II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

*Aos meus queridos pais, porque na
dedicatória todo o amor do mundo
resolve se exibir numa só frase.*

AGRADECIMENTOS

Há vinte e quatro meses eu iniciava uma jornada de descobertas acadêmicas e pessoais, profundamente enriquecida pelo acréscimo ao meu convívio de colegas insubstituíveis e pela presença de professores que souberam dosar de forma única o compartilhamento do conhecimento e o incentivo a esta busca de forma autônoma. O período do mestrado, apesar das dificuldades, foi especialmente gratificante em razão das pessoas às quais dedico às próximas linhas.

À minha orientadora, Cristiane Derani, agradeço especialmente a compreensão por aceitar continuar a orientação à distância quando desafios profissionais me afastaram de Florianópolis. O seu apoio, incentivo e liberdade foram fundamentais para que este trabalho pudesse sair do espectro das ideias e tomar forma no papel. Ainda, coube a ela conceder-me a primeira oportunidade de lecionar para a graduação, quando atuei como sua assistente, embora sempre aluna. Agradeço também pela oportunidade única com a qual presenteou a todos os seus orientandos quando estabeleceu um grupo de estudos pautado não apenas na busca pelo conhecimento, mas na criação de laços de amizade que perdurarão após o fim de nossas pesquisas.

Meus agradecimentos sinceros aos professores Arno Dal Ri Junior e Luiz Otávio Pimentel, os quais, ao participarem da qualificação do projeto desta dissertação, realizaram apontamentos precisos que me permitiram reconhecer deficiências ao mesmo tempo que motivaram minhas reflexões acadêmicas.

Agradeço de forma especial aos professores Arno Dal Ri Junior, Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Ricardo Soares Stersi dos Santos, pela participação nesta banca, cujo convite padeceu da falta de tempo tão tradicionalmente relacionada aos prazos, com os quais, admito humildemente, continuo a luta.

Aos professores do PPGD, funcionários e bolsistas que tornam o curso um local não apenas de formação acadêmica, mas viabilizam uma oportunidade singular de somar conhecimento à presença de pessoas especiais.

Agradeço também à Capes e à ALESC, pelo financiamento proporcionado no primeiro ano do mestrado, sem o qual a conclusão do curso não seria possível.

Aos amigos, o agradecimento não pode ser feito nominalmente, porque a memória cansada certamente há de me trair, e foram muitos os que estiveram comigo nesta caminhada. No entanto, há aqueles cuja ausência de destaque seria traição maior.

Aos colegas do Grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional (EMAE), meus agradecimentos pelas oportunidades especiais de convívio acadêmico e pessoal, em especial à Patrícia G. Noschang (querida conterrânea), Lígia Vieira (sempre disposta a dividir as alegrias e a ouvir minhas frustrações) e Kelly Schaper (à grande responsável por eu não perder absolutamente todos os prazos desde que me afastei de Florianópolis, meu carinho eterno!).

E o que dizer das amigas que, compartilhando nada ou muito pouco dos interesses nas pesquisas foram pequenos anjinhos, iluminando o caminho de uma travessia já meio sôfrega? Agradeço à Camila Dabrowski, que com seu jeito de moleca me conquistou desde o primeiro momento, sendo uma companheira especial, mesmo quando a distância se instalou.

Às queridas amigas Aline, Cláudia, Juliana, Kelly, Luíse e Louise, a minha profunda gratidão pela amizade extraordinária, mesmo quando a distância e os compromissos nos privam de encontros mais frequentes.

Meu agradecimento também à mais do que amiga, à eterna orientadora Cecília Caballero, por se fazer presente e sempre disposta a aconselhar, tornando o meu caminho mais fácil e, se não, ao menos mais rico e divertido.

À querida Renata Vargas Amaral, que incentivou da melhor forma possível este trabalho, fornecendo material acadêmico e dividindo uma amizade sincera que sobrevive a base de telefonemas e facebook.

À minha irmã Vanessa e ao meu irmão André o reconhecimento também se mostra necessário, assim como o é a toda a minha família.

Finalmente, e de forma mais especialmente pessoal, agradeço aos meus pais, Alceu e Égide, companheiros inabaláveis nas dificuldades e nas conquistas, nos momentos de imensa alegria e naqueles em que mais sinto pela distância que nos separa. Se há mérito, ele é de vocês.

O último agradecimento é fundamental e se dirige à pessoa que mais apoio deu para que este mestrado fosse iniciado e, sem dúvida, a que mais incentivou a sua conclusão. Certamente, não existe espaço para o tamanho da minha gratidão pela tua companhia nesse percurso, Danilo. Mas o meu coração, contrariando todas as possibilidades, não cansa de encontrar mais espaço para ti. Obrigada.

Basically, we all cherish tranquility. For example, when spring comes, the days grow longer, there is more sunshine, the grass and trees come alive and everything is fresh. People feel happy. In autumn, one leaf falls, then another, then all the beautiful flowers die until we are surrounded by bare-naked plants. We do not feel so joyful. Why is this? Because deep down, we desire constructive, fruitful growth and dislike things collapsing, dying or being destroyed. Every destructive action goes against our basic nature; building, being constructive, is the human way.

(Dalai Lama, Eco-92)

RESUMO

A ameaça de grandes catástrofes ambientais não respeita fronteiras territoriais. Cada Estado precisa regular diligentemente as atividades econômicas potencialmente perigosas realizadas em seu território, caso contrário, põe em jogo a integridade de seus vizinhos e da própria comunidade internacional. Por essa razão, é fundamental que o direito internacional ofereça mecanismos aptos a pressionar os Estados a tomar as medidas cabíveis para mitigar o risco atrelado à execução de certas atividades. A presente dissertação sustenta que a violação da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços sujeita o Estado infrator ao regime de responsabilidade internacional regido pelo Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Fato Internacionalmente Ilícito (ARSIWA), da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Primeiramente, levantam-se os fundamentos do tópico da Responsabilidade Internacional dos Estados na forma dos trabalhos da Comissão, estabelecendo a base teórica daquele, sem a qual não seria possível identificar a responsabilidade do Estado independentemente da ocorrência do dano. No segundo capítulo, são avaliados os aspectos centrais de uma teoria geral do dever de prevenção no âmbito internacional. Dá-se especial importância à obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços, consubstanciada como um mecanismo composto por diversas normas procedimentais com o intuito de mitigar os riscos à integridade do meio ambiente gerados por atividades econômicas perigosas. Por fim, este trabalho enfrenta algumas objeções à aplicabilidade do regime da responsabilidade do Estado por violação do dever de prevenção, em especial, o argumento de que essa seria uma obrigação de resultado, e não de conduta. Conclui-se que o ARSIWA institui de forma eficaz um regime de responsabilidade do Estado pela violação da obrigação de prevenção do dano transfronteiriço, consubstanciada pela ausência de *due diligence*. Considerando que o padrão de cumprimento da norma é estabelecido por uma obrigação de conduta, verifica-se que a violação independe da efetiva ocorrência do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade. Prevenção. Fato ilícito.

ABSTRACT

The threat of massive environmental disasters does not respect national borders. Every State must carefully regulate hazardous activities executed in its territory, otherwise, the integrity of its neighbors and of the international community is at stake. For this reason, it is essential to identify the mechanisms provided by international law that are able to persuade States in taking appropriate risk-mitigation measures. This thesis argues that the violation of the international obligation to prevent transboundary harm is likely to trigger the application of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, of the United Nations International Law Commission. First, the theoretical fundamentals of the topic of State International Responsibility are analyzed, allowing, therefore, to identify responsibility even in the absence of damage. The second chapter will study the roots of the prevention obligation, with special attention to the prevention of transboundary damage arising from hazardous activities. The duty to prevent will be understood as a due diligence obligation, demanding the fulfillment of procedural duties related to the conduct expected from a diligent State. At last, the third chapter addresses some objections to applying a State responsibility regime for a breach of the prevention obligation, refuting the conception that it would be an obligation of result, instead of an obligation of conduct. It is concluded that the breach of the obligation to prevent transboundary damage is linked to a lack of due diligence, thus it is an obligation of conduct, which entails the State responsibility for an internationally wrongful act, irrespective of the occurrence of loss or damage.

Keywords: Responsibility. Liability. Prevention. Wrongful Act.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARSIWA – Articles on Responsibility of the States for Internationally Wrongful Acts (ing.) e Artigos em Responsabilidade dos Estados por Fatos Internacionalmente Ilícitos

ICJ – International Court of Justice (ing.) e Corte Internacional de Justiça

ILC – International Law Commission (ing.) e Comissão de Direito Internacional

UN – United Nations (ing.) e Organização das Nações Unidas

UNECE – United Nations Economic Commission for Europe e Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa

UNEP – United Nations Environmental Programme (ing.) e Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

UNGA – United Nations General Assembly (ing.) e Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas

UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea (ing.) e Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	19
2 ESTABELECENDO AS BASES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS	27
2.1 Considerações históricas sobre a noção de Responsabilidade Internacional	28
2.1.1 Desenvolvimento do conceito na Modernidade	29
2.1.2 Teóricos do século XX.....	33
2.2 O trabalho da ILC no tópico da Responsabilidade Internacional do Estado por Fato Ilícito	43
2.2.1 Precursores da ILC.....	43
2.2.2 Primeiros anos da ILC	45
2.2.3 Relatoria de Roberto Ago	49
2.2.4 O Projeto de Artigos	56
3 A OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL.....	61
3.1 Obrigação Ambiental Internacional	62
3.1.1 A tomada de consciência do problema pela comunidade internacional	63
3.1.2 Os princípios gerais de direito ambiental internacional	65
3.1.3 Outras fontes de obrigações internacionais	68
3.1.4 Implementação das obrigações ambientais internacionais	71
3.2 A obrigação de prevenção de danos transfronteiriços	75
3.2.1 O papel do risco na obrigação de prevenção.....	76
3.2.2 Prevenção e <i>due diligence</i>	77
3.2.3 O conteúdo da obrigação	80
3.2.4 As medidas instrumentais	82
3.3 Prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas: o trabalho da ILC	92
3.3.1 A confusão terminológica: <i>liability</i> ou <i>responsibility</i> ?	92
3.3.2 Os fundamentos do tópico na ILC	94
3.3.3 Os projetos de codificação	97

4 A VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO	105
4.1 O descumprimento da obrigação de prevenção	106
4.1.1 Obrigação de conduta e obrigação de resultado para a ILC	106
4.1.2 O entendimento da civil law das obrigações de conduta e de resultado	108
4.1.3 Prevenção no ARSIWA: obrigação de conduta ou de resultado? ...	110
4.1.4 Prevenção, <i>due diligence</i> e a violação de uma obrigação de conduta	114
4.2 O regime de responsabilidade internacional aplicável	119
4.2.1 A responsabilidade pela compensação do dano	120
4.2.2 Responsabilidade do Estado em matéria ambiental e o ARSIWA..	122
4.2.3 Responsabilidade pela violação da obrigação de prevenção e do padrão de <i>due diligence</i>	128
5 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS	143

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a discussão a respeito das normas de prevenção de danos transfronteiriços voltou a figurar entre os assuntos mais espinhosos do direito internacional. Em abril de 2010 a empresa *British Petroleum* foi responsável pelo maior derramamento de óleo cru no mar que se tem notícia, quando a plataforma de extração *Deepwater Horizon* explodiu e submergiu, matando onze trabalhadores e lançando quase 5 milhões de barris no Golfo do México e afetando diversos países. Em outubro do mesmo ano, uma empresa húngara especializada na produção de alumínio e derivados foi responsável por um desastre ambiental que levou uma onda de lama tóxica até o Rio Danúbio, afetando os oito países por ele banhados e provocando diretamente a morte de sete pessoas.

O ano de 2010 ainda testemunhou o julgamento do primeiro grande caso da Corte Internacional de Justiça sobre matéria ambiental, relacionado justamente à poluição transfronteiriça. O caso das Papeleiras do Rio Uruguai representou avanço significativo em relação ao reconhecimento de diversas obrigações internacionais, entre as quais pode ser citada a obrigação dos Estados de realizar avaliações de impacto ambiental antes de iniciarem atividades que possam trazer riscos ao meio ambiente transfronteiriço.

Diante deste quadro, a tarefa de estabelecer um controle legal internacional sobre as atividades que afetam adversamente o meio ambiente ou que possuam potencial para tanto é especialmente relevante e urgente. A realidade dos danos ambientais que não respeitam fronteiras nacionais, o reconhecimento da interdependência ecológica entre ecossistemas e as implicações internacionais de assuntos que anteriormente eram considerados exclusivamente de jurisdição interna a cada Estado são algumas das condições que contribuíram para a emergência do direito internacional como a esfera ideal para regulamentações ambientais de caráter geral. Ademais, muitas das consequências dos desastres ambientais apenas podem ser resolvidas no foro internacional, eis que envolvem questões bilaterais, sub-regionais, regionais e globais.

Em novembro de 2010 um outro caso envolvendo matéria ambiental foi levado à Corte, desta vez pela Costa Rica, a qual alega que a Nicarágua seria responsável pela ocorrência de danos transfronteiriços relacionados à construção de uma estrada na fronteira entre os dois países. O caso está pendente de análise, mas devido à própria dinamicidade do Direito e a rápida evolução do direito ambiental

internacional é possível que seu julgamento estabeleça rumos ainda mais inovadores para a proteção do meio ambiente.

As questões relacionadas à prevenção de danos transfronteiriços ressurgem na velocidade destes impactos ambientais. A obrigação geral que proíbe um Estado de utilizar o seu território de maneira a causar danos para além de sua jurisdição, afetando outros Estados, é afirmada ainda no caso *Trail Smelter*, sendo posteriormente desenvolvida até o ponto de ser reconhecido que pode ser violada por omissão e que se trata de uma obrigação fundamentalmente ambiental. Por esta razão, para além do dever de não causar dano ambiental transfronteiriço existe a obrigação de prevenir que este evento ocorra.

O caráter ambiental da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços traz consigo a concepção de que esta não é apenas uma norma para compensar os danos que possam ocorrer. Trata-se de uma obrigação cuja finalidade é proteger o meio ambiente de consequências prejudiciais, o que presume a adoção de medidas e instrumentos para evitar a ocorrência do dano. Identifica-se, assim, uma obrigação com caráter de melhores esforços, de agir dentro do máximo de cuidado e diligência para prevenir a ocorrência do dano ambiental. Ao mesmo tempo, prevenir o dano está diretamente relacionado à tarefa de mitigar os riscos das atividades que possam afetar de forma adversa o meio ambiente.

A prevenção dos danos transfronteiriços está, pois, intimamente relacionada às atividades que representem risco de dano. Quando o dano é uma realidade e não um risco a atividade é ilegal, considerando justamente a proibição de causar danos a outros Estados. No entanto, existem atividades que possuem um potencial de dano que pode ser diminuído com a adoção de medidas específicas. Estas atividades se encontram numa zona de penumbra entre o lícito e o ilícito, e só são aceitas porque possuem um benefício social ou econômico que, ao ser cotejado com os riscos de dano na sua forma mitigada, é considerado aceitável. Pela sua própria natureza, portanto, as atividades perigosas só são aceitáveis porque existe a possibilidade de diminuir os riscos do evento danoso ocorrer.

Como consequência, a questão que se coloca é justamente a de saber como se dá a responsabilização internacional de um Estado quando esse descumpra com a obrigação de prevenção. Se o Estado é soberano, mas esse atributo tem um limitador na responsabilidade internacional, existe a possibilidade não só de demandar a reparação dos danos causados, mas de evitar que os danos ocorram.

Isto é, por meio da responsabilidade internacional do Estado, deste direito de resposta a uma violação jurídica, entende-se viável estabelecer um sistema de cumprimento forçado de obrigações, inclusive da obrigação de prevenção. A hipótese do presente trabalho é a de que o regime de responsabilidade nos casos de descumprimento de uma obrigação de direito internacional é aplicável quando a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços não é observada. Partindo do pressuposto de que, em matéria ambiental, a reparação do dano frequentemente não é possível, o objetivo principal será o de analisar se o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pela violação da obrigação de prevenção antes mesmo do dano ambiental se instalar, tendo como premissa menor que a prevenção é uma obrigação que pode ser descumprida independentemente do dano ocorrer.

Para analisar tal proposição, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro deles aborda a questão da responsabilidade internacional do Estado como um instituto autônomo dentro do direito internacional, estabelecendo ainda o referencial teórico a ser utilizado ao longo do trabalho. O segundo capítulo estabelece o conteúdo da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços e dispõe sobre a sua relação com outras obrigações de direito ambiental internacional, chamadas de instrumentais ou procedimentais. Na sequência, analisa-se a forma pela qual ocorre o cumprimento e o descumprimento da referida obrigação de prevenção, possibilitando, assim, chegar ao ponto nevrálgico do trabalho, onde são estabelecidos os tipos de responsabilidade aplicáveis no caso do descumprimento.

Inicialmente, apresenta-se como a questão da responsabilidade internacional do Estado intrigou a doutrina, a jurisprudência e a prática dos Estados de forma contínua desde que o direito internacional despontou como ramo autônomo do direito. São levantadas algumas tentativas de estabelecer o conteúdo e a natureza da responsabilidade do Estado em âmbito internacional, demonstrando que aquelas produziram uma literatura considerável, tanto em quantidade como na diversidade de abordagens. Da concepção da responsabilidade do Estado no início da Modernidade até as primeiras tentativas de codificação do tema, as mais variadas teorias foram estabelecidas.

Foi justamente esta indefinição do escopo da matéria que levou o tópico a ser estudado pelo órgão responsável dentro do sistema da Organização das Nações Unidas pela codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional – a Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission* – ILC). O trabalho da Comissão iniciou de forma lenta e gradualmente foi ganhando maior

espaço. O objetivo era a produção de um projeto de artigos que pudesse ser enviado para a apreciação da Assembléia Geral das Nações Unidas para ser adotado como uma convenção geral regulando a matéria. As teorias sobre responsabilidade dos Estados eram variadas e somente quando o tópico passou a ser compreendido como um esforço para codificar as regras gerais que pudessem ser aplicadas para regular as consequências do descumprimento das obrigações dos Estados é que uma teoria específica despontou nos trabalhos.

Este feito, o de estabelecer a teoria que serviria de base aos trabalhos da Comissão, pode ser atribuído ao italiano Roberto Ago. Inicialmente como presidente do sub-comitê encarregado de estabelecer o escopo do tópico e, posteriormente, já eleito como Relator Especial, Ago influenciou diretamente a forma pela qual entende-se a responsabilidade dos Estados na atualidade. Para isso o doutrinador amparou-se em uma escola de pensamento rastreável a vários compatriotas seus, dentre os quais se encontra Anzilotti. A escola italiana do direito internacional forneceu diversos fundamentos para a teoria que seria adotada pelo tópico dentro da ILC, mas é indene de dúvidas que Ago imprimiu nos trabalhos o seu próprio ritmo e visões bastante pessoais.

No entanto, a responsabilidade internacional dos Estados não seria um tópico erigido por um único homem. Durante os trabalhos foram diversos os Relatores Especiais indicados, culminando com James Crawford, sob cuja relatoria o Projeto de Artigos seria finalmente aprovado e encaminhado às instâncias superiores. A tarefa de criar um documento que fosse aprovado por um grupo de doutrinadores que variou de vinte e cinco (até 1981) a trinta e quatro membros de distintas nacionalidades é, sem dúvida, hercúlea e demandou grande esforço político. Ainda que o objetivo inicial de transformar o Projeto em uma Convenção sobre a matéria não tenha sido atingido até o momento, as constantes menções ao Projeto de Artigos realizadas pelas cortes internacionais, em especial pela Corte Internacional de Justiça, são prova da sua importância.

Para esta dissertação, contudo, o Projeto de Artigos vai além, tornando-se seu verdadeiro marco teórico. Isto porque a preocupação com a matéria ambiental é aqui o foco principal e o trabalho executado pela ILC despontou como a lente ideal para estudar a possibilidade de responsabilizar internacionalmente um Estado pelo descumprimento de um dever de prevenção antes da ocorrência de dano. A razão fundamental para a escolha dos trabalhos do Projeto não está, assim, na sua abrangência global. De fato, esta é uma realidade importante, que

apenas vem a acrescentar à escolha. A justificativa reside na teoria da responsabilidade absoluta que foi adotada pela Comissão, estabelecendo a responsabilidade do Estado independentemente do dano, apenas requerendo a comprovação do descumprimento de uma obrigação internacional a atribuição deste descumprimento ser imputável ao Estado.

Tendo por base o interesse de identificar na responsabilidade do Estado uma obrigação que hipoteticamente prescinde do dano, a teoria adotada pela Comissão de Direito Internacional pareceu ser a mais adequada.

A tarefa seguinte, iniciada no segundo capítulo deste trabalho, é a de identificar a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços como uma obrigação internacional. Nesse sentido, se estabelece a origem das obrigações internacionais e o seu conteúdo e forma de implementação. Posteriormente, são trazidos elementos para compreender a natureza da norma de prevenção, seu conteúdo e as formas pelas quais a obrigação é implementada. Assim que esta etapa é ultrapassada, o trabalho ocupa-se de responder a uma premissa menor, qual seja, a de que a obrigação de prevenção pode ser descumprida independentemente da ocorrência do dano. Para sustentar esta afirmação é preciso identificar se a obrigação de prevenção é do tipo de conduta ou de resultado, e se está relacionada a um padrão de devido cuidado ou não, o que também é feito neste capítulo.

Analisa-se neste mesmo capítulo o trabalho da ILC em outro tópico relacionado à responsabilidade internacional, desse turno fundado na responsabilidade com origem em atos ou atividades lícitas. O viés marcadamente ambiental do tópico foi o responsável pela criação de dois projetos de codificação especialmente relevantes para a obrigação de prevenção do dano transfronteiriço. O primeiro deles é o Projeto de Artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços Derivados de Atividades Perigosas, que estabelece as normas gerais que caracterizam e regulam a própria obrigação de prevenção. O segundo é o Projeto de Princípios na Alocação de Prejuízos em Caso de Dano Transfronteiriço Derivado de Atividades Perigosas, que se ocupa com a compensação dos danos já ocorridos mesmo quando não existe nenhum ilícito.

Um sistema de responsabilidade pelo dever de prevenção pode gerar uma situação peculiar. O dever de prevenção, entendido como a norma que impele os Estados e operadores a adotarem medidas que afastem ou diminuam uma ameaça ao meio ambiente, é conceitualmente distinto do dever de reparar e ressarcir eventuais danos. Por causa dessa distinção, é presumível que a resposta da comunidade internacional a

uma violação do primeiro dever não afaste sua pretensão em relação ao segundo.

Pensar num regime de responsabilidade internacional envolve lidar com controvérsias políticas e teóricas difíceis de resolver. As décadas de esforço da ILC para produzir um corpo coerente e abrangente de normas de responsabilidade são indício dessa sua característica.

Considerando a hipótese de que a prevenção é uma obrigação que pode ser descumprida ainda que o evento que deve prevenir não ocorra, os Projetos da ILC que enveredam na temática da responsabilidade ambiental não seriam, assim, suficientes para solucionar o problema. Isto porque o Projeto de Princípios pressupõe a existência do dano, enquanto o Projeto de Artigos em Prevenção somente estabelece diretrizes para o cumprimento da obrigação de prevenção, nada dizendo, contudo, em relação ao seu descumprimento.

No último capítulo, analisa-se de forma mais profunda a forma pela qual ocorre a violação da obrigação em comento, estabelecendo como parâmetro para análise o Projeto de Artigos sobre Prevenção e também o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Fatos Internacionamente Ilícitos. Enquanto o primeiro tem uma direção claramente ambiental, o mesmo não ocorre com o segundo. Por esta razão é que são levantados diversos argumentos para destacar a possibilidade de aplicar este último Projeto à temática do direito ambiental. Mais especificamente, analisa-se como o Projeto pode se relacionar com o dever de prevenção.

A concepção da natureza da obrigação de prevenção do ponto de vista do Projeto de Artigos de Responsabilidade é analisada pormenorizadamente, com amparo nos trabalhos da ILC nos dois tópicos estudados e em doutrinadores especializados na matéria, tal como Dupuy. Por fim, uma vez que se estabelece a possibilidade de aplicar os três projetos de codificação da ILC para a questão da prevenção, procura-se responder à hipótese inicial.

Nesse sentido, o esforço final é o de estabelecer que o Projeto de Princípios para a alocação do dano será adequado quando houver dano – independente de ter havido ou não o descumprimento da norma de prevenção. Já o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por fato ilícito será aplicável quando a obrigação de prevenção não for observada, entendendo-se esta como uma norma de conduta sobre a qual, conseqüentemente, não se questiona o resultado. Assim, o Estado pode vir a ser responsabilizado pelo descumprimento do dever de

prevenção mesmo quando o evento que deve ser prevenido – neste caso, o dano transfronteiriço – não tenha ocorrido.

O estudo do tema proposto justifica-se pela importância de prevenir de todas as formas possíveis que o dano ambiental se instale. Isto porque, como já mencionado, o dano ambiental frequentemente não pode ser adequadamente reparado, sendo que muitas vezes existe grande dificuldade até mesmo em mensurar o dano que já ocorreu e compreender as suas consequências. É neste contexto de necessidade de antecipar-se ao problema que a prevenção está inserida. Como conseqüente, é na urgente tarefa de identificar os meios cabíveis para possibilitar que a prevenção atinja o objetivo de proteger e preservar o meio ambiente que este trabalho está ancorado.

Por ter identificado no direito internacional a esfera ideal para regulamentações ambientais de caráter geral e reconhecer que o direito internacional ambiental expande-se como resposta aos desafios ambientais é que a obrigação de prevenção dos danos transfronteiriços foi estudada à luz da responsabilidade internacional do Estado.

2 ESTABELECENDO AS BASES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

A responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos, e até mesmo a responsabilidade com origem em atos ou atividades lícitas, não é tema recente no direito internacional, como se verá na sequência. A responsabilidade internacional é um instituto consuetudinário que possibilita um direito de resposta em face da violação de um dever jurídico. Este instituto chega a ser descrito como “o corolário do direito internacional, a melhor prova de sua existência e a medida mais crível de sua eficácia¹”.

Enquanto expõe o aumento diário das relações sociais, econômicas, políticas e de cooperação entre Estados, a crescente interdependência dos países reforça também a necessidade de flexibilização da noção westfaliana de soberania. Não obstante os benefícios do emaranhado de conexões que hoje existem em âmbito mundial, estas relações tornam ainda mais complexa a responsabilidade dos países, uns perante os outros e diante a comunidade internacional. A proteção ao meio ambiente e aos ecossistemas integrados que podem ser compartilhados por diversos países ao mesmo tempo é matéria recente, mas não menos desafiadora. Neste contexto, o entendimento da responsabilidade do Estado na esfera internacional como “o epicentro de um sistema jurídico”², manifestação de Pierre Dupuy há quase 30 anos, continua atual.

A relevância da temática é o que levou o tópico da responsabilidade internacional a ser incluído nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU (*International Law Commission – ILC*), cujos projetos servem de norte a este trabalho. A ILC tem papel fundamental no desenvolvimento do direito internacional e neste capítulo, as suas considerações e contribuições a respeito da responsabilidade internacional dos Estados são levantadas. O aporte teórico utilizado pela Comissão para interpretar conceitos-chave relacionados ao tema também será estudado, remetendo-se principalmente aos trabalhos do Professor Roberto Ago, Relator

¹ PELLET, 2010, p.3. Tradução livre de: “*responsibility is the corollary of international law, the best proof of its existence and the most credible measure of its effectiveness.*”

² DUPUY, 1984, p. 21. Livre tradução de: “*La responsabilité constitue l'épicentre d'un système juridique*”.

responsável pela primeira versão do projeto de artigos apresentado pela ILC em 1996.

Considerando que este trabalho versa sobre a responsabilidade internacional em matéria ambiental, os três projetos de artigos sobre responsabilidade confeccionados pela Comissão serão apreciados sob o aspecto de seus avanços para essa temática. Portanto, ainda que os projetos estejam na esfera geral do direito internacional público, o enfoque será dado às prescrições que tenham desdobramentos diretos no direito ambiental internacional e na prevenção de danos transfronteiriços.

2.1 Considerações históricas sobre a noção de Responsabilidade Internacional

Segundo as palavras de Paul Reuter, a responsabilidade está no coração do direito internacional, constituindo uma parcela essencial do que pode ser considerada a Constituição da comunidade internacional³. Partindo desta visão, é válido afirmar que o tema esteve presente ainda nos escritos mais incipientes de direito internacional. É inegável, contudo, que a ideia de responsabilidade internacional se tornou mais complexa e diversificada com o tempo, um reflexo direto do desenvolvimento da própria comunidade internacional.

A responsabilidade internacional dos Estados é um dos pilares das relações de direito internacional entre estes sujeitos⁴. Desde a formação do Estado moderno e do reconhecimento da igualdade soberana dos Estados, atingido pela Paz de Westfália em 1648, é com grande dificuldade que estes atores assimilam as suas obrigações de direito internacional e, como consequência, a responsabilidade que têm com os outros Estados e com a própria comunidade internacional.

O reconhecimento da soberania dos Estados implicou, além da proibição de intromissão em assuntos internos de outros países, a limitação na liberdade de ação na sociedade internacional. Estas restrições ocorrem em função da coexistência de muitos outros Estados que são sujeitos de direitos e obrigações equivalentes.

³ REUTER, *apud* PELLET, 2010, p.3.

⁴ Pellet define a responsabilidade internacional como um meio de provar a própria existência do direito internacional. No original: “...*responsibility has profoundly evolved together with international law itself: responsibility is the corollary of international law, the best proof of its existence and the most credible measure of its effectiveness.*”

Por um longo período, a responsabilidade internacional foi abordada apenas de forma incidental pela doutrina internacionalista. Os autores dedicavam-se a estudos relacionados a áreas específicas do direito internacional e, por conseguinte, seus estudos em responsabilidade davam-se também de maneira *ad hoc*. Geralmente, o objetivo era apenas identificar os mecanismos que permitiriam aos Estados reivindicar seus direitos, principalmente por meio de represálias e guerras. A responsabilidade internacional só veio a ser analisada como instituto jurídico autônomo no final do século XIX, sendo que neste período o Estado era o único ator reconhecido das relações internacionais.⁵

Até os dias atuais, os Estados permanecem como os principais atores do direito e das relações internacionais, e é a partir da vontade estatal que grande parte das normas internacionais, consuetudinárias ou convencionais, são postas em prática. Na ausência de uma entidade suprema, supraestatal, o respeito ao princípio da responsabilidade internacional tem especial importância. É por ele que se estabelece e garante (ou procura garantir) a igualdade soberana dos Estados, sobretudo quando há quebra de uma obrigação de direito internacional.

2.1.1 Desenvolvimento do conceito na Modernidade

Antes dos estudos do século XIX, outros internacionalistas analisaram a responsabilidade internacional, ainda que não sob o ponto de vista de uma categoria jurídica. Em poucas palavras, James Crawford resume o histórico do instituto no início da Modernidade, destacando características de diversos autores. Entre eles, Francisco de Vitória (1483 – 1546), Francisco Suárez (1548 – 1617), Jean Bodin (1530 – 1596), os quais, para aquele autor, tiveram como tendência marcante o viés teológico: o soberano não responderia a nenhuma autoridade temporal, somente a Deus⁶. Iniciando o rompimento com este

⁵ CRAWFORD, 2013, p. 3.

⁶ Para Bodin (Livro I, Capítulo VIII, 35) “*the prince is bound as much by the law of nations, but no more, than by any of his own enactments. If the law of nations is iniquitous in any respect, he can disallow it within his own kingdom, and forbid his subjects to observe it, as was done in France in regard to slavery. He can do the same in relation to any other of its provisions, so long as he does nothing against the law of God. If justice is the end of the law, the law the work of the prince, and the prince the image of God, it follows of necessity that the law of the prince should be modelled on the law of God*” (BODIN, 1955).

pensamento, Crawford cita Pierino Belli (1502 – 1575) e Alberico Gentili (1552 – 1608), que considerariam de forma mais detalhada a responsabilidade do soberano pelos erros dos súditos – e vice-versa. Hugo Grócio (1583 – 1645) é descrito como um intermediário entre a antiga e a atual noção de responsabilidade internacional. A mudança mais profunda no pensamento deste período inicial da idade moderna, segundo Crawford, viria mesmo com Richard Zouche (1590 – 1661) e Samuel Pufendorf (1632 – 1694), quando ideias preliminares a respeito da existência de obrigação e seu descumprimento passam a ser consideradas, ainda que de forma assistemática.⁷

Após a Paz de Westphalia, com a formação dos primeiros Estados modernos, as ideias de responsabilidade internacional e soberania destacaram-se como o eixo de todas as relações entre Estados no âmbito da comunidade internacional. A interação existente entre estes dois institutos é de mão dupla: a responsabilidade interage com a soberania, afetando sua definição, ao mesmo tempo em que a onipresença da soberania nas relações internacionais influencia na formação do próprio conceito de responsabilidade internacional⁸. Justamente neste período de formação do próprio direito internacional é que verificamos as primeiras lições acerca da responsabilidade internacional.

Em que pese ter seu trabalho duramente questionado por diversos internacionalistas, Belli realizou reflexões importantes a respeito da responsabilidade estatal, cuja origem pode ser remetida à sua experiência em matéria militar. O autor levantou questões como o tratamento cruel e a tortura a prisioneiros de guerra e o cabimento do repasse das indenizações de guerra aos súditos⁹. Embora seu trabalho tenha sido desacreditado como viciado por argumentos de autoridade e anedotas pessoais, seus apontamentos sobre a responsabilidade em tempo de guerra não devem ser ignorados de absoluto.

Como já se adiantou acima, no trabalho de Alberico Gentili é que a responsabilização dos Estados encontra algumas de suas primeiras linhas, ainda que este autor tenha forte influência do direito romano, marcadamente civilista. Vivendo na fronteira da Modernidade, Gentili mantém concepções de direito privado mesmo quando procura estabelecer regulações para o direito das gentes, o que não afasta o caráter inovador de suas lições. O italiano funda sua ideia de responsabilidade na teoria da culpa e do dolo, amparando-se ainda nos

⁷ CRAWFORD, 2013, p. 3-6.

⁸ PELLET, 2010, p.3

⁹ CRAWFORD, 2013, p.5.

fundamentos humanistas a respeito da guerra justa¹⁰, presentes também em São Tomás de Aquino. Ao dedicar-se à culpa como pressuposto da responsabilidade do Estado, Gentili aparece como precursor da teoria subjetiva no âmbito do direito internacional, que, posteriormente, será sistematizada por Hugo Grócio.

Enquanto o direito internacional não se estabeleceu como o direito capaz de regular as relações entre Estados, esta concepção civilista continuou a permear a compreensão dos institutos de natureza internacional. Para amparar esta evolução nos diálogos do que, posteriormente, viria a ser entendido como responsabilidade de Estado, é importante trazer também os ensinamentos de outros internacionalistas que seguiram os italianos.

Para Grócio, a partir de um dano causado com dolo ou culpa surge uma obrigação de direito natural de reparação – formulação esta que dominou a compreensão da responsabilidade internacional até muito recentemente. O autor ainda identifica o problema da responsabilidade por fato cometido por funcionários ou súditos, excluindo a possibilidade de responsabilização estatal sem que houvesse culpa atribuível ao Estado. Também afirmou que a responsabilidade somente poderia ser imputada quando o sujeito não houvesse tomado as medidas necessárias para prevenir ou reprimir o ato criminoso.¹¹

É irrefutável a contribuição grociana para a teoria subjetiva da responsabilidade, pautada na culpa, e que será levada também para a esfera do direito internacional. É justamente no período pós-grociano que as noções de obrigação internacional com origem no descumprimento de tratados e de outros atos ilícitos começam a ser consideradas de forma mais profunda, embora lenta e gradualmente. A esse respeito, importante salientar o trabalho de Zouche, que foi capaz de identificar ilícitos de Estado tanto em tempos de guerra como de paz, tendo ainda levantado questões como a imputabilidade de ações diretamente ao soberano e analisado as justificativas para quebras de obrigações internacionais.¹²

¹⁰ Ver: GENTILLI, 2004, p.39

¹¹ Essa ideia pode ser claramente observada, entre outras partes da obra, no capítulo XVII (*Do dano causado injustamente e da obrigação que disso decorra*), do Livro II da sua obra *O Direito da Guerra e da Paz*, em que Grócio afirma “que naturalmente ninguém é obrigado a nada pelo fato de seu animal ou seu navio ter causado danos, sem que tenha sido por culpa” (GROTIUS, 2005, p. 724).

¹² ZOUICHE, 1650, Parte I, parágrafos V, X e Parte II, parágrafo V, *apud* Crawford, 2013, p. 11.

Na evolução da responsabilidade estatal internacional no período pós-westphaliano, Pufendorf também tem papel importante, ainda que suas considerações possam parecer contraditórias à primeira vista. O autor rejeita o caráter normativo dos tratados, pois para ele não haveria direito positivo internacional, mas somente direito natural, do qual o primeiro retiraria sua força normativa. Os tratados não seriam nada mais do que contratos bilaterais ou multilaterais, regidos pelo direito civil. Contudo, isto não significaria que os Estados vivessem em anarquia, já que o direito natural invadiria todos os aspectos da vida, inclusive o direito dos povos. A grande contribuição de Pufendorf para a responsabilidade internacional advém, no entanto, de suas considerações sobre o conceito e o conteúdo das obrigações. Ao estabelecer que elas têm tanto origem em convenções ou pactos como nas próprias transgressões¹³, começa a semear a concepção de obrigações de caráter secundário.

Ainda na escola de direito natural, destaca-se a contribuição de Emerich de Vattel (1714-1767), para quem a obrigação de reparação é assimilada como uma consequência direta da ocorrência de dano e confunde-se com a responsabilidade, de forma quase a limitá-la¹⁴. O autor, assim como outros naturalistas, identifica a responsabilidade do Estado somente quando este incorrer em culpa ou dano. Mas, é inovador, ao identificar uma obrigação geral de não causar danos a outros Estados.

Para Roberto Ago¹⁵, Vattel é quem marca uma forte mudança de visão relativamente à doutrina grociana, no sentido de considerar como legítimo o direito à guerra e à retaliação apenas em nível bilateral¹⁶. De acordo com este último autor, a um Estado agir em benefício de terceiros, e não da própria nação e seus nacionais, seria como fazer o papel de juiz entre a nação e os estrangeiros envolvidos, o que nenhum poder soberano teria o direito de fazer¹⁷.

¹³ Seus estudos sobre as obrigações, na Definição 12 do Livro I da *Elementas*, é especialmente interessante para o direito internacional. Ver: PUFENDORF, 1994.

¹⁴ VATTEL, 2004, p. 221.

¹⁵ AGO, 1978, p. 270-285.

¹⁶ De acordo com Georg Nolte (2002, p. 1066), durante o século XIX, a concepção bilateral de Vattel foi adotada pela maioria dos autores até que recebesse um refinamento dado por Dionízio Anzilotti entre o final do século XIX e início do século XX, ainda que este último tenha continuado a defendendo a bilateralidade das relações e dos direitos gerados por elas.

¹⁷ VATTEL, 2004, p 222 e 242.

Vattel traz muitos de seus ensinamentos ancorados nos estudos do seu precursor, Christian Wolff (1679 – 1754), para quem “a quebra de um tratado é (...) uma violação do direito perfeito da parte com a qual foi contraído; e é um ato de injustiça contra ele (a parte)¹⁸”. Este último autor ainda se aproxima do moderno conceito de obrigação secundária, cuja origem se dá pela quebra de uma obrigação inicial, ao descrever que a partir de uma violação passa a pertencer à parte afetada um direito contra aquele que cometeu o ato. O Estado violador, então, adquire nova obrigação, a de realizar reparação à parte violada.¹⁹ E, se a obrigação do Estado ofensor era compensar o dano causado, também se discutia a aplicação de medidas para garantir a eficácia do sistema de reparação, inclusive mediante o uso de força²⁰.

A influência civilista na concepção do direito internacional acabou difundindo a ideia de que responsabilidade internacional se resumia a compensar eventuais danos causados e a analisar o fundamento subjetivo da conduta do agente, a fim de definir se havia dolo ou culpa na ação do Estado. Sob este panorama teórico é que surge o trabalho inovador de dois internacionalistas: Henrich Triepel (1868 – 1946) e Dionízio Anzilotti (1892 – 1937).

2.1.2 Teóricos do século XX

Roberto Ago, realizando sua análise histórica, relembra que o primeiro autor a trilhar caminho para que a culpa fosse afastada da noção de responsabilidade do Estado é Triepel. Este é quem apresentaria esta ruptura, em que pese sua doutrina a este respeito não ter sido muito bem recebida na época. O autor quebrou um paradigma ao afirmar que de um mesmo fato surgem duas responsabilidades distintas:

por um lado a obrigação de conceder reparação,
obrigação que, concordando de certa maneira com

¹⁸ Tradução livre do original “*the breach of a treaty is (...) a violation of the perfect right of the party with whom we have contracted; and this is an act of injustice against him*”. (WOLFF, 1934, p. 120).

¹⁹ No original: “*since a perfect right is acquired from treaties, he who violates a treaty violates a perfect right of the other party. Therefore, since the violation of a perfect right is a wrong, he who violates a treaty does a wrong to the other party. This is to be noted, that it may be understood what right belongs to a party to a treaty against the violator of a treaty. It is plain without my saying it, that a treaty is violated if anything is done which is contrary to it, or if anything is not done which is to be done by virtue of it.* (WOLFF, 1934, p. 124.)

²⁰ Nesse sentido, VATTEL, 2004, p. 221 e TUNKIN, 1974, p. 385.

a doutrina grociana, surge somente quando seja constatada, junto com a lesão individual, a existência de uma *patientia*, e portanto de uma culpa do Estado, de quem será mais propriamente o efeito; e de outro lado a obrigação de dar satisfação à nação ofendida, obrigação que surge ao invés do fato individual, independentemente da culpa do Estado.²¹

Entre os trabalhos de Triepel destacam-se os estudos sobre a posição e o papel dos estados federados no direito internacional e a apresentação de elementos modernos para a organização da matéria de responsabilidade internacional. O autor inova ao analisar a imputação ao Estado das condutas de diversas entidades e órgãos, inclusive os que compõem o ente federado – questão pouquíssimo levantada até então. Para Crawford, foram seus estudos sobre federalismo que o incentivaram a pensar de forma mais sistemática a respeito da responsabilidade.²²

No entanto, é realmente com Anzilotti que surge a grande mudança na concepção de responsabilidade internacional. Ele pode ser descrito como o principal responsável por repensar a teoria de culpa fundada no direito romano e aplicada, em sua opinião, equivocadamente à responsabilidade entre os Estados. Esta alteração se dá, prioritariamente, por uma nova concepção da imputabilidade, a qual passa a ser compreendida como a consequência jurídica de uma relação puramente causal. Isto é, da ocorrência de um fato objetivamente contrário ao direito emerge uma nova obrigação de reparar, independente de qualquer fundamento de ação psicológico de culpa ou dolo²³.

De acordo com o autor, parafraseado por Ago, é a responsabilidade a única consequência pela qual as normas internacionais, consistindo estas de expressões das promessas mútuas entre Estados, podem relacionar-se com uma violação a um dever

²¹ Livre tradução de: “*da un lato l’obbligo di concedere la riparazione, obbligo che, concordemente in un certo senso con la dottrina groziana, sorgerebbe solo quando fosse accertata, accanto alla lesione individuale, l’esistenza di una patientia, e quindi di una colpa dello Stato, di cui sarebbe più propriamente l’effetto; e d’altro lato l’obbligo di dare soddisfazione alla Nazione estera offesa, obbligo che sorgerebbe invece dal fatto individuale, indipendentemente da ogni colpa dello Stato.*” (AGO, 1978, p. 276)

²² Crawford, 2013, p. 22-23.

²³ AGO, 1978, p. 276

assumido. Ou seja, como resultado de uma ação contrária ao direito internacional – da quebra de uma obrigação – emerge um relacionamento jurídico entre o Estado que praticou a ação contrária ao direito internacional e o Estado que não teve a obrigação cumprida a seu favor. O primeiro Estado deve efetuar uma compensação, enquanto o segundo deve demandar tal compensação.²⁴

A partir dessas constatações, Anzilotti apresenta um conceito objetivo de fato ilícito internacional, que consiste em “qualquer violação de um dever imposto por uma norma jurídica internacional, ou seja, contrário a uma promessa de um Estado aos outros Estados²⁵”. Para o autor, a imputabilidade é uma relação entre o fato objetivamente contrário ao direito e a atividade do Estado. Assim, ela deve ser considerada como uma simples relação de causalidade, independente de qualquer fundamento subjetivo, de dolo ou de culpa do agente. Por conseguinte, para Anzilotti “a responsabilidade internacional deve ser entendida, em qualquer hipótese, como puramente objetiva”²⁶.

Para o autor, então, tanto o dolo quanto a culpa exprimem uma vontade psicológica, que não pode ser atribuída a outro sujeito senão ao indivíduo. Portanto, o problema é averiguar se é possível que uma violação de um dever internacional, imputada ao Estado, possa ser resultado do dolo ou da culpa do indivíduo.

Compreender a resposta do autor a este problema pressupõe recordar que Anzilotti é partidário da corrente teórica dualista do direito internacional, para a qual o direito interno e o internacional são absolutamente distintos.²⁷ Seguindo esta teoria, Anzilotti identifica que

²⁴ AGO, 1978, p. 295

²⁵ Tradução livre de: “*Fatto illecito internazionale è qualunque violazione di un dovere imposto da una norma giuridica internazionale, ossia contrario ad una promessa di uno Stato ad altri Stati*”. (ANZILOTTI, 1964, p. 386)

²⁶ No original: “*In questo senso la responsabilità internazionale dovrebbe intendersi, in qualunque ipotesi, come puramente oggettiva*”. (ANZILOTTI apud AGO, 1978, p. 276)

²⁷ Dionizio Anzilotti é partidário da teoria dualista de Heinrich Triepel sobre a questão das relações entre o direito interno e o direito internacional. Para Triepel “o direito internacional e o direito interno são noções diferentes” (TRIEPEL, 1966, p. 9). Para Triepel, “a oposição é, em primeiro lugar, uma oposição das relações sociais que regem: o direito internacional rege relações diferentes das que são regidas pelo direito interno. Por direito interno, nós compreendemos todo direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional, nada importando que sejam leis do Estado, ou regras de direito costumeiro, regras decorrentes da autonomia das comunas ou de outras

os casos nos quais o ato de indivíduo pode ser atribuído ao Estado são precipuamente aqueles que o direito interno define como tal. Na visão do autor, como dissertou Ago, quando as ações do Estado produzam responsabilidade internacional, é preciso ter em mente duas diferentes realidades: “aquela em que o ato do órgão seja completamente contrário ao direito internacional e ao direito interno, e aquela que seja, ao invés, contrária ao direito internacional, mas conforme o direito nacional²⁸”.

No primeiro caso, a culpa do indivíduo-órgão, que agiu contrariamente às leis estatais exclui que o ato do indivíduo possa ser considerado como ato do Estado. No segundo caso, por outro lado, ao mesmo tempo em que o indivíduo-órgão agiu de forma a violar regras de direito internacional, o fez em concordância com a sua competência interna e a sua ação deve ser considerada como imputável ao Estado. Porém, Ago relembra que, se, todavia, “uma norma consuetudinária internacional afirma igualmente a responsabilidade do Estado, isto significa que a responsabilidade internacional não se funda em uma culpa do agente, mas sobre uma garantia que o Estado presta por todas as lesões provenientes da atividade de sua organização.”²⁹ Assim, mesmo no segundo caso, o Estado é objetivamente responsável.

corporações públicas. [...] As relações que o direito internacional rege são de outra natureza. É preciso salientar, desde já, que não falamos senão em direito internacional público [...] O direito internacional público regula relações entre Estados, e somente entre Estados perfeitamente iguais. As relações entre um Estado federal e seus Estados-membros não são do domínio do direito internacional, porque os Estados-membros são submetidos ao Estado federal, e as relações entre os indivíduos e os Estados estrangeiros, assim como as relações entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes, não são do regime do direito internacional público, porque os indivíduos não são, como se costuma dizer, sujeitos de direito internacional. O particular, do ponto de vista de uma comunidade de direito que prende os Estados como tais é incapaz de ser investido de direitos e deveres próprios, decorrentes do sistema jurídico dessa comunidade”(TRIEPEL, 1966, p. 10-12).

²⁸ Livre tradução de: “*quella che l'atto dell'organo sia contemporaneamente contrario al diritto internazionale e al diritto interno, e quella che sia invece contrario al diritto internazionale, ma conforme al diritto statale*” (AGO, 1978, p. 277).

²⁹ Livre tradução de: “*una norma consuetudinaria internazionale afferma ugualmente la responsabilità dello Stato, ciò significa che la responsabilità internazionale non si fonda su una colpa degli agenti, ma su una vera e propria garanzia che lo Stato presta per tutte le lesioni provenienti dall'attività della sua organizzazione*”. (AGO, 1978, p. 277).

A questão da culpa para configuração de uma responsabilidade em âmbito internacional indica uma relação psicológica que conecta o agente e o evento, onde o fato se pressupõe consequência direta da vontade do agente (dolo). Em Anzilotti encontra-se a principal objeção relacionada a considerar o elemento subjetivo como parte da responsabilidade. O autor, tendo claro que um fato ilícito cometido contra um Estado estrangeiro é objetivamente contrário ao direito internacional, defendeu carecer de importância a comprovação de que tal fato tenha sido ou não praticado em concordância com o direito interno.

A definição da responsabilidade internacional dos Estados passa, segundo Mario Marinoni (1886-1922), por examinar se há possibilidade de responsabilizar o Estado internacionalmente em consequência das atitudes de seus representantes, e se o “problema deve ser tratado procurando fixar qual seja, internacionalmente, a responsabilidade dos Estados, por efeito de ações, da vontade de indivíduos que são seus funcionários”³⁰. Para este doutrinador, que debate diretamente com as ideias de Anzilotti, o problema é também avaliar a relevância das atitudes internas para a ordem jurídica internacional, e se essas atitudes suscitam ou não responsabilidade internacional dos Estados, uns perante os outros.

Conforme Marinoni, que, como Anzilotti, é também defensor da corrente dualista, para separar o direito interno do direito internacional é preciso considerar que no ordenamento jurídico interno todas as normas são dependentes da vontade do Estado. Em contrapartida, no tocante às relações internacionais do Estado, seria inviável aceitar que derivassem de uma vontade singular dos Estados, porque, neste caso, faltariam limitações em relação aos outros membros da comunidade internacional. Em relação ao próprio Estado, o ordenamento é autônomo, enquanto o ordenamento internacional é estabelecido de acordo com uma pluralidade de vontades dos sujeitos internacionais.

O Estado é concebido, pela teoria de Marinoni, como uma unidade do direito internacional ao mesmo tempo que é o titular desse direito. O Estado define-se pela a organização de seus agentes e de seus funcionários e, se existe internacionalmente como sujeito de direito internacional, preexiste em razão de sua organização interna. No direito

³⁰ Livre tradução de: “*il problema deve essere trattato cercando di fissare quale sai, internazionalmente, la responsabilità degli Stati, per effetto dell’azione, della volontà di individui Che ne sono funzionari*”. (MARINONI, 1913, p. 1)

interno, a organização estatal é “juridicamente relevante, porque dela depende [o Estado] diretamente; para o direito internacional ela é um fato, precisamente porque lhe é estranha”³¹.

Se, no âmbito do direito internacional, o Estado apresenta-se como uma unidade sujeita a direitos e deveres, diz Marinoni, internamente ele resulta de uma pluralidade real de funcionários, que juntos constituem a organização estatal. Neste sentido, o autor afirma que “a unidade abstrata, Estado, é absolutamente distinta da pluralidade real dos indivíduos que constituem a organização”³², enquanto a unidade ideal do Estado “é existente e imanente na pluralidade e como tal dura enquanto aquela dura”³³.

Do exposto, pode-se concluir que, para o autor, as normas jurídicas internacionais não podem se referir senão ao Estado em sua totalidade e na sua unidade. Os direitos e os deveres impostos pelo ordenamento jurídico internacional seriam acordados pelos Estados para serem aplicados a esses sujeitos do direito internacional. Assim, tendo em consideração que tanto Anzilotti quanto Marinoni são teóricos dualistas, nas suas formas de conceber o direito internacional a vontade interna, do direito estatal, suas organizações e indivíduos, não pode ser relevante para a determinação da vontade internacional. Por esta razão, a vontade interna não pode influenciar a vontade internacional, e, conseqüentemente, não pode ser considerada quando se analisa a responsabilidade estatal em âmbito internacional.

Percebe-se que o problema sobre a relação entre a conduta do indivíduo e a responsabilidade internacional é resolvido por estes dois autores sob o ponto de vista exclusivo de uma teoria dualista do direito internacional. Contudo, o debate proporcionado por ambos – independente de sua corrente teórica – vai estimular a sistematização da responsabilidade internacional como ramo distinto no direito internacional público e influenciar a concepção de responsabilidade internacional de Roberto Ago, com reflexos diretos no trabalho por ele desenvolvido na ILC.

³¹ Livre tradução de: “*giuridicamente rilevante, perchè ne dipende direttamente; per il diritto internazionale essa è un fatto, appunto perchè gli è estranea [...]*”. (MARINONI, 1913, p. 117-118)

³² Livre tradução de: “*L’unità astratta, Stato, è quindi assolutamente distinta dalla pluralità reale degli individui, che ne costituiscono l’organizzazione*”. (MARINONI, 1913, p. 120)

³³ Livre tradução de: “*[...] è esistente ed immanente nella pluralità e in tanto dura, in quanto quella dura*”. (MARINONI, 1913, p. 120)

Antes de analisar a contribuição de outros autores, para fechar a questão da imputabilidade da conduta lesiva, é importante mencionar outras lições da escola italiana. Gaetano Morelli (1900-1989) aponta que não constitui fato ilícito internacional a conduta individual que pelo ordenamento internacional não é imputada ao Estado³⁴, da mesma forma que não se pode falar corretamente em responsabilidade internacional do Estado por fatos de indivíduos. Esta é uma consideração que pode parecer atualmente pouco inovadora, mas em se tratando de um apontamento nascido em meio ao debate do monismo e do dualismo, possui uma carga impactante para o tempo de sua afirmação.

Sobre esta questão, Santi Romano (1875-1947) entende que as ações cometidas por indivíduos e entes privados não podem em si ser imputadas aos sujeitos de direito internacional (à época, apenas os Estados). Porém, aos Estados seria imputável o fato de terem sido omissos. No âmbito do direito internacional a ação do indivíduo não teria relevância, mas apenas as ações do Estado, ou seja, não importaria se do ponto de vista do direito internacional o indivíduo tivesse agido de forma ilegal, importaria que o Estado, por falta ou deficiência da própria lei, não tivesse impedido a ação do indivíduo quando tal conduta resultasse em um ilícito internacional³⁵.

Se os autores italianos tiveram enorme influência no desenvolvimento do instituto da responsabilidade internacional, é preciso também mencionar que as contribuições para o tema não ficaram restritas a esta escola. O destaque concedido à escola italiana do direito internacional neste trabalho se deve não somente à considerável contribuição dos autores que dela fazem parte, mas à participação direta de dois deles no tópico da responsabilidade na ILC, Roberto Ago e Arangio-Ruiz.

Afastando-se do continente europeu, de Crawford vem a análise das obras de dois americanos que teriam realizado importantes apontamentos para a responsabilidade internacional, formando um diálogo ainda mais aberto na temática.

O primeiro autor é Edwin Borchard, cuja tese de doutoramento defendida em 1914 analisou as categorias de conduta que dariam ensejo

³⁴ O autor complementa dizendo que: “Igualmente não constitui fato ilícito internacional o comportamento de um indivíduo que, pelo direito internacional, não seja órgão do Estado.” Livre tradução de: “*Così non costituisce fatto illecito internazionale il comportamento di un individuo che, per il diritto internazionale, non sia organo dello Stato*”. (MORELLI, 1951, p. 347).

³⁵ ROMANO, 1933, p. 272.

à responsabilidade internacional do Estado. O autor tratou de quatro: atos de indivíduos, atos de guerra, quebras de contrato e denegação de justiça. Especialmente em relação à proteção do estrangeiro (que por muito tempo foi a face mais estudada da responsabilidade do Estado, chegando a obscurecer os avanços das outras categorias), Borchard negou que o Estado seja “um garantidor da segurança dos estrangeiros. Ele está simplesmente obrigado a providenciar o maquinário administrativo e judicial, com o qual normalmente se protegeria o estrangeiro em seus direitos³⁶”.

O alerta do autor é especialmente relevante se for considerado que a predominância da questão relacionada à responsabilidade diplomática foi uma frequente inclusive no próprio trabalho da ILC, mais de quarenta anos depois do ensaio do autor. Fato verificável pelo simples acesso aos seis relatórios de García Amador no período de 1956 a 1961, os quais trataram quase que exclusivamente da responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou aos bens do estrangeiro. Este enfoque seria mudado posteriormente, quando Roberto Ago assume como relator, e os limites de atuação do tópico são revistos para priorizar a definição das regras gerais sobre a responsabilidade dos Estados.

O segundo autor americano mencionado por Crawford é Clyde Eagleton, cuja obra sobre a responsabilidade no direito internacional data de 1928. O autor expõe uma questão-chave no estudo da responsabilidade internacional, afirmando que os “Estados, como indivíduos, sempre se preocuparam mais com seus direitos do que com seus deveres³⁷”. Esta afirmação está no cerne das dificuldades encontradas na própria sistematização da responsabilidade como ramo autônomo no direito internacional.

A análise dos deveres atribuíveis ao Estado é uma questão central para a determinação da responsabilidade internacional a ele imputável, de acordo com Eagleton. Para o autor, os deveres e os direitos relacionados à jurisdição territorial são determinados pelo direito internacional, e a responsabilidade do Estado é baseada no controle que este exerce dentro de suas fronteiras. No entanto, o Estado não

³⁶ No original, “*a garantor of the safety of aliens. It is simply bound to provide administrative and judicial machinery which would normally protect the alien in his rights*”, BORCHARD *apud* Crawford, 2013, p. 24.

³⁷ No original, “*States, like individuals, have ever been concerned with their rights rather than their their duties.*” EAGLETON *apud* CRAWFORD, 2013, p. 24-25.

responderá em face de qualquer violação, mas somente daquela que possa ser atribuível ao Estado em si.³⁸ O autor trabalha com o que Crawford denomina “barganha implícita”, o Estado que exerce controle territorial exclusivo tem a contrapartida de ser responsabilizado no caso de ilícitos internacionais ocorrerem durante o seu controle.³⁹

Dos apontamentos realizados até agora, percebe-se que a violação de um dever internacional passou a ser assimilada como o fato gerador de um novo direito, o de reparar, e criadora de uma nova relação entre os Estados, pela qual é imputável a um deles um novo dever. Haveria, então, uma obrigação primária, que seria a de honrar o compromisso internacional ao qual o Estado vinculou-se livremente, e uma obrigação secundária, originada pelo descumprimento da norma primária e frequentemente relacionada à responsabilidade internacional do Estado.

Em cada obrigação assumida internacionalmente consubstancia-se um dever e o fato ilícito nada mais é do que a consequência da não observação desse dever. O fato ilícito internacional é a adoção de um comportamento diverso daquele ao qual o Estado se vinculou perante a comunidade de Estados. A obrigação inicialmente assumida possui caráter primário e o seu descumprimento dá origem a uma nova obrigação internacional, por esta razão, de caráter secundário.

A partir dos diálogos apresentados e da quebra com pressupostos de fatores psicológicos é que Roberto Ago (1907-1995)⁴⁰ vai aprofundar

³⁸ EAGLETON (1928) *apud* CRAWFORD 2013, p. 25.

³⁹ CRAWFORD, 2013, p. 26.

⁴⁰ Roberto Ago é italiano e da sua biografia, escrita pelo pupilo Migliazza, destaca-se a dedicação com a qual o autor tratou o tema da responsabilidade internacional dos Estados, colaborando profundamente com o desenvolvimento do direito internacional. Migliazza destaca que o seu orientador foi “Presidente do Conselho de Administração da OIT entre 1954-55 e entre 1967-68; membro da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, Presidente da mesma entre 1964-65 e relator nos trabalhos sobre a responsabilidade internacional dos Estados; Chefe das Delegações italianas nas Conferências das Nações Unidas sobre o direito do mar (Genebra, 1958 e 1960); sobre as relações diplomáticas (Viena, 1961); sobre o direito dos tratados (Viena, 1968-69), na qual elaborou a convenção sobre o direito dos tratados (sendo Presidente da mesma Conferência); membro da Delegação italiana para a revisão do Concordato de Latrão (1976-1984); Presidente do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia; membro e Presidente de numerosos tribunais arbitrais internacionais; juiz do Tribunal Internacional de Justiça de 1979 até a sua morte; e Presidente de seção do Tribunal; fundador, secretário-geral, Presidente e Presidente honorário da Sociedade Italiana para a Organização Internacional” (MIGLIAZZA, 1998, p. 1).

a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e romper com o pressuposto do fato gerador da responsabilidade depender da ocorrência de dano. Pode-se dizer que o autor é fruto dos debates da escola italiana e do trabalho de muitos outros autores que dissertaram sobre a responsabilidade internacional do Estado, ainda que estes não tenham sido mencionados diretamente aqui ou no trabalho de Ago. Isto porque as breves considerações sobre o tema aqui apresentadas e a menção aos debates relacionados (juntamente com as contribuições de muitos autores que deixaram de ser mencionadas por motivos alheios à importância do trabalho de cada um) terão papel fundamental na construção do tópico na ILC, do qual Ago pode ser visto como o grande mentor.

Ago vai imprimir sua visão de ato ilícito no trabalho da ILC, dando ao tópico da responsabilidade um novo ritmo e estabelecendo as bases para o desenvolvimento progressivo de outros pontos dentro do trabalho da Comissão.

Da mesma forma que neste subtítulo percebe-se uma constante efervescência na concepção do instituto da responsabilidade internacional do Estado ao longo do tempo, também nos trabalhos da ILC será possível perceber a necessidade de mudanças na forma de estudar este tópico. O destaque ao trabalho realizado no tópico da responsabilidade internacional do Estado pela ILC tem suas razões justamente na função da Comissão: codificar o direito costumeiro, os princípios gerais de direito e as decisões das cortes internacionais ao mesmo tempo que realiza o desenvolvimento progressivo do direito internacional.

As lições de direito internacional que são retiradas dos trabalhos da Comissão são extremamente valiosas para a compreensão do desenvolvimento deste direito e até para o seu próprio desenvolvimento. O tópico a seguir pretende destacar a evolução do instituto da responsabilidade dos Estados dentro dos trabalhos da Comissão, demonstrando não somente as dificuldades teóricas enfrentadas na sua produção, mas alertando para a importância deste contexto para o resultado final dos trabalhos. O projeto final de codificação não é resultado de apenas uma teoria única ou de uma vontade política uníssona, mas como é usual aos instrumentos de direito internacional, é fruto de forças convergentes e opostas que moldaram-se aos termos do que mais próximo esteve de uma vontade comum que permitiu atingir o consenso esperado.

Estas diferentes formas de visualizar e de abordar o tema da responsabilidade é que são especialmente enriquecedoras. É no debate

implícito travado entre cada Relator que se percebe o desenvolvimento do direito internacional. E é desta perspectiva que vai ser analisada a contribuição do tópico para o direito ambiental internacional, especificamente para o fortalecimento da responsabilidade internacional ambiental dos Estados.

2.2 O trabalho da ILC no tópico da Responsabilidade Internacional do Estado por Fato Ilícito

A lógica de que os Estados tratam a responsabilidade internacional sob o ponto de vista da barganha implícita – jurisdição exclusiva sobre determinado território diante da promessa tácita de assumir a responsabilidade por violações – vai além da crítica à inércia destes atores em promover o desenvolvimento do tópico. Esta barganha é identificada precisamente quando se procuram respostas para as atrocidades ocorridas nas duas grandes guerras mundiais. O tópico da responsabilidade internacional vai sair da penumbra e tornar-se o assunto do dia no cenário dos acordos do pós-guerra.

Conforme já discutido no item anterior, houve uma grande dificuldade em tratar do tópico de forma autônoma dentro do direito internacional. Assim, não é irrelevante notar que maior intensidade no interesse pelo tema passe a surgir justamente após as duas guerras mundiais. De fato, poder-se-ia atribuir uma parcela da ocorrência da segunda guerra às consequências da responsabilização internacional da Alemanha previstas no Tratado de Versailles. Esta realidade lançou holofotes sobre o tópico e, desde então, não foram raras as tentativas de estabelecer um apanhado das normas relacionadas à responsabilidade internacional do Estado.

2.2.1 Precursores da ILC

O primeiro grande projeto de codificação das normas atinentes à responsabilidade do Estado tem sua origem na Liga das Nações. Em 1925, agindo por impulso do comitê de juristas que trabalhava com a codificação do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, um outro comitê de juristas definiu onze áreas nas quais a codificação do direito internacional era desejável e realizável. Uma dessas áreas foi a da responsabilidade internacional do Estado. Contudo, apenas em

1927 a Assembleia da Liga votou favoravelmente a inclusão do tópico na Primeira Conferência de Codificação.⁴¹

A escolha da responsabilidade do Estado pela Liga das Nações como um dos três primeiros tópicos a serem objetos de codificação diz muito sobre o novo lugar ocupado por este tema no direito internacional. Quando a tentativa de codificação mostrou-se uma realidade, a Escola de Direito da Universidade de Harvard tomou para si a tarefa de auxiliar a Conferência. Este auxílio veio sob a forma de diversos relatórios e de um projeto de convenção sobre o tópico, utilizados largamente pelo comitê encarregado durante a Conferência.⁴²

Na Conferência de Codificação, o comitê reuniu-se por dezesseis vezes, contando com a participação de Borchard, professor responsável pelo relatório da Universidade de Harvard. A primeira iniciativa de codificação mostrou-se, no entanto, um grande fracasso. Ao final, apesar dos sinais encorajadores de diversos Estados, o comitê manifestou a impossibilidade em completar os trabalhos e até mesmo em apresentar um relatório de atividades na Conferência.

Entre as dificuldades em resumir o tópico podem ser citadas não apenas a tarefa de delinear-lo e de encontrar apoio dos Estados no estabelecimento das bases de discussão. À frente dos desafios encontrava-se a incrível meta de codificar em um mês três convenções distintas sobre os tópicos escolhidos para figurar na Primeira Conferência de Codificação.⁴³

Ainda que a tentativa inaugural de estabelecer um conjunto de normas sobre a matéria tenha sido frustrada, desde então o tópico passou a ocupar um lugar de destaque na política do direito internacional. Depois desta tentativa inicial a Europa ainda seria palco de mais uma guerra mundial, o que adiou sobremaneira os planos de codificação da organização internacional não só na área da responsabilidade, mas em diversas das outras áreas identificadas em 1925.

No período que seguiu às duas guerras mundiais o direito internacional viu a ascensão de um ator de grande relevância: a

⁴¹ CRAWFORD, 2013, p. 30-31.

⁴² Na realidade, o grupo de trabalho de Harvard não se deteve ao projeto de artigos relacionado à Responsabilidade do Estado. Isto porque este era apenas um dos três tópicos escolhidos para codificação na Primeira Conferência de Codificação. Os demais tópicos, quais sejam, nacionalidade e águas territoriais, também foram objeto de estudo e da submissão de projetos de convenção. (CRAWFORD, 2013, p. 32).

⁴³ CRAWFORD, 2013, p. 31-32.

Organização das Nações Unidas (*United Nations Organization* – doravante UN). A UN tornou-se a peça-chave na governança global, com alcance infinitamente superior a qualquer outra organização intergovernamental em vigor. Formada por um conjunto complexo de diversos órgãos, dentre as suas funções está a criação do direito internacional, de normas e de princípios a ele aplicáveis.⁴⁴

A UN é responsável pela criação de diversas outras organizações intergovernamentais dentro do seu sistema, bem como de incontáveis comitês e programas. Não seria exagero admitir que a Organização é o palco principal da diplomacia multilateral global, onde a Assembleia Geral (*United Nations General Assembly* – doravante, UNGA) pode ser apontada como ocupando o lugar central. Foi justamente a UNGA que, em 1947, estabeleceu a criação de uma Comissão cujo objetivo era promover o “desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação”⁴⁵. Nascia a Comissão de Direito Internacional da ONU (*International Law Commission* – ILC).

2.2.2 Primeiros anos da ILC

Com a Comissão de Direito Internacional, o legado da Liga das Nações e de outras iniciativas em matéria de codificação de regras do direito internacional não seria abandonado. Na sua primeira sessão, em 1949, a ILC estabeleceu uma proposta inicial de 14 tópicos para codificação⁴⁶. Dentre estes tópicos se encontrava a questão da responsabilidade internacional do Estado.⁴⁷

⁴⁴ KARNS, MINGST, 2004, p. 97.

⁴⁵ UNGA, Resolução 174 (II) . Esta determinação foi mantida no Estatuto da ILC que, no seu artigo 15, define o ‘desenvolvimento progressivo do direito internacional’ como “*preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of states*”; enquanto o estabelece que a ‘codificação’ é “*the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive state practice, precedent and doctrine*”.

⁴⁶ A seleção baseou-se em uma pesquisa de campo realizada por Hersch Lauterpacht, que identificou a Proposta de Convenção de Harvard e a Conferência para Codificação de Haia como tendo realizado notáveis contribuições para o desenvolvimento do direito internacional, ainda que seus resultados tenham se mostrado inconclusivos. (CRAWFORD, 2013, p. 34)

⁴⁷ ILC, 1956, vol I, p. 53, para 69.

Na Resolução 799(VIII) de 1953, a UNGA tornou público o pedido para que a ILC, tão logo considerasse “aconselhável⁴⁸”, iniciasse a codificação dos princípios de direito internacional relacionados à responsabilidade internacional dos Estados. A Resolução foi impulsionada por um documento entregue pela delegação cubana ao Sexto Comitê⁴⁹, no qual reforçava a importância dos trabalhos sobre o tema serem iniciados.⁵⁰

Na sua sexta sessão, a ILC recebeu um memorando, preparado pelo cubano F. V. García-Amador, contextualizando o pedido da UNGA, definindo a natureza e abrangência da matéria e um plano de trabalho. Ainda que tenha dado atenção à Resolução, a ILC apenas conseguiu incluir na sua agenda o tema na sessão seguinte, em 1955 quando García-Amador foi apontado como relator especial para o tópico.⁵¹

Desde que assumiu a relatoria, García-Amador submeteu seis relatórios sucessivos à Comissão, dentre os anos de 1956 à 1961. No primeiro, intitulado “Responsabilidade Internacional” foram estabelecidas as bases de discussão do tema. Além de estabelecer os parâmetros para a discussão do tema na comissão, na sua introdução do primeiro relatório foram destacadas as inovações que, no entendimento do relator especial, possuiriam reflexos sobre o tópico.⁵²

A primeira das inovações diz respeito ao desenvolvimento de uma responsabilidade criminal do Estado, somando-se ao tradicional dever de reparação pelos danos causados pela quebra ou não cumprimento de uma obrigação. O relator questionava a necessidade de estabelecer uma distinção entre atos que fossem “meramente ilícitos” e atos que fossem “puníveis”. A segunda dizia respeito ao indivíduo como sujeito de direito internacional, reconhecido pelo relator como tendo direito de ação em foro internacional para obter reparação por danos eventualmente sofridos. A terceira chamava a atenção para as

⁴⁸ O texto da Resolução, em sua forma original: “*Requests the International Law Commission, as soon as it considers advisable, to undertake the codification of the principles of international law governing State responsibility*”. UNGA, Resolução 799 (VIII), 1953.

⁴⁹ O Sexto Comitê é o principal fórum para a consideração de questões jurídicas na UNGA. Todos os Estados-membros das Nações Unidas têm direito a representação no Sexto Comitê como uma das principais comissões da Assembleia Geral.

⁵⁰ ILC, 1969, p. 132.

⁵¹ ILC, 1969, p. 235.

⁵² ILC, 1969, p. 133.

consequências das inovações no campo dos direitos humanos em relação ao suposto antagonismo entre um padrão internacional de justiça a ser garantido aos estrangeiros e o princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.⁵³

A Comissão foi chamada a se manifestar a respeito do relatório na sua Oitava Sessão, a fim de estabelecer os critérios fundamentais sob os quais o trabalho de codificação seria pautado. Nesse sentido, o Relator Especial propôs que o trabalho fosse inicialmente limitado ao aspecto da responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros.⁵⁴

Os debates na Comissão foram intensos especialmente em relação aos pontos levantados pelo relator como desenvolvimentos do direito internacional tendo consequências sobre o tópico. Ainda, houve ênfase na necessidade de estabelecer se a responsabilidade do Estado seria objetiva ou fundada na culpa (*reason of fault*). A Comissão, no entanto, terminou a Sessão de forma inconclusiva. Na Sessão seguinte seria submetido à sua apreciação o segundo relatório do então Relator Especial.⁵⁵

Já no segundo relatório, ficou muito claro que a codificação proposta por García-Amador teria uma abordagem marcada pelo estreitamento do tópico, com foco na responsabilidade do Estado em relação ao estrangeiro. Os questionamentos importantes trazidos no primeiro relatório em relação à possibilidade de crime de Estado e da capacidade do indivíduo enquanto sujeito foram afastados. A própria escolha do título deste segundo relatório já deixava isso claro: “Responsabilidade do Estado por danos causados em seu território à pessoa ou à propriedade de estrangeiros”.⁵⁶ Na realidade, esta pareceu ser uma manobra do relator para evitar alongar-se nas discussões que enfrentou quando submeteu o primeiro relatório.

Porém, esta escolha não foi especialmente bem recebida pelos demais integrantes da comissão. A tentativa de afastar as dificuldades inerentes ao tópico da responsabilidade internacional do Estado por meio da limitação da codificação a uma só forma de violação de obrigações se mostrou ilusória. Apesar de destacar a árdua tarefa do Relator Especial e o empenho dedicado na confecção do segundo relatório, a Comissão manifestou reservas diante do material apresentado. A crítica não foi somente às questões materiais, mas à

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid, p. 134.

própria metodologia adotada, de limitar todo o tópico a apenas uma questão pontual.⁵⁷

Devido a questões relacionadas ao curto prazo para examinar um tópico tão complexo, também na nona sessão da ILC o relatório apresentado ficou sujeito apenas a discussões preliminares. Por esta razão, na décima sessão da Comissão o terceiro relatório apresentado – ainda que o segundo tenha recebido críticas – manteve-se fiel à ideia geral do segundo, apenas somando novas reflexões e novas propostas de artigos ao anterior. E, mais uma vez, devido a outras prioridades na agenda institucional a Comissão deixou de examinar o trabalho realizado pelo Relator, postergando sua análise para a sessão seguinte.⁵⁸

Na Décima Primeira Sessão, o Relator Especial do tópico apresentava um novo relatório, em que pese a ausência de análise dos anteriores. Desta vez, porém, o quarto relatório de García-Amador sequer foi considerado, o mesmo ocorrendo com seus relatórios anteriores.⁵⁹ E a mesma sequência de ‘novo relatório em nova sessão e remansosa ausência de análise’ ocorreu nos encontros seguintes da ILC.

No período da Décima Primeira à Décima Terceira Sessão o tópico da responsabilidade não foi afastado completamente de estudo. Entretanto, ao invés de avaliar os progressos feitos pelo Relator Especial do tópico, a ILC realizou uma breve análise do tema exclusivamente tendo por base a revisão do antigo projeto de convenção submetido pelos juristas de Harvard⁶⁰ em 1929, deixando intocado o trabalho do relator escolhido.⁶¹

Após receber o relatório da Décima Segunda sessão da ILC, demonstrando claramente por meio de sua inércia que o tópico da responsabilidade internacional dos Estados não era uma prioridade, a UNGA renovou o pedido de codificação. Após uma rodada de discussões com diversos países a Assembleia Geral recomendou que a Comissão de Direito Internacional continuasse o seu trabalho em matéria de responsabilidade do Estado.⁶²

⁵⁷ Ibid, p. 134.

⁵⁸ Ibid, p. 134-135.

⁵⁹ Ibid, p. 135-136.

⁶⁰ De fato a revisão e atualização do antigo projeto não partiu da Harvard Law School, mas foi realizada em atenção à solicitação do próprio Secretário da ILC, posteriormente confirmada pela ILC em sua oitava sessão, em 1956.

⁶¹ Ibid, p. 134-136.

⁶² Na Resolução 1686(XVI), de 18 de dezembro de 1961.

Impulsionada pelo novo chamado da UNGA, a ILC reconsiderou o seu programa de trabalho em sua décima quarta sessão, em 1962. A esta altura, a opinião de que a responsabilidade do Estado deveria ser incluída entre os tópicos prioritários era unânime entre os membros da Comissão. O problema era que o relator especial do tópico, passados quase sete anos de sua indicação, não figurava mais como membro. Além disso, os seus relatórios sequer haviam sido propriamente discutidos ou aprovados pela ILC. De forma que

[...] não era apenas uma questão de continuar o trabalho já iniciado no tema da responsabilidade, conforme recomendado pela Assembleia Geral, mas de levantar o tema *ex novo*, determinando antes de tudo como ele deveria ser abordado⁶³.

Dessa forma, percebe-se que a Comissão, seja em razão da dificuldade de estabelecer os parâmetros para o estudo do tópico, seja em razão da existência de tópicos contemporâneos que demandassem maior atenção, efetivamente fechou os olhos para o trabalho do Primeiro Relator do tópico. O fato de ter dado atenção ao trabalho do Comitê de Harvard ao invés daquele realizado pelo seu próprio membro é prova cabal deste fato. Para imprimir um novo rumo a um tópico que parecia fadado à penumbra seria necessário que um novo Relator, com um novo ritmo e – por que não dizer – adepto de outros aportes teóricos, assumisse o tópico.

2.2.3 Relatoria de Roberto Ago

Seguindo a tradição de longos debates com inúmeras divergências quanto ao enfoque dado ao tema, a fim de acelerar os trabalhos do tópico de responsabilidade a ILC estabeleceu a criação de um Sub-comitê. Como presidente deste novo órgão foi indicado Roberto Ago. Ao final dos trabalhos, o Sub-comitê do tópico da responsabilidade acordou de forma unânime em recomendar à Comissão que desse prioridade à definição de regras gerais relacionadas à responsabilidade dos Estados e somente em relação a estes, deixando para um outro momento a questão da responsabilidade internacional de outros sujeitos de direito internacional. Com o relatório do Sub-comitê aprovado na

⁶³ Tradução própria. No original: “[...] *it was not merely a question of continuing work already begun on the subject of responsibility, as recommended by the General Assembly, but of taking up the subject ex novo, determining first of all how it should be approached.*” (ILC, Doc A/CN.4/217, 1969, p. 137, para.77)

Comissão em sua décima quinta sessão, Roberto Ago foi apontado como o novo Relator Especial do tópico⁶⁴.

O tópico parecia prestes a retomar o lugar de destaque que a sua relevância clamava, não fosse pela escolha da Comissão de completar o estudo dos tópicos que se encontravam em estágio avançado antes do final do mandato dos seus membros, que se daria em 1966. Por mais três anos o tema ficaria engavetado e, quando na sua Décima Nona Sessão a ILC retomou-o, encontrou seu Relator Especial desconfortável em dar continuidade ao trabalho com as instruções anteriormente recebidas, considerando que a Comissão havia sido reformulada.⁶⁵

Dando início a uma nova forma de trabalho, a ILC repetiu as instruções repassadas anteriormente e confirmou Ago na posição de Relator, o qual se comprometeu a apresentar o seu primeiro relatório na vigésima primeira sessão da Comissão, em 1969.⁶⁶

Conforme destacou Ago em seu primeiro relatório como Relator Especial do tópico⁶⁷, foram várias as tentativas de codificação da responsabilidade internacional do Estado. Contudo, na maior parte das vezes o foco foi concentrado em um setor particular, aquele relacionado com a responsabilidade do Estado por danos causados em seu território a estrangeiros. No parágrafo quinto do relatório, Ago admite a importância desses estudos setoriais para a teoria do direito internacional, afirmando que o progresso do tópico está intrinsecamente relacionado ao progresso de sua abordagem setorial⁶⁸. Este parágrafo pode ser visto como o novo relator do tópico pagando um tributo ao trabalho realizado anteriormente por García-Amador.

Ago defende neste primeiro relatório que a partir de certo estágio tornou-se inquestionável a necessidade de isolar o tópico da responsabilidade (que ele chamou de “*responsibility strictu senso*”⁶⁹) e outros princípios conexos e separá-los dos estudos de outros temas e normas do direito internacional. Para o autor, a confusão do tópico da responsabilidade do Estado com outros tópicos, estudados pela Comissão ou em vias de, foi uma das razões que dificultou o amadurecimento do assunto para codificação.

⁶⁴ Ibid, p. 138-140.

⁶⁵ Ibid, p. 140-141.

⁶⁶ ILC, Doc A/7610/Rev.1, 1969, p. 231-233.

⁶⁷ ILC, Doc A/CN.4/217, 1969, p. 126-140

⁶⁸ Ibid, p.127.

⁶⁹ Ibid, p. 127.

Com o firme propósito de estabelecer com sucesso a codificação, Ago defende a adoção deste conceito estrito de responsabilidade internacional do Estado. A necessidade de tratar o tema de forma geral seria a mais importante lição de todos os esforços anteriormente empreendidos para codificar o tópico. Assim, para o autor, a responsabilidade internacional do Estado deve ser considerada como “a situação resultante do não-cumprimento por parte de um Estado de uma obrigação legal internacional, independente da natureza daquela obrigação e do assunto com a qual se relaciona”.⁷⁰

Pela primeira vez, na Vigésima Primeira Sessão da ILC, um relatório apresentado pelo Relator Especial do tópico da responsabilidade do Estado foi intensamente debatido na própria sessão para a qual foi preparado. A Comissão analisou o relatório de Ago que lembrou os principais obstáculos que frustraram as tentativas anteriores de codificação, chamando atenção para os riscos que deveriam ser evitados para que a nova empreitada fosse bem-sucedida.

Ao mesmo tempo da análise, a Comissão manifestou-se sobre uma questão de fundamental relevância para seus trabalhos futuros, reconhecendo a importância da chamada responsabilidade por risco advinda da realização de atividades lícitas, tais como atividades espaciais e nucleares. No entanto, decidiu-se que esta seria uma categoria que mereceria tratamento apartado do tópico da responsabilidade internacional do Estado previamente delineado, com vistas a evitar confusão entre ambas. No relatório entregue à UNGA, a ILC afirma que o exame desta nova questão será adiado até o momento adequado, tendo em vista que tratar de “hipóteses claramente diferentes” poderia ter um “efeito adverso no entendimento do tema principal”.⁷¹

Naquela mesma Sessão, como consequência do relatório apresentado por Ago, a ILC definiu sua estratégia para o futuro do tópico, de forma não muito diferente da que havia sido determinada na Sessão que analisou o trabalho do Sub-comitê. De uma forma geral, definiu-se que o tópico ficaria restrito à responsabilidade dos Estados,

⁷⁰ No original: “*as the situation resulting from a State’s non-fulfillment of an international legal obligation, regardless of the nature of that obligation and the matter to which it relates*”. Ibid, para. 6, p. 127.

⁷¹ No original, a Comissão informou em seu para. 83: “*The Commission also agreed in recognizing the importance, alongside that of responsibility for international illicit acts, of the so-called responsibility for risks arising out of the performance of certain lawful activities, such as spatial and nuclear activities.*” ILC, Doc A/7610/Rev.1, 1969, p. 233.

que a responsabilidade analisada seria a advinda somente de atos ilícitos e que o estudo ficaria concentrado à determinação dos princípios relacionados à responsabilidade por atos ilícitos.⁷²

Já a partir deste momento fica claro um ponto muito importante do trabalho da Comissão, que se manterá em todas as versões dos Projetos de Artigos apresentados: “uma coisa é determinar a regra e o conteúdo da obrigação que é imposta, e outra é determinar se aquela obrigação foi violada e quais as suas consequências⁷³”. Isto porque, de acordo com a ILC, apenas o segundo aspecto diz respeito à responsabilidade de forma genérica – que é o intuito de codificação.

Ou seja, uma coisa é determinar o conteúdo da obrigação primária, algo que deve ser feito de forma convencionada, ou com respaldo em costume e princípios gerais de direito. E outra é estabelecer as consequências da quebra da obrigação primária, algo que enseja o nascimento de outra obrigação, de caráter secundário. Assim, a obrigação de que um Estado não deve causar dano a outro Estado é de ordem primária, enquanto que a obrigação de reparação, compensação ou outra forma de responsabilização advinda do descumprimento da primeira obrigação possui caráter secundário.

Ainda, foi decidido que o trabalho no tópico seria dividido em duas fases distintas, a primeira definindo a origem da responsabilidade e a segunda o conteúdo daquela. Para a primeira, seria necessário determinar que fatos e circunstâncias devem estar presentes para ser imputável a um Estado a ocorrência de um ato ilícito, o qual é fonte da responsabilidade internacional. Em relação à segunda, deveriam ser estudadas as consequências inerentes aos fatos ilícitos internacionais em suas diferentes apresentações, a fim de possibilitar uma definição do conteúdo, das formas e dos níveis de responsabilidade.⁷⁴

Nos seus estudos no tópico da responsabilidade, Ago identifica o ilícito internacional no ato de um Estado que viola uma obrigação de direito internacional, mediante uma ação ou uma omissão. Nos oito relatórios que o autor apresenta, é possível verificar a profundidade com a qual estabelece a análise do tema, conduzindo a evolução deste e o estruturando com base no ato ilícito. A sua concepção de norma

⁷² ILC, Doc A/CN.4/SER.A/1970/Add. 1., 1972, p. 306.

⁷³ No original: “*it is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequences of the violation*”. Ibid, para.66, ‘d’, p. 306.

⁷⁴ Ibid, p. 306.

primária e secundária e seu engajamento na teoria da responsabilidade objetiva do Estado deram rumo ao trabalho de codificação da ILC.

Na análise do seu segundo relatório, a Comissão se manifestou em importantes aspectos. O tópico da responsabilidade dos Estados foi declarado como um tema no qual seria de especial importância trabalhar o desenvolvimento progressivo do direito internacional. Especialmente em relação à determinação do conteúdo e dos níveis de responsabilidade.⁷⁵

Outro ponto levantado diz respeito à denominação do tópico. Os integrantes da Comissão representando países cuja língua oficial tem origem latina concordaram com a proposição de Ago de tratar de “fato ilícito” e não de “ato ilícito”. Esta diferença teria especial relevância ao estudar o ato comissivo e o omissivo. Já nas línguas com origem anglo-germânica, não havendo um substantivo equivalente e tampouco a possível inconsistência terminológica, a questão não foi levantada.⁷⁶

Foi também confirmada a existência de um elemento subjetivo e de um elemento objetivo de todo o fato ilícito internacional. No elemento subjetivo está presente uma conduta – seja comissiva ou omissiva – que deve poder ser atribuída ao Estado, figurando como ato dele próprio.⁷⁷ O elemento objetivo é definido em termos de uma violação ou quebra de uma obrigação internacional ou a incapacidade de cumprir com tal obrigação.⁷⁸ A principal inovação, sem dúvida, vem na análise da (des)necessidade de dano para que a responsabilidade seja consubstanciada.

O dano (*injury*), reconhecido de forma geral pela Comissão como um elemento econômico, não foi definido como pressuposto para a definição de um ilícito internacional. Seria, então, apenas parte da regra que determina aos Estados a obrigação de se abster de causar danos a terceiros. Reconheceu-se que “para o direito internacional, um dano, material ou moral, é necessariamente inerente a qualquer limitação de um direito internacional de um Estado⁷⁹”. A necessidade da comprovação de dano é afastada em definitivo quando a ILC destaca que:

⁷⁵ Ibid, para. 71, p. 307.

⁷⁶ Ibid, para. 76, p. 308.

⁷⁷ Ibid, para. 77, p.308.

⁷⁸ Ibid, para. 79, p.308.

⁷⁹ No original: “[...] *under international law an injury, material or moral, is necessarily inherent in every impairment of an international right of a State.*” Ibid, para. 81, p. 308.

Portanto, a noção de incapacidade de cumprir com uma obrigação legal internacional devida a outro Estado parece à Comissão suficiente para cobrir este aspecto, sem a adição de mais nada. O dano econômico, se houver, sustentado pelo Estado lesado pode ser levado em consideração, entre outros, para efeitos de determinação do montante da reparação, mas não é um pré-requisito para a determinação de que um fato internacionalmente ilícito foi cometido.⁸⁰

O enfoque do projeto em normas secundárias, com a opção por excluir o dano dos requisitos da responsabilidade internacional foi uma manobra que permitiu a Ago reunir dois interesses aparentemente paradoxais. De um lado, sua vontade de imprimir nos artigos a responsabilidade objetiva e de outro o interesse dos Estados em adotar a norma. Esta reunião só foi possível porque as normas do projeto de artigos são do tipo secundário, facilitando a sua generalidade. Assim, se estabelece como regra a responsabilidade objetiva, tendo por justificativa que esta seria uma forma mais neutra de tratar a norma geral. No caso de a norma primária (cuja violação dá ensejo à responsabilidade internacional) fazer referência a elementos subjetivos, estes serão considerados na aplicação da norma secundária.

No terceiro relatório apresentado por Ago, em 1971, o autor dividiu o trabalho em dois capítulos. No primeiro, foram estabelecidos os princípios gerais relacionados à responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos, sendo ao todo quatro seções e cada uma terminando com uma proposta de artigo. Na primeira seção, o autor trabalha com a definição de um princípio que prescreve que cada fato ilícito internacional atribuível ao Estado implica na sua responsabilidade internacional – fazendo desta noção o artigo inicial do projeto. O segundo artigo foi devotado à determinação das condições para a existência do fato ilícito, determinando o elemento subjetivo e objetivo do fato ilícito. Assim, um fato ilícito existe quando uma ação ou

⁸⁰ No original: “Hence the notion of failure to fulfill an international legal obligation to another State seems to the Commission sufficient to cover this aspect, without the addition of anything further. The economic injury, if any, sustained by the injured State may be taken into consideration *inter alia* for the purpose of determining the amount of reparation but is not a prerequisite for the determination that an internationally wrongful act has been committed.” Ibid, para.81, p. 308-309.

omissão é atribuível a um Estado e esta conduta constitui um descumprimento de uma obrigação daquele.⁸¹

O terceiro artigo do projeto é um desdobramento do anterior, sendo que Ago realiza uma longa análise a fim de identificar de forma clara o elemento subjetivo do fato ilícito, terminando por definir que qualquer Estado pode ser o autor de um fato ilícito. Na última seção desta primeira parte do relatório, Ago descreve uma questão de fundamental importância: a irrelevância da legislação interna para a caracterização do fato ilícito internacional. O artigo que segue a esta constatação tem como objetivo impedir que a legislação interna possa ser invocada por um Estado para eximi-lo da responsabilidade internacional.⁸²

O segundo capítulo deste mesmo relatório foi dedicado a examinar o “fato do Estado” de acordo com o direito internacional. Foram estabelecidas as condições nas quais a conduta de um indivíduo específico ou grupos de indivíduos poderiam ser atribuíveis ao Estado do ponto de vista do direito internacional. Neste capítulo, o Relator propôs a redação de mais cinco artigos.⁸³

De uma forma geral, uma vez estabelecidas as bases de trabalho, Ago manteve-se fiel às recomendações da Comissão, mas conseguiu imprimir muitas de suas convicções pessoais no trabalho. Ao todo, produziu oito relatórios. Mencionados acima de forma especial, o primeiro (1969), o segundo (1970) e o terceiro (1971) foram capazes, pela primeira vez desde que o tópico foi levantado para codificação pela Comissão, de estabelecer orientações gerais para que o objetivo da codificação fosse alcançado. Os demais relatórios foram apresentados até 1979, incluindo um adendo especial, em 1980, após sua saída da ILC.

Tendo por base os seus relatórios, a ILC adotou provisoriamente trinta e cinco artigos do projeto, que juntos formaram a Parte Um – Origem da responsabilidade do Estado.⁸⁴ Conforme o apontamento de

⁸¹ AGO, Roberto. Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. UN Doc A/CN.4/246, p. 199-215.

⁸² Ibid, p. 215-233.

⁸³ Ibid, p. 233-274.

⁸⁴ ILC, Doc. A/35/10, 1981, para. 30, p. 29.

diversos autores e dos relatores que seguiram a Ago, a sua contribuição para a matéria foi prodigiosa.⁸⁵

2.2.4 O Projeto de Artigos

Ago se afastou da Comissão após sua eleição para Juiz da Corte Internacional de Justiça. O seu trabalho recebeu continuidade com o Relator William Riphagen, indicado em 1979, tendo em vista que Ago deixou a Comissão em 1978, em que pese ter apresentado relatórios posteriormente.

Riphagen apresentou sete relatórios entre 1980 e 1986⁸⁶. Ele reforçou o trabalho de Ago ao submeter um conjunto completo de artigos para formar a Parte II (Conteúdo, formas e graus da responsabilidade internacional) e a Parte III (Solução de Controvérsias) do projeto. No entanto, retomando um antigo hábito – que fora abandonado durante a relatoria de Ago – a Comissão deu prioridade a outros assuntos de sua agenda e, durante todo este período, apenas cinco artigos da Parte II foram adotados.⁸⁷ Em 1987, após contribuir sensivelmente para a definição de Estado ofendido, o então relator se aposentou da Comissão e um sucessor foi apontado.

Iniciava-se o trabalho de mais um italiano, Gaetano Arrangio-Ruiz, que apresentou oito relatórios entre os anos de 1988 e 1996. Neste período, a Comissão analisou os artigos remanescentes da segunda e da terceira parte. Em 1996, o relator renunciou ao seu posto ao mesmo tempo que Comissão aprovou uma primeira leitura do Projeto de Artigos do tópico da responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos – doravante Projeto de Artigos ou Projeto (*Draft Articles*).⁸⁸

O Projeto formava uma declaração significativa e substancial a respeito do tema⁸⁹. Dentro dele se vislumbravam de maneira emaranhada as duas funções da ILC: codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Sendo que, muitas das vezes, nem

⁸⁵ Nesse sentido, ver: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; SIMON, Olleson. *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University, 2010.

⁸⁶ Para Pellet, não seria insulto descrever o trabalho do Relator como um parêntese no tópico: “*Strongly constructed and extremely theoretical, his work is above all difficult, and its excessive abstraction seemed to have discouraged the other members of the Commission[...]*”. (PELLET, 2010, p. 19).

⁸⁷ CRAWFORD, 2013, p. 37.

⁸⁸ *Ibid*, p. 37.

⁸⁹ *Ibid*, p. 37

mesmo os membros da Comissão conseguiam distinguir o que constituía um e o que constituía outro⁹⁰.

De forma geral, podem ser apontadas algumas das mais relevantes características do Projeto. A primeira diz respeito à aplicação da responsabilidade internacional a toda e qualquer quebra de obrigação internacional, independentemente de sua origem (*e.g.* se por tratado, costume, princípio geral do direito) e de seu conteúdo (que pode dizer respeito a qualquer ramo do direito internacional público). Outro ponto importante é que não houve limitação em relação à obrigação ser devida por um Estado a outro Estado, tendo o projeto destacado no artigo 19 que a obrigação poderia ser devida à comunidade internacional como um todo.

Uma questão extremamente controversa neste Projeto de Artigos – ao ponto de ser abandonada na segunda leitura – foi a previsão, também no artigo 19, de que uma quebra de uma obrigação de caráter fundamental para a comunidade internacional poderia ser considerada um crime internacional. Conforme Crawford, apesar do apelo da distinção entre o cometimento de um ilícito e a perpetuação de um crime internacional, esta diferença seria apenas terminológica e não haveria consequências para o Estado dentro da Parte I além do estigma de ser taxado como um criminoso na esfera internacional.⁹¹

Conforme já explanado, outro ponto crucial do projeto foi a adoção da responsabilidade objetiva. Ao Estado seria atribuída responsabilidade internacional quando agisse de forma comissiva ou omissiva, independentemente da sua intenção ou da falha de *due diligence*⁹². A adoção desta teoria não foi unânime dentro da ILC, mas foi ao encontro da abordagem universal que se propunha dar ao tópico. Segundo Crawford, no entanto, não deve ser dada uma atenção além da necessária a este posicionamento. De acordo com o autor, a adoção da responsabilidade objetiva teria mais razão de existir em vista do caráter secundário das normas do Projeto. Isto porque a posição adotada deveria

⁹⁰ Como pode ser verificado nos debates a respeito do artigo 19 do Projeto de Artigos, quando houve intenso escrutínio da noção de crime internacional. (ILC, 1998).

⁹¹ CRAWFORD, 2013, p. 37.

⁹² Neste trabalho, conforme já adiantado, optou-se por manter a terminologia adotada pelos relatórios da ILC sempre que a sua tradução pudesse representar um risco de inconsistência terminológica ao longo do texto. *Due diligence* pode ser entendida como o “devido cuidado” a ser aplicado a fim de evitar que uma consequência negativa ocorra. No próximo capítulo a nomenclatura será trabalhada com maior profundidade.

ser entendida como neutra e silente em benefício de uma maior liberdade às normas primárias – sendo que estas poderiam introduzir o requisito da intenção e da culpabilidade no descumprimento da obrigação.

De acordo com Pellet, o legado da responsabilidade internacional do Estado independentemente da ocorrência de dano é uma verdadeira revolução. A “*Ago Revolution*”, como o primeiro autor defende⁹³. A inovação, expressa nesta primeira leitura e mantida na posterior, representou, nas palavras de Pellet, uma revolução conceitual. Esta abordagem seria baseada na observação de que, independentemente de quão fundamental uma obrigação possa ser e de quão relevante a sua quebra possa ser considerada, é possível que nenhum dano ocorra a nenhum Estado em particular.⁹⁴

Ainda que representasse notável avanço técnico e jurídico, ao ser submetido à apreciação dos Governos e do Sexto Comitê, o Projeto de Artigos foi recebido com desconfiança, o que acabou inviabilizando sua codificação. Em relação à Parte I (basicamente o trabalho de Ago), a principal fonte de críticas era o artigo 19. Em relação às Parte II e III, no entanto, os questionamentos foram mais abrangentes, chegando ao ponto da Comissão abandonar em absoluto a última parte do Projeto de Artigos na sua segunda leitura.

Em uma clara crítica ao trabalho de Arangio-Ruiz, Pellet descreve o relator como um moralista do direito internacional, visando adotar princípios utópicos para moralizar o sistema. De acordo com este último autor, esta visão do Relator o levou a cometer pequenos deslizes no trabalho. A Parte II, merecedora do entusiasmo e dedicação de Ruiz, teria demonstrado diversas inconsistências doutrinárias em relação à tentativa de desenvolver a ideia de crimes de Estado. Já na Parte III o Relator teria demonstrado ainda mais claramente o seu moralismo utópico, determinando a obrigação de mecanismos de conciliação para todas as disputas relacionadas à aplicação do Projeto de Artigos e determinando a arbitragem para todas as disputas relacionadas à retaliação cruzada. Novamente, não foi uma abordagem bem recebida na avaliação dos governos.⁹⁵

Considerando as críticas ao Projeto de Artigos aprovado em 1996, uma nova leitura do projeto seria realizada. James Crawford foi o membro da Comissão convidado à relatoria para esta segunda leitura.

⁹³ PELLET, 2010, p. 75.

⁹⁴ Ibid, p. 78.

⁹⁵ Ibid, p. 80-82.

Nos relatórios apresentados por Crawford se percebe claramente a manutenção da abordagem de Ago, ainda que o novo Relator tenha adotado uma postura mais pragmática. O pressuposto do seu mandato era completar um projeto final de artigos que fosse abrangente e aceitável da forma mais ampla possível⁹⁶, e o relator foi direto ao ponto.

No esforço para evitar críticas que pudessem colocar em risco a existência deste projeto final antes do fim do mandato da Comissão (que se daria em 2001), Crawford propõe a eliminação de dispositivos controversos. Este foi o caso dos artigos que conceituavam crime de Estado e que distinguiam entre obrigação de conduta e obrigação de resultado.

O último relator do tópico da responsabilidade internacional do Estado chega a dizer que para se fazer justiça é preciso admitir que Ago, conjuntamente com seus antecessores italianos, principalmente com o trabalho de Gentili, criou o campo da responsabilidade internacional da forma que hoje se conhece⁹⁷. O relator do projeto de 2001 ainda destacaria que esta nova visão apresentada por Ago facilitou a concepção do trabalho da ILC ao distinguir as obrigações substantivas dos Estados das regras básicas que teriam que ser alcançadas antes que se pudesse dizer que o Estado estaria violando uma obrigação internacional, estipulando as consequências dessa violação.

Considerando que a primeira versão do Projeto de Artigos aprovada em 1996 era composta por 60 artigos e que a segunda versão, apesar de mais enxuta, especialmente em relação à extensão do texto, foi aprovada com um total de 59 artigos, torna-se inviável realizar uma leitura mais aprofundada dos dispositivos neste trabalho. A explanação até agora apresentada tem o objetivo de introduzir o leitor aos trabalhos da Comissão. A ideia não é exaurir a matéria, mas contextualizar o tema a partir da gênese da sua regulamentação internacional.

O objetivo principal, de preparar o terreno para os questionamentos que virão na sequência, pressupõe-se atingido se for possível notar a complexidade envolta nas tentativas de codificação. A dificuldade em estabelecer consenso e em estabelecer bases para uma convenção internacional a partir de membros com origem em sistemas legais distintos demonstra o quão delicado é o tema da responsabilidade internacional do Estado. No longo caminho percorrido até que fosse possível rascunhar um documento internacional a Comissão se deparou

⁹⁶ Ibid, p. 83.

⁹⁷ CRAWFORD, 2008, p. 7.

com o nascimento e o desenvolvimento de novos ramos do direito internacional.

Graças ao longo período de gestação do Projeto de Artigos, muitos dos chamados novos ramos do direito internacional foram contemplados nas discussões. No próximo capítulo será levantada a aplicação do trabalho da ILC em relação à responsabilidade internacional do Estado aos desafios enfrentados pelo direito ambiental internacional, mais especificamente em relação à obrigação de prevenção de danos transfronteiriços.

3 A OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL

De acordo com o primeiro artigo do Projeto de Artigos em Responsabilidade Internacional dos Estados por Fatos Ilícitos (*Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts – ARSIWA*), todo fato ilícito atribuível a um Estado implica na responsabilidade internacional daquele. Como elementos dessa atribuição de responsabilidade o projeto destaca um componente subjetivo e outro objetivo da conduta – que pode ser tanto comissiva quanto omissiva.

A fim de aplicar o Projeto de Artigos, ambos os elementos devem estar presentes na forma prescrita no seu artigo segundo. O elemento subjetivo, como pressupõe sua terminologia, diz respeito ao sujeito que realizou a conduta. Esta deve ser atribuível ao Estado de acordo com o direito internacional. O segundo elemento é objetivo, pois diz respeito ao objeto da conduta, que deve constituir uma quebra de uma obrigação internacional.

Os parágrafos antecedentes retomaram a matéria tratada na seção anterior com um propósito específico. A intenção é introduzir um conceito importante para este novo capítulo, o de obrigação internacional, sem desvincular o seu estudo das razões que o incitam.

A relevância de trazer neste capítulo uma introdução às obrigações ambientais internacionais está diretamente relacionada com a possibilidade destas se tornarem elementos objetivos da atribuição de responsabilidade internacional a um Estado. Nesse sentido, é importante retomar outro ponto levantado anteriormente: para configurar um elemento objetivo basta que a obrigação seja uma obrigação de direito internacional, independente da origem ou do conteúdo daquela obrigação⁹⁸.

Ainda que alguns internacionalistas manifestem certo ceticismo quanto à aplicabilidade do ARSIWA em relação à matéria ambiental, a ILC deixou muito claro, desde o Projeto de 1996, que a temática ambiental estava dentre as preocupações da Comissão.

Como já mencionado, aquele projeto provisório era mais extenso e, sob muitos aspectos, mais ambicioso do que o projeto que foi aprovado em 2001. O artigo 19 da primeira leitura do projeto prescrevia que algumas obrigações são tão essenciais para a proteção da comunidade internacional que a sua quebra é reconhecida por toda a comunidade como um crime⁹⁹. Este seria o caso de quebras de

⁹⁸ Ver: ILC, Doc A/CN.4/217 e Doc. A/31/10, p. 102 (2). 1976.

⁹⁹ Art. 19 (2) do Projeto de Artigos de 1996.

obrigações consideradas especialmente importantes, incluindo nesta categoria obrigações essenciais à proteção e preservação do meio ambiente humano¹⁰⁰.

É importante destacar que esta prescrição com viés claramente ambiental não foi inserida no texto de 1996 em data próxima à sua aprovação, mas 20 anos antes, quando a Comissão iniciou os debates a respeito do supramencionado artigo¹⁰¹.

3.1 Obrigação Ambiental Internacional

A maior parte dos ecossistemas que conhecemos não são distribuídos igualmente a todos os Estados. Tendo em mente a simbiose inerente aos ecossistemas e considerando que terras, oceanos e ar são compartilhados, mesmo que de maneira desigual, a questão que se impõe é saber como lidar com as atividades humanas que afetam o meio ambiente. De uma forma geral, a preocupação está relacionada às atividades econômicas com potencial de atuar de forma negativa direta e cumulativamente no meio ambiente.

Muitas destas atividades são fundamentais para a economia dos países que as exploram, mas a interdependência do sistema pode premiar o causador do dano e afetar o meio ambiente de um Estado que não está lucrando com a exploração da atividade econômica. Ademais, percebe-se cada vez mais a conscientização sobre o dever de proteção do meio ambiente de forma estrita, sem que este esteja relacionado a um dano específico a determinado Estado, pessoa ou propriedade. O meio ambiente passa a ser visto como uma vítima *per se*¹⁰².

Diante deste quadro, a tarefa de estabelecer um controle legal internacional sobre as atividades que afetam adversamente o meio

¹⁰⁰ Art. 19 (2) (d). No original: *(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.*

¹⁰¹ ILC, 1976, Doc. A/31/10, p. 96-122.

¹⁰² Nesse sentido, manifesta-se Weiss (1992, p. 11): *The issue of environmental damage has also given rise to interesting developments in the international law of responsibility. First, in addition to traditional notions of economic damage, international law is beginning to recognize environmental damage as such for the purpose of invoking the responsibility of states. In this context the environment becomes a value on its own merits and is protected by the law, as evidenced by Cosmos 954, the recent Patmos Case, and, above all, by the Antarctic arrangements.* Ver também: KISS, SHELTON, 2007.

ambiente ou que possuam potencial para tanto é especialmente relevante e urgente. A realidade dos danos ambientais que não respeitam fronteiras nacionais, o reconhecimento da interdependência ecológica entre ecossistemas e as implicações internacionais de assuntos que anteriormente eram considerados exclusivamente de jurisdição interna a cada Estado são algumas das condições que contribuíram para a emergência do direito internacional como a esfera ideal para regulamentações ambientais de caráter geral¹⁰³. Ademais, muitas das consequências dos desastres ambientais apenas podem ser resolvidas no foro internacional, eis que envolvem questões bilaterais, sub-regionais, regionais e globais.

O progresso em estabelecer o controle dessas atividades tem sido gradual, intermitente e frequentemente impulsionado por acidentes de grandes proporções ou relacionado a novas descobertas científicas. Não seria antes do final do século dezenove que os Estados e comunidades reconheceriam as consequências transfronteiriças das atividades e iniciariam um longo caminho para compreender como tratar a questão¹⁰⁴.

3.1.1 A tomada de consciência do problema pela comunidade internacional

Este período inicial de desenvolvimento de uma preocupação ambiental em âmbito internacional recebeu sua marca com a controvérsia *Pacific Fur Seal Arbitration*, submetida à arbitragem internacional em 1893. A disputa revestiu-se de caráter ambiental porque, a fim de evitar a superexploração das focas por parte do Reino Unido (ainda que por motivação econômica), os Estados Unidos questionaram a possibilidade da prorrogação da jurisdição para além dos limites nacionais para preservar e proteger os animais.¹⁰⁵

Na década de 30, as consequências da poluição atmosférica transfronteiriça chegariam a outro tribunal arbitral, com o paradigmático caso envolvendo a Fundição Trail (*Trail Smelter*)¹⁰⁶. Na década de 50,

¹⁰³ SANDS, 2003, p. 135.

¹⁰⁴ Nesse sentido: SANDS, 2003, p. 4.

¹⁰⁵ SANDS, 2003, p. 30.

¹⁰⁶ Trata-se de um contencioso arbitral bilateral, entre Canadá e Estados Unidos, no qual este último apresentava uma reclamação visando solucionar uma questão de poluição por dióxido de enxofre provocada pela fundição de zinco e chumbo em território canadense, com graves consequências no Estado de

seria adotada a primeira Convenção em relação à poluição dos mares e oceanos por óleo¹⁰⁷, enquanto nos anos 60 e 70, foram adotadas diversas convenções em matéria de responsabilidade civil dos operadores de atividades com potencial de danos transfronteiriços¹⁰⁸.

Na superfície das atividades mais perigosas empreendidas naquele período (e com grandes mostras de seu potencial danoso) se encontravam a extração e transporte de petróleo e os projetos envolvendo energia nuclear, como a ILC reconheceu em 1976. Enquanto não havia avanço no estabelecimento de um sistema de responsabilidade internacional dos Estados nestas áreas, as convenções prescrevendo a responsabilidade civil dos operadores constituíam um incremento limitado para a amplitude do tópico.

Considerando esta realidade, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 manifestou sua preocupação de forma direta por meio de dois princípios do seu documento final. Os

Washington. Os dois governos recorreram à arbitragem por duas vezes, uma de 1928 a 1931 e a outra de 1935 a 1941, com a finalidade de resolver a disputa. O teor de cada decisão envolveu pagamento pelo governo canadense dos danos causados no Estado de Washington, sendo que a última decisão também prescreveu um guia operacional pelo qual a fundição em Trail deveria concluir suas operações por pelo menos um ano e meio. Porém, o fato mais importante da decisão final, em 11 de março de 1941, foi o reconhecimento, pelo tribunal arbitral, de que Sob os princípios de direito internacional nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de tal maneira a causar danos por emanções de gases dentro ou no território de outro Estado ou em pessoas ou propriedades dentro deste, quando o caso for de sérias conseqüências e dano estabelecido. Ver: BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russell A., *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University, 2006.

¹⁰⁷ Convenção Internacional para Prevenção da Poluição do Mar por Óleo de 1954, adotada em Londres e posteriormente ultrapassada pela Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios (MARPOL), de 1973, e ainda em vigor.

¹⁰⁸ Como exemplo, ainda que algumas não estejam mais em vigor, podem ser citadas a Convenção de Paris sobre Responsabilidade civil contra terceiros no campo da energia nuclear (1960), a Convenção de Bruxelas sobre a responsabilidade dos operadores de navios nucleares (1962), a Convenção de Viena sobre a responsabilidade civil sobre danos nucleares (1977), a Convenção internacional sobre responsabilidade civil em danos causados por poluição por óleo (1969) e a Convenção internacional para o estabelecimento de um fundo internacional para compensação de danos causados por poluição por óleo (1971).

princípios 21 e 22 da Declaração de Estocolmo¹⁰⁹ representaram o início da estabilização de fontes globais de obrigações ambientais¹¹⁰. O primeiro determina a obrigação dos Estados de assegurar que as atividades desenvolvidas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos transfronteiriços, enquanto o segundo clama pela cooperação internacional para desenvolver a matéria da responsabilidade internacional relacionada aos danos advindos de tais atividades.

3.1.2 Os princípios gerais de direito ambiental internacional

A partir do momento que a comunidade internacional tomou consciência dos desafios relacionados à preservação ambiental, não seriam necessárias tantas décadas para que o direito internacional testemunhasse o surgimento de seu novo ramo¹¹¹. O desenvolvimento do Direito Ambiental Internacional teve na Conferência de Estocolmo um grande aliado, especialmente a fim de fomentar o nascimento de princípios gerais de direito ambiental, como alertam Kiss e Shelton. Para estes, a partir do mencionado Princípio 21, diversos outros princípios foram sendo construídos¹¹².

Em especial, aqueles autores citam os princípios adotados pelo Programa das Nações Unidas para Meio Ambiente (*United Nations Environmental Programme* – UNEP), dentre os quais se encontram o dever de notificar a outros Estados a respeito de atividades que possam implicar riscos de danos transfronteiriços, a realização de consultas com

¹⁰⁹ Os princípios dispõem que:

Princípio 21: Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levam a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.

Princípio 22: Os Estados devem cooperar para prosseguir no desenvolvimento do direito internacional relativo às questões de responsabilidade legal e de indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais causados a áreas situadas além da jurisdição de tais Estados por atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

¹¹⁰ Nesse sentido, ver: KISS, SHELTON, 2007, p. 15-42 e SANDS, 2010, p. 3-32.

¹¹¹ Nesse sentido, ver: Capítulo 2 de KISS, SHELTON, 2007.

¹¹² KISS, SHELTON, 2007, p. 38.

os possíveis Estados afetados e o dever de informação e de cooperação em casos de situações inesperadas que possam ter efeitos prejudiciais ao meio ambiente¹¹³.

A esses princípios se seguiram muitos outros, com atenção àqueles expressos na Declaração do Rio, de 1992. De acordo com Sands, alguns princípios podem ser compreendidos como gerais para o direito ambiental internacional, considerando que estão refletidos em tratados, atos vinculantes de organizações internacionais, práticas de Estados e compromissos de *soft law*¹¹⁴. Nomeadamente, além do já mencionado Princípio 21 (reforçado pelo Princípio 2 da Declaração do Rio¹¹⁵), o autor destaca os princípios da prevenção, da cooperação internacional, do desenvolvimento sustentável, da precaução, do poluidor-pagador e da responsabilidade comum mas diferenciada¹¹⁶.

Para Kiss e Shelton, os princípios gerais de direito ambiental podem ser distribuídos em três amplas categorias. A primeira diz respeito aos princípios subjetivos, considerando que são aplicáveis às condutas dos Estados de forma geral. Entre estes são inseridos os princípios da prevenção do dano, da precaução, do poluidor-pagador e do desenvolvimento sustentável. A segunda categoria seria relativa aos princípios de procedimento, tais como o dever de conhecimento (*duty to know*) que os autores descrevem como o conjunto de medidas que se pressupõem necessárias para que o Estado esteja a par do cenário ambiental geral, mediante relatórios de impacto ambiental, monitoramento, observação, análise e avaliações, tendo por base todo o

¹¹³ KISS, SHELTON, 2007, p. 38.

¹¹⁴ *Soft Law* são normas internacionais que são deliberadamente não exigíveis, embora sejam juridicamente relevantes. A efetividade das normas de *soft law* é destacada por Skjaereth, Stokke e Wetterstad (2006, p. 104-105), os quais asseveram que normas mais ambiciosas são mais fáceis de serem aceitas em uma negociação do tipo *soft law*. Além disso, este tipo de norma também prepara terreno para desenvolvimentos subsequentes de normas vinculantes. Estas normas oferecem ainda uma maior flexibilidade, inclusive na sua criação e são responsáveis por instigar pressões políticas para operacionalizar institutos coercitivos (SKJAERSETH, STOKKE, WETTERSTAD, 2006, p. 118).

¹¹⁵ Princípio 2: Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

¹¹⁶ SANDS, 2003, p. 231.

conhecimento científico disponível. Ainda nesta segunda categoria são colocados o dever de informar e de consultar e o de incentivar e permitir a participação pública, que pressupõe a informação e a consulta às populações afetadas para que estas também possam agir nos processos decisórios. A terceira e última categoria prescreve princípios equitativos, entre os quais se relacionam os princípios da equidade intergeracional, da responsabilidade comum e diferenciada e da utilização equitativa dos recursos naturais.¹¹⁷

Muitos outros especialistas em direito internacional ambiental poderiam ser aqui mencionados para aprofundar e reforçar os inúmeros princípios gerais previstos em matéria ambiental. No entanto, o foco desta seção é destacar as principais fontes de obrigações ambientais, dentre as quais se encontram os princípios. Conforme Nègre, mais do que em qualquer outro ramo do direito internacional, o direito ambiental se fundamenta em princípios. Diante desta profusão de fontes, a autora vislumbra categorias diferentes entre os princípios, partindo do pressuposto que a relação entre muitos destes com a responsabilidade internacional seria obscura.¹¹⁸

Nesse sentido, a falta de determinação com clareza do conteúdo de certos princípios ou mesmo a ausência de um conceito (termo) global para estes ameaçaria a aplicabilidade da responsabilidade ambiental. Isto porque se o conteúdo do princípio não é compreendido de forma clara e inequívoca em todos os instrumentos nos quais está previsto, as obrigações inerentes a ele estariam ameaçadas. As confusões terminológicas e a ambiguidade semântica poderiam criar reais dificuldades para a identificação do fato internacionalmente ilícito.¹¹⁹

Em que pese as oportunas observações da professora francesa, que também aponta a delicada distinção entre princípio e obrigação, é fato que os princípios se encontram dentre as fontes de direito internacional previstas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça (*International Court of Justice* – ICJ). O artigo 38 do Estatuto da Corte, apesar de se aplicar somente a ela, representa um corpo de procedimentos que os Estados aceitam como capazes de criar regras às quais devem se submeter.¹²⁰

A questão da ausência de consenso a respeito do conteúdo específico de cada princípio é, de fato, uma dificuldade na matéria

¹¹⁷ KISS, SHELTON, 2007, p. 89-109.

¹¹⁸ NÈGRE, 2010, p. 805.

¹¹⁹ Ibid, p. 804-806.

¹²⁰ KISS, SELTON, 2007, p. 3.

ambiental. Mas é algo natural em um ramo razoavelmente novo do direito internacional. Não será se não com o passar do tempo e com a matéria ambiental chegando cada vez mais aos tribunais que o conteúdo e a concepção de certos institutos ambientais – incluindo aqui os princípios gerais – vai se fortificar e se estabelecer de forma clara.

Isto não quer dizer, porém, que estes princípios não possam ou não devam ser invocados pelos Estados e pela comunidade internacional. É justamente por meio das manifestações de diversas Cortes internacionais que os princípios gerais vêm ganhando força. Mas é importante ter em mente que a jurisdição internacional não cria os princípios sozinha, ela busca na teoria e na prática dos Estados os elementos necessários para fundamentar o seu argumento. Deve ser reconhecida a dificuldade em estabelecer de forma retilínea o conteúdo de diversos princípios gerais de direito ambiental, mas sem esquecer que por se tratar de um ramo novo do direito, é esperada esta incipiência.

No capítulo anterior foi demonstrado que o tópico da responsabilidade internacional do Estado se desenvolveu por séculos sem conseguir formar uma identidade que fosse amplamente reconhecida. Ao mesmo tempo, ficou claro que não se negava a existência da responsabilidade internacional do Estado. Traçando um paralelo com os princípios gerais de direito ambiental, é possível defender que, ainda que seu conteúdo não esteja totalmente claro em função da sua contínua formação, as obrigações derivadas destes princípios não podem ser afastadas, devem ser exigíveis até para promover a evolução e coesão destes princípios.

3.1.3 Outras fontes de obrigações internacionais

O mencionado artigo 38 estabelece como fontes do direito internacional, além dos princípios gerais de direito amplamente reconhecidos, as convenções gerais ou especiais (tratados) e o costume internacional. Decisões judiciais e doutrinas são considerados meios subsidiários para identificar ou estabelecer o direito, mas nenhum dos dois constitui um meio original de criação de normas.

Como a fonte tradicional de obrigações, convém ressaltar que também no direito ambiental internacional a regulamentação convencional possui destaque, mesmo com a grande profusão de documentos de *soft law*¹²¹ nesta área. Neste caso, atenção especial deve

¹²¹ *Soft Law* são normas internacionais que são deliberadamente não exigíveis, embora sejam juridicamente relevantes. A efetividade das normas de *soft law* é

ser concedida às Convenções Internacionais que tratam direta ou indiretamente da preservação ambiental, dentre as quais podem ser citadas a Convenção da Biodiversidade, a Convenção sobre as Mudanças Climáticas, o Protocolo de Kyoto e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Em relação às obrigações ambientais, certos tratados de aplicação potencialmente global podem ser considerados como tendo as características de criação legislativa (*law-making*), especialmente quando tiverem atraído um grande número de ratificações¹²².

A regulamentação internacional pode advir também de atos próprios de organizações internacionais. Esta forma de regulamentação, também referida como *secondary legislation*, é um ato de legislação derivada que pode tanto criar obrigações por si mesma quanto interpretar ou emendar obrigações de tratados¹²³. É importante ressaltar, porém, que os efeitos de um ato emanado por uma organização internacional dependem fundamentalmente das disposições do tratado que institui a organização. Tanto é assim que a Resolução do Conselho de Segurança da UN que, em 1991, determinou a responsabilização internacional do Iraque pelos danos ambientais causados pela invasão do Kuwait tem seu caráter de obrigação internacional fundamentado no artigo 25 da Carta das Nações Unidas.

Também fontes de direito, as regras de direito costumeiro desempenham papel importante no direito internacional ambiental, ainda que possam ser vistas como tendo papel secundário na normatização¹²⁴. Considerando que para haver costume é preciso a prática reiterada e ausência de objeções persistentes às suas consequências legais, é importante destacar que dentro de condições específicas um tratado ou

destacada por Skjaerseth, Stokke e Wetterstad (2006, p. 104-105), os quais asseveram que normas mais ambiciosas são mais fáceis de serem aceitas em uma negociação do tipo *soft law*. Além disso, este tipo de norma também prepara terreno para desenvolvimentos subsequentes de normas vinculantes. Estas normas oferecem ainda uma maior flexibilidade, inclusive na sua criação e são responsáveis por instigar pressões políticas para operacionalizar institutos coercitivos (SKJAERSETH, STOKKE, WETTERSTAD, 2006, p. 118).

¹²² SANDS, 2003, p. 140.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Esta é a opinião de Sands para quem “*Customary rules have played a secondary role in international environmental law, although they can establish binding obligations for states and other members of the international community and may be relied upon in the codification of obligation in treaties and other binding acts*” (Ibid, p. 143-144).

convenção de direito internacional pode receber o *status* de costume internacional. Muitos Estados, ainda que não tenham aderido formalmente a determinado tratado e que mantenham um discurso de não vinculação às suas disposições podem ser compelidos a observar suas normas, caso o instrumento seja considerado como consubstanciando costume internacional.

Um costume internacional pode ser codificado em um tratado ou outro instrumento internacional, da mesma forma que este último pode ser aplicado até o ponto de transformar-se em costume internacional. Um exemplo desta relação é a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (*United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS*). Existem defensores da posição da Convenção como uma norma tanto de consolidação do costume internacional na forma de convenção¹²⁵, quanto de uma convenção que tornou-se costume internacional¹²⁶. O fato é que um número expressivo de doutrinadores vislumbra neste documento um costume internacional. Assim, se além da prática dos Estados for possível demonstrar evidências de que um Estado age de determinada maneira porque se sente compelido a fazê-lo por uma norma de direito internacional ainda que não a tenha ratificado, então existe uma oportunidade de questionar a validade da norma como costume internacional.

No campo do direito internacional ambiental, um dos mais relevantes exemplos de reconhecimento do costume iniciado por um documento que sequer possuía originalmente força vinculante foi a decisão da ICJ que confirmou o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo. Na opinião consultiva (*advisory opinion*) no caso da Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares de 1996, a ICJ afirmou que:

A existência de uma obrigação geral dos Estados de assegurar que atividades dentro de sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou áreas além do controle nacional é agora parte do corpo de direito internacional relacionado ao meio ambiente.¹²⁷

¹²⁵ Ibid, p. 145.

¹²⁶ SCOTT, 2005, p. 112.

¹²⁷ No original: *The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.*(ICJ, Threat or use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, p. 242, para 29).

Este caso pode ser visto como um exemplo de que a frequente referência e incorporação deste princípio em tratados contribuem para a consolidação da norma no cenário internacional. No entanto, para além de uma prestação jurisdicional que incentive a proteção ambiental, é necessário que os próprios Estados sejam capazes de se autodeterminar e de estabelecer metas internas para a adequação às regulamentações internacionais.

3.1.4 Implementação das obrigações ambientais internacionais

Conforme Sands, os Estados implementam as obrigações internacionais relacionadas ao meio ambiente em três fases distintas. Na primeira, adotam de medidas nacionais de execução, enquanto na segunda asseguram que as medidas nacionais serão cumpridas por aqueles sujeitos à sua jurisdição e controle. Na terceira e última fase, cumprem com as obrigações tomadas com as organizações internacionais relevantes, tais como relatar as medidas adotadas para atingir as obrigações assumidas.¹²⁸

É importante salientar que, ainda que um Estado tenha ratificado um tratado, as obrigações relacionadas a este e que não tenham sido implementadas na esfera nacional (com a adoção ou modificação da legislação interna, por exemplo) enfrentarão grandes dificuldades para serem exigíveis nos tribunais nacionais¹²⁹.

No entanto, a obrigação assumida internacionalmente permanece exigível, ainda que haja certa dificuldade em determinar quais Estados ou atores internacionais podem assegurar a implementação destes tratados. A UNCLOS é um dos tratados que fixam de forma mais clara a aplicação das medidas de execução e jurisdição em relação às questões ambientais.¹³⁰ Suas regras são detalhadas, determinando quais as obrigações dos Estados de bandeira, dos Estados portuários e discriminando a jurisdição aplicável aos casos de ocorrência de dano ou suspeita de fundado risco ao meio marinho. Em relação às áreas para além da jurisdição nacional, os Estados estão sujeitos às regras da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos nos

¹²⁸ SANDS, 2003, p. 174.

¹²⁹ A legislação da União Européia é uma exceção importante à esta realidade, conforme se depreende do artigo 249 do tratado de sua constituição, amparado na chamada “*direct effect doctrine*”. Um exemplo de implementação forçada pode ser visto na decisão da Corte Européia no caso *EC Comission v. Italy*.

¹³⁰ SANDS, 2003, p. 178-180.

assuntos relacionados à poluição e outras ameaças ao meio marinho e à conservação dos recursos naturais marinhos.

Ocorre que nem a UNCLOS com suas prescrições consideravelmente detalhadas, tampouco outros instrumentos internacionais, possuem resposta para todas as questões relacionadas ao cumprimento forçado das obrigações assumidas pelos Estados internacionalmente.

Quando verificado que determinado membro de um tratado não está cumprindo com as obrigações assumidas, surge o direito, dentro da comunidade internacional, de que sejam tomadas medidas para garantir o cumprimento da obrigação ou de que um tribunal possa ser provocado a manifestar-se sobre o descumprimento do tratado. A legitimidade dos atores internacionais para agir ou para demandar em juízo depende da natureza e da base legal da alegada violação, da matéria envolvida e das obrigações internacionais controvertidas.

Os Estados possuem papel fundamental no cumprimento das normas de direito ambiental internacional e, por isso, é deles que este trabalho se ocupa. Segundo a regra geral do direito processual, para demandar em juízo o autor tem que comprovar que possui legitimidade. No caso dos Estados, de acordo com o Projeto de Artigos da ILC sobre a Responsabilidade dos Estados por Fato Internacionalmente Ilícito, existe mais de uma forma de comprovar este pressuposto processual, isto é, mais de uma modalidade na forma de evocar a responsabilidade.

Um Estado pode comprovar que foi lesado diretamente pela conduta daquele contra o qual demanda. É lesado o Estado cujo direito individual tenha sido negado ou comprometido pelo fato internacionalmente ilícito, ou que por este último tenha sido consideravelmente afetado¹³¹, conforme o artigo 42 do Projeto.

¹³¹ Um exemplo presente nos comentários da ILC no documento que adotou o Projeto de Artigos prescreve que “um caso de poluição do alto mar em violação ao artigo 194 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar pode ter um impacto particular em um ou em diversos Estados cujas praias podem ser poluídas por resíduos tóxicos ou cuja pesca costeira possa ser cessada. Neste caso, independente de qualquer interesse geral dos Estados membros da Convenção na preservação do meio ambiente marinho, aqueles Estados costeiros membros devem ser considerados lesados pela violação”. Tradução nossa, no original: “*For example a case of pollution of the high seas in breach of article 194 of the United Nations Convention on the Law of the Sea may particularly impact on one or several States whose beaches may be polluted by toxic residues or whose coastal fisheries may be closed. In that case, independently of any general interest of the States parties to the Convention in*

No entanto, o artigo 48 prescreve que mesmo um Estado que não seja considerado lesado diretamente pode invocar a responsabilidade do Estado responsável pelo fato ilícito. Neste caso, a obrigação violada teria que ser devida a um grupo de Estados do qual aquele é parte e esta obrigação seria estabelecida para a proteção de um interesse coletivo do grupo. Ou, ainda, se a violação diz respeito a uma obrigação que é devida à comunidade internacional como um todo.

No comentário sete ao artigo 48, a ILC exemplifica casos de obrigações coletivas ou de interesse coletivo, destacando a segurança regional e o meio ambiente. Já no comentário oito, coloca as raízes da noção de uma obrigação devida à comunidade internacional como um todo na manifestação da ICJ no caso *Barcelona Traction*. Neste julgado a Corte verificou uma “distinção essencial” entre obrigações relacionadas a Estados particulares e àquelas devidas à “comunidade internacional como um todo”. Sendo que estas últimas, tendo em vista “a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem considerados interessados na sua proteção; elas são obrigações *erga omnes*”.¹³²

A profusão de fontes de obrigações ambientais torna evidente a dificuldade em identificar de forma clara e uniforme os princípios e regras gerais desta área do direito. Esta realidade reflete a fragmentação das regras de direito internacional ambiental, apenas uma parte do fenômeno mais amplo da fragmentação do direito internacional¹³³. Os princípios e regras de direito ambiental internacional estão colacionados em uma profusão de atos adotados nas esferas nacional, bilateral, sub-regional, regional e global. No entanto, como já afirmado, não é pela certa dificuldade em estabelecer de forma uníssona quais princípios são considerados gerais que eles devem deixar de ser trabalhados. O direito internacional, assim como o interno, também se desenvolve por meio da dinâmica de solução de uma controvérsia e estabelecimento de

the preservation of the marine environment, those coastal States parties should be considered as injured by the breach.” (ILC, 2001, p. 119)

¹³² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 33. apud ILC, 2001, p. 127.*

¹³³ Veja-se: “A fragmentação do Direito Internacional, exemplificada pela proliferação de tribunais internacionais, sobreposição de jurisdições e fragmentação das ordens normativas em campos específicos do direito, pode ser entendida como um fenômeno, tanto mais do que uma ideia. Esta é a posição adotada no Relatório do Grupo de Estudo presidido por Martti Koskenniemi na Comissão de Direito Internacional da ONU, cujo enfoque foi o fenômeno da fragmentação.” (MENDONÇA, FRANÇA, 2012)

precedente. Se os princípios não forem utilizados, não vão se desenvolver, nem se estabelecer de forma coerente como tais.

Além disso, muitos dos documentos que poderiam auxiliar de forma direta na cobrança pela implementação das normas ambientais não possuem força vinculante. É o caso dos dispositivos do Projeto de Artigos em matéria de responsabilidade por fato ilícito, o qual, graças às suas provisões gerais de norma secundária, é aplicável no ramo do direito ambiental internacional. O Projeto já está pronto há quase treze anos e a sua proposta original de estabelecer a codificação e o desenvolvimento progressivo do tópico foi atingida, porém, ainda assim, ele não foi transformado em Convenção.

Apesar dos esforços para a criação de uma legislação uniforme e integrada para o tema¹³⁴, a expansão das normas de direito ambiental internacional ainda se dá de forma fragmentada e *ad hoc*. A vasta produção de normas de conteúdo ambiental, tanto dentro de documentos com esta temática quanto nos documentos nos quais a proteção ambiental é identificada como mais um objetivo a ser atingido, não está necessariamente acompanhada de substancial aperfeiçoamento na prática dos Estados.¹³⁵

O avanço da proteção ambiental não será atingido somente a partir da adoção de um extenso e denso aparato normativo. É necessária uma intensa e crítica análise do papel da regulamentação na efetiva melhoria do *status quo* ambiental e da forma pela qual a observância a estas normas será fiscalizada e exigida. No entanto, alguns dos princípios ambientais possuem uma aceitação tão ampla que a sua caracterização como obrigação ambiental exigível na esfera internacional apenas tende a se multiplicar – não apenas nos instrumentos internacionais que o reafirmam, mas na própria prática dos Estados. Este é o caso do princípio da prevenção, analisado na sequência.

¹³⁴ Como destaca Sands (2003), a União Internacional para a Conservação da Natureza, foi responsável pela confecção de propostas de documentos que prescreveram iniciativas políticas e que, posteriormente, foram utilizadas como base de negociação em documentos internacionais importantes, como a Convenção Ramsar, da Convenção de Washington (CITES) e da Convenção da Biodiversidade. O papel pragmático desta organização, desenvolvendo linguagem e conceitos que são aplicáveis de forma uniforme e estabelecendo padrões internacionais, demonstra uma iniciativa ímpar na integração da matéria ambiental internacional.

¹³⁵ SANDS, 2003, 169-170.

3.2 A obrigação de prevenção de danos transfronteiriços

Intimamente relacionada com o já mencionado Princípio 21 da Declaração de Estocolmo/Princípio 2 da Declaração do Rio encontra-se a obrigação de prevenção. Por meio dela se exige de um Estado que previna danos ao meio ambiente e que atue diretamente para reduzir, limitar ou controlar atividades que possam implicar riscos de tais danos.

Embora alguns autores não façam distinção entre a obrigação de prevenção e a prescrita pelo Princípio 21/2¹³⁶, este trabalho concorda com um viés particular. Na linha de pensamento de Sands, a obrigação de prevenção é distinguível do princípio mencionado de duas maneiras. Pela primeira, diferencia-se porque o Princípio 21/2 tem uma inspiração marcada na relação de soberania dos Estados. Esta soberania diz respeito tanto à capacidade de um Estado explorar os recursos naturais sob sua jurisdição, como o de não afetar a soberania de outro a partir das consequências danosas da sua conduta. Já a prevenção visa minimizar riscos por si mesma¹³⁷.

O autor reconhece que esta é uma diferença sutil de racionalidade, mas que auxilia na compreensão da segunda distinção. Na obrigação de prevenção o Estado não tem um dever apenas para com outro Estado, ou com a comunidade internacional, mas tem o dever de prevenir danos ao meio ambiente dentro de sua própria jurisdição.¹³⁸ Esta é uma diferença mais palpável e que não deve ser deixada de lado. No entanto, considerando que neste trabalho estamos tratando do direito ambiental dentro de um conceito de responsabilização internacional, o enfoque será dado à prevenção do risco transfronteiriço, até mesmo em consideração à capacidade processual dos Estados de acordo com o ARSIWA, como se verá adiante.

A obrigação geral que profbe um Estado de utilizar o seu território de tal maneira a causar danos transfronteiriços pode ser rastreada até a Sentença Arbitral no caso *Trail Smelter*, onde foi vedado a qualquer Estado usar seu território de tal forma a causar danos a outro Estado. Esta regra geral foi posteriormente redefinida no caso do Estreito de Corfu, quando a ICJ decidiu que a obrigação pode ser violada tanto por um ato como por uma omissão. No entanto, somente em 1996, no parecer consultivo acerca da Legalidade da Ameaça ou Uso

¹³⁶ Veja: LEFEBER, 1996, p. 19-41; DRUMBL, 2006, p. 84-90.

¹³⁷ SANDS, 2003, p. 246.

¹³⁸ Ibid, p. 246-247.

de Armas Nucleares é que foi abertamente reconhecida a regra em seu contexto ambiental adequado, de acordo com Plakokefalos.¹³⁹

Mais recentemente, a ICJ reafirmou sua jurispridência no caso das Papeleiras do Rio Uruguai (*Pulp Mills*). Esta decisão é especialmente significativa porque foi utilizada em um caso envolvendo diretamente questões ambientais de natureza transfronteiriça, ainda que a disputa se pautasse no descumprimento de tratado¹⁴⁰.

3.2.1 O papel do risco na obrigação de prevenção

De acordo com o teórico Ulrich Beck, nós vivemos em uma “sociedade de risco”, marcada pela existência de perigos e inseguranças relacionados à modernidade. Assim, o risco seria um conceito a ser introduzido progressivamente nos modernos sistemas legais, o que não deixa de ser realidade diante do direito ambiental internacional.

O risco é uma forma intangível e abstrata de possibilidade de um dano, trazendo consigo a ameaça, que, de certa forma, é um dano por si mesma.¹⁴¹ De acordo com Beck, o risco é um conceito criado para prever e controlar as consequências futuras da ação humana, conectado, assim, de forma íntima com os processos decisórios técnicos e administrativos.¹⁴² A diferença entre os tipos de riscos criados naturalmente e aqueles relacionados à tecnologia está na decisão do ser humano de aceitá-los ou rejeitá-los.¹⁴³ É a partir desta reflexão que surgem conceitos como o de gerenciamento de riscos, com o qual a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços possui estreita interação.

Em matéria ambiental, dois elementos do risco são especialmente relevantes: a probabilidade do evento danoso ocorrer e a dimensão que este possível dano tomaria. Assim, para avaliar de forma adequada o risco, também será preciso compreender qual o limite de tolerância que a sociedade admite para ele, considerando os eventuais benefícios da atividade que o produz.¹⁴⁴ Para Barboza, risco e dano não

¹³⁹ PLAKOKEFALOS, 2013, p. 2.

¹⁴⁰ Para uma visão a partir das controvérsias econômicas e ambientais que permearam o caso, ver: NOSCHANG, 2008, p.12.

¹⁴¹ BARBOZA, 2011, p. 9.

¹⁴² BECK, 1992, p. 8.

¹⁴³ BARBOZA, 2011, p. 9.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 10.

podem ser entendidos se não entrelaçados: risco é o dano potencial e dano é a consequência do risco.¹⁴⁵

Uma conduta que crie risco a outras pessoas é frequentemente sujeita a sanções penais. Diante disso, as atividades que apresentam riscos em sua operação podem ser consideradas em uma área cinza entre o lícito e o ilícito¹⁴⁶. A área se torna cada vez mais clara quanto maior for o benefício da atividade (econômico, social, cultural) e menor for seu risco. Enquanto isso, o inverso também é verdadeiro: quanto maior o risco e menor o benefício, menor é a liberdade que a comunidade internacional dá aos atores para que exerçam a atividade. O risco relacionado a estas atividades pressupõe que o dano possa tanto ocorrer quanto não ocorrer.

A razão de um Estado permitir que no seu território seja conduzida uma atividade localizada nesta área cinza diz respeito ao elemento da soberania deste sujeito do direito internacional. Ao mesmo tempo, o atributo da soberania é limitado pelo direito à integridade territorial dos outros Estados.¹⁴⁷ Como o risco não é equivalente ao dano e como as atividades perigosas podem ser socialmente úteis, a sua execução pode ser permitida. No entanto, o risco deve ser equilibrado com algo na outra ponta da balança e um destes elementos é a obrigação de prevenção.¹⁴⁸

3.2.2 Prevenção e *due diligence*

Assim como é possível encontrar confusão entre a prescrição do Princípio 21 e a prevenção em sentido estrito, também se percebe a utilização intercalada da obrigação de prevenção e do dever de diligência (*due diligence*)¹⁴⁹.

Para Crawford, quando se considera uma violação, os dois tipos de obrigação são distinguíveis, uma vez que na de prevenção não haveria quebra da obrigação a menos que o evento que deveria ser evitado ocorresse. O mesmo não seria verdade com uma norma de *due*

¹⁴⁵ Ibid., p. 92.

¹⁴⁶ BARBOZA, 2011, p. 154.

¹⁴⁷ PELLET, 2010, p. 4.

¹⁴⁸ BARBOZA, 2011, p. 155.

¹⁴⁹ O que se percebe, por exemplo, no segundo Relatório de responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional, apresentado por Rao na ILC. (ILC, 1999, p. 116)

diligence, que poderia ser violada pela falha em exercer o devido cuidado, ainda que o efeito temido não ocorresse.¹⁵⁰

Apesar da estreita relação entre ambas as normas, apenas a obrigação de prevenção foi explicitamente mencionada pela ILC durante a primeira leitura do projeto. Nesta leitura, a obrigação de prevenção estava inscrita no artigo 23, pelo qual o Estado deveria “pelos meios de sua própria escolha” prevenir a ocorrência de dado evento. Porém, na segunda leitura, foi o artigo foi abandonado, ao argumento de que se tratava de uma norma primária dentro de um projeto de normas secundárias.¹⁵¹

Existe também uma corrente teórica que entende que as obrigações de *due diligence*, de maneira genérica, se refeririam apenas a omissões contrárias à norma. Por esta teoria seria possível analisar uma possível omissão do Estado ao não agir conforme uma obrigação à qual se vinculou por meio de uma norma de prevenção. Dessa forma, um Estado poderia ser responsável por falhar em emanar a legislação adequada, em implementar leis, em prevenir e acabar com as atividades ilegais e aqueles por elas responsáveis.¹⁵² A esta corrente se filia Dupuy:

As regras mínimas [...] cobrindo a posse e operação pelos Estados da infraestrutura legal e material suficiente para assegurar o cumprimento de suas obrigações sob condições normais não podem estar sujeitas a nenhuma transigência. Elas constituem o padrão mínimo abaixo do qual a sobrevivência de um Estado poderia ser incompatível com a sua coexistência dentro da comunidade internacional.¹⁵³

Apesar da menção desta teoria dentro da análise da obrigação geral de prevenção, é importante destacar que a concepção de Dupuy do termo *due diligence* tem algo de particular. Para aquele autor, o dever de diligência é a conduta esperada de um bom governo a fim de

¹⁵⁰ CRAWFORD, 2013, p. 227.

¹⁵¹ Ibid, p. 227-228.

¹⁵² XUE, 2003, p. 164.

¹⁵³ Apud Xue, 2003, p. 164. No original: “*the minimum rules...covering the possession and operation by states of a legal and material infrastructure sufficient to ensure the fulfillment of their obligations under normal conditions cannot be subject of any compromise. They constitute the minimum standard below which the survival of a State would be incompatible with its co-existence within the international community.*”

efetivamente proteger outros Estados e o meio ambiente¹⁵⁴. Por isso, cumprir com uma obrigação deste tipo estaria mais relacionado à boa fé do governo em se adequar à norma de direito internacional público do que, propriamente, com a questão ambiental.

O dever de evitar a poluição transfronteiriça, também para Kiss e Shelton, requer que o Estado exerça a *due diligence*, que significaria para os autores agir de boa fé e regular as atividades públicas e privadas sob sua jurisdição ou controle e que tenham potencial de causar danos ao meio ambiente¹⁵⁵. A obrigação é a de prevenção, mas a forma pela qual deve ser cumprida é a *due diligence*. Justamente por esta razão, é que os autores entendem que a obrigação é complexa, não apenas por estar impressa em diversos instrumentos convencionais, mas pela necessidade de adoção de estratégias e políticas variadas.

Em relação à infraestrutura mencionada por Dupuy, Xue destaca que existe uma série de instrumentos legais internacionais que requerem que os Estados adotem as medidas apropriadas para prevenir, controlar e reduzir os danos ao meio ambiental. Cumprir com parte do dever de diligência é adotar uma regulamentação interna condizente com estes instrumentos.¹⁵⁶ Assim, o padrão de *due diligence* deveria ser aquele considerado como razoavelmente proporcional ao risco de dano em cada caso particular, como afirma Barboza.¹⁵⁷

No julgamento do Caso das Papeleiras, a Corte Internacional de Justiça foi muito clara ao se manifestar sobre a obrigação de prevenção, destacando que “a Corte aponta que o princípio da prevenção, como uma regra costumeira, tem sua origem na *due diligence* que é requerida de um Estado em seu território.”¹⁵⁸ Aqui, a compreensão de *due diligence* se aproxima muito da barganha implícita apontada por Crawford em relação à responsabilidade e mencionada no primeiro capítulo. O Estado tem soberania territorial, mas tem o dever de agir com *due diligence* para evitar danos aos territórios fora de sua jurisdição.

¹⁵⁴ DUPUY, 1977, para. 13-14. No mesmo sentido: BIRNIE, BOYLE, 2002, p. 104.

¹⁵⁵ KISS, SHELTON, 2007, p. 91.

¹⁵⁶ XUE, 2003, p. 164.

¹⁵⁷ BARBOZA, 2011, p. 15.

¹⁵⁸ No original: “The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory.”(ICJ, Pulp Mills Case, 2010, p.45, para 101)

Portanto, ainda que Crawford tenha fundamentos para apontar uma diferença entre a obrigação de prevenção e a de *due diligence*, entende-se que o autor acabou por descaracterizar a essência do dispositivo de prevenção ao procurar diferenciar as duas como se paradoxais fossem. Isto porque para o autor a norma de prevenção não seria violada a menos que o evento a ser evitado tivesse tomado lugar. Ao mesmo tempo, destacou que as obrigações de cuidado (*due diligence*) poderiam ser violadas pelo não cumprimento de deveres a ela relacionadas. Parece-nos, entanto, que o autor rejeitou a finalidade última da prevenção dentro do contexto ambiental: minimizar os riscos, evitar o dano.

Diverso é o posicionamento de Dupuy. Considerando justamente a finalidade da norma, o autor entende que a obrigação de prevenção é um tipo de obrigação de *due diligence*. Portanto, para que seja cumprida é necessário que o Estado adote medidas instrumentais que demonstrem seu esforço em evitar ao máximo custo o evento ou, ao menos, de minimizá-lo, e que atue de forma a implementar estas medidas.

3.2.3 O conteúdo da obrigação

Do direito internacional público vem a regra de que um Estado não deve causar danos a outros Estados. O dever geral de prevenção de danos transfronteiriços claramente emerge desta preocupação internacional de não causar impactos negativos significativos ao meio ambiente foram da jurisdição nacional. Mas, o Estado não deve apenas se abster de causar danos a outro, deve também prevenir que este dano ocorra, mitigando os riscos.

Para Kiss e Shelton, seguindo o mesmo raciocínio já manifestado por Dupuy, o princípio da prevenção visa evitar o dano independentemente da ocorrência de impactos para além do território que explora a atividade:

A racionalidade do dispositivo deriva da interdependência de todas as partes do meio ambiente e do fato de que é frequentemente impossível reparar um dano ambiental: a extinção de uma espécie de fauna ou flora, erosão e o derramamento de poluentes persistentes nos oceanos criam situações irreversíveis.¹⁵⁹

¹⁵⁹ No original: *The rationale derives from the interdependence of all parts of the environment and the fact that it is frequently impossible to remedy*

Os autores ainda destacam que mesmo quando os danos são remediáveis, por vezes, os custos podem ser proibitivos. É por esta razão que a ênfase deve ser colocada na obrigação de preservar, em oposição à de reparar, remediar ou compensar.¹⁶⁰ Por esta razão, existe uma relação muito próxima entre a prevenção e o risco, tendo em vista que o princípio da prevenção pressupõe uma antecipação do Estado em relação aos fatos e não uma mera ação de gerenciamento posterior de danos.

Pela ótica da obrigação de prevenção, a ação deve ser tomada no estágio mais embrionário possível e, como dito, sempre que possível, antes da ocorrência de qualquer dano. Contudo, esta obrigação não é uma garantia de que o evento não irá ocorrer, mas pressupõe que todas as medidas razoáveis e possíveis serão adotadas para evitar que o evento ocorra.

O artigo 192 da UNCLOS é visto como um dos primeiros dispositivos a expressar o dever geral de prevenção ao afirmar que “Estados tem a obrigação geral de proteger e preservar o meio ambiente marinho”. Na sequência, a Convenção da Biodiversidade de 1992 reafirma a mesma obrigação de prevenção ao listar as medidas que devem ser tomadas para assegurar a conservação dos recursos biológicos entre os Estados membros.

O objetivo esperado da prevenção é a proteção e a preservação ambiental. Kiss e Shelton destacam, contudo, que não há definição clara em tratado sobre os termos “proteger”, “preservar” ou “conservar”. Exemplificam com o mencionado artigo 192 da UNCLOS, que utiliza aqueles dois primeiros, numa alusão a significados distintos. Assim, proteção poderia ser vista como se abster de atividades que possam causar danos e tomar medidas afirmativas para assegurar que não ocorra deterioração ambiental. O termo proteção seria ainda relacionado à adoção de regulamentações e instituições em nível nacional. Enquanto isso, a preservação poderia ser entendida como um objetivo a longo prazo, considerando o direito de futuras gerações. Ainda para os autores, a conservação teria alcance limitado, basicamente relacionada à manutenção do *status quo*.

environmental injury: the extinction of a species of fauna or flora, erosion, and the dumping of persistent pollutants into the sea create irreversible situations”. (KISS, SHELTON, 2007, p. 91)

¹⁶⁰ ILC, 2001, p. 149.

3.2.4 As medidas instrumentais

A partir de uma compreensão genérica do tipo da norma (*due diligence*), ela pode ser considerada como uma obrigação que dá ensejo ao requerimento de uma série de outras obrigações. Isto é, seu cumprimento é relacionado à realização de outras obrigações entendidas como instrumentais para a que o objetivo da norma de prevenção seja atingido, ou seja, para que os riscos possam ser mitigados. Um exemplo é o direito ou obrigação de prestar assistência a um Estado em uma emergência ambiental, que alguns autores questionam se não seria uma obrigação menor, parte da obrigação de prevenção¹⁶¹.

A realização de relatórios de impacto ambiental, a manutenção de atividades de monitoramento, a notificação e de troca de informações são exemplos de obrigações gerais de direito ambiental tratadas por quase todos os documentos internacionais de matéria ambiental, conforme esplanado no tópico anterior. Considerando que a incapacidade de exercer o *due diligence* para prevenir danos transfronteiriços pode resultar em responsabilização internacional do Estado, a presença ou a ausência de adoção de regulamentações instrumentais pode servir como padrão de análise de prova, determinando se o Estado exerceu ou não o seu dever.¹⁶²

Outros deveres relacionados à obrigação da prevenção são os de notificação prévia e de informação. Ambos se tornam também instrumentais para que o Estado sujeito a ser atingido pela poluição transfronteiriça possa tomar uma decisão consciente quanto a aceitar ou não o risco inerente à determinada atividade. Além disso, permite a este Estado assumir uma posição de negociar um regime jurídico que possa reestabelecer a balança de interesses entre ele, que apenas corre o risco, e aquele que se beneficia diretamente da atividade econômica.¹⁶³

A notificação prévia e a informação não são apenas deveres dos Estados de origem das atividades, mas direitos subjetivos daqueles Estados que estejam submetidos ao risco de danos transfronteiriços. O Estado de origem deve realizar consultas com os possíveis prejudicados de boa fé e em estágio inicial, conforme prescreve o Princípio 19 da Declaração do Rio¹⁶⁴.

¹⁶¹ Nesse sentido, ver: KISS, SHELTON, 2010, p. 93.

¹⁶² KISS, SHELTON, 2010, p. 81-92.

¹⁶³ BARBOZA, 2011, p. 17.

¹⁶⁴ Princípio 17: Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados, notificação prévia e informações relevantes acerca de

Os deveres de notificação e informação estão muito relacionados ao de realizar avaliações de impacto ambiental. Isto porque o Estado responsável pela atividade só será capaz de cumprir de forma eficaz com os dois primeiros se tiver executado as avaliações de forma prudente e eficaz. Em uma relação em cadeia, a obrigação de prevenção só será cumprida se o Estado for capaz de adotar medidas instrumentais que a avalizem. É verdade que nem sempre estão claros os requisitos instrumentais que para que a obrigação de prevenção atinja seu objetivo. No entanto, o direito internacional ambiental estabelece outros princípios gerais que são pressupostos procedimentais para que a obrigação de prevenção seja atingida e estes não devem ter sua aplicação afastada.

a) A obrigação de notificar previamente

Esta obrigação, como a própria nomenclatura destaca, está situada no estágio preliminar de planejamento de uma atividade perigosa. O Estado que tem interesse em conduzir ou autorizar a condução de uma atividade que possa causar danos transfronteiriços está obrigado a notificar todos os outros Estados potencialmente afetados. No entanto, o conteúdo específico desta obrigação procedimental não está sempre claro. Este o caso, por exemplo, entre o dever de notificar previamente e o de conduzir uma avaliação de impacto ambiental¹⁶⁵.

A notificação dos planos de um projeto que possa causar impactos significativos no território de outros Estados frequentemente envolve a realização de uma avaliação ambiental de caráter preliminar. Como aponta Okawa, a notificação deve ser acompanhada das informações essenciais para que um estado possa apreciar adequadamente os efeitos que o projeto em análise podem trazer.¹⁶⁶ Portanto, o dever de informação prévia só será adequadamente cumprido se elementos da avaliação de impacto ambiental forem apresentados.

Diversos são os instrumentos internacionais que prescrevem o dever de informação dentre as obrigações relacionadas à proteção e preservação do meio ambiente. Neste ponto, considerando que se tratam de instrumentos convencionais, basta a menção de alguns principais, tais

atividades que possam vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seja possível e de boa fé. (ONU, 1992)

¹⁶⁵ PLAKOKEFALOS, 2013, p. 6.

¹⁶⁶ OKAWA, 1996, p. 300.

como a Convenção sobre Segurança Nuclear, a UNCLOS, a Convenção sobre o direito relativo às utilizações de cursos de água internacionais para outros fins que não a navegação e a própria Convenção Espoo, que trata dos relatórios de impacto ambiental.

Mas, a fim de demonstrar o caráter de costume desta obrigação procedimental é importante destacar as decisões das Cortes internacionais que fundamentam a ideia. Na decisão do *Lac Lanoux*, ainda que o caso não tenha sido julgado no mérito com base no direito ambiental, foi reconhecida a obrigação de prestar informações previamente¹⁶⁷. É resconhecido que desde a mencionada decisão arbitral a obrigação de notificação prévia expandiu-se significativamente no direito internacional.¹⁶⁸

A afirmação mais recente e mais coadunada com o direito ambiental pode ser encontrada no caso *Pulp Mills*, quando a Corte decidiu com base no Estatuto do Rio Uruguai que o Uruguai tinha a obrigação de notificar tanto a Comissão do Rio Uruguai quanto a Argentina sobre quaisquer planos que pudessem ter efeitos ambientais no rio. O caso é especialmente importante porque estabeleceu que a natureza da atividade perigosa pretendida pelo Uruguai criava para ele o dever de notificar a Argentina antes de autorizar a construção da papeleira.¹⁶⁹ Como esta ação não havia sido tomada, a Corte considerou que o Uruguai violou a sua obrigação de notificação.¹⁷⁰ É importante destacar, ainda, que a Corte definiu que é o próprio Estado quem deve notificar aos outros possíveis afetados – independente dos fatos serem de conhecimento da imprensa, de ONGs ou de outros meios de comunicação. Os canais oficiais de comunicação do Estado é que estão aptos a proceder com este dever¹⁷¹.

As decisões judiciais e os inúmeros tratados que incluem a obrigação entre os deveres procedimentais demonstram o caráter costumeiro da obrigação, mas não são claros ao especificar de que forma esta obrigação deve ser executada. Neste ponto, as lições trazidas pelo Projeto de Artigos em Prevenção são de grande valia. No seu artigo 8, o Projeto prescreve que o estado de origem deve notificar aos Estados que podem ser afetados pela atividade que se planeja executar. Ao mesmo

¹⁶⁷ *Lac Lanoux* (Espanha v. França), XII UNRIAA 1957, p.287.

¹⁶⁸ Nina Nordstrom, Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgwell, *apud* PLAKOKEFALOS, 2013, p. 8.

¹⁶⁹ *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguai), ICJ Reports, 2010, paras 96 e 121.

¹⁷⁰ *Ibid*, para 111.

¹⁷¹ *Ibid*, para 110.

tempo, determina que esta notificação deve ser respondida pelos Estados que a receberem dentro de seis meses, período no qual o estado de origem deve abster-se de iniciar com a atividade – o que inclui a construção de prédios e facilidades relacionadas à atividade. Esta é uma determinação de vital importância, não só porque demonstra o caráter prévio da obrigação, mas porque facilita a prova do descumprimento. No entanto, uma importante limitação acaba por ser criada em relação ao prazo: ele não pode ser estendido a pedido do Estado possivelmente afetado, o qual também não pode requerer informações suplementares que não constem na avaliação de impacto que tenha sido entregue. Esta limitação pode ser vista como um ponto a favor do Estado de origem da atividade¹⁷².

Embora o Projeto de Artigos em Prevenção lance uma visão mais específica sobre a obrigação de notificação prévia, esta concepção ainda não se mostra largamente adotada. Porém, com a adoção cada vez mais frequente do projeto como um guia para as cortes internacionais e para a criação de instrumentos convencionais, é possível esperar que as suas prescrições passem a ser largamente adotadas. Enquanto isso, o direito ambiental vai construindo a obrigação de forma gradual, criando as bases para sua exigibilidade como uma obrigação procedimental diretamente relacionada ao dever de prevenção de danos transfronteiriços.

b) A obrigação de realização de avaliações de impacto ambiental

Entre os deveres mais comumente relacionados à obrigação de prevenção se encontra o de realizar relatórios de impacto ambiental das atividades. Estes relatórios permitem que um Estado sujeito ao risco de dano inerente a uma determinada atividade possa tomar decisões informadas a respeito do limiar de tolerância e de medidas preventivas para mitigar o risco. De acordo com Barboza, o estudo de impacto ambiental é uma obrigação que remonta à sentença do tribunal arbitral *Trail Smelter* e que foi instrumentalizada pelo Princípio 17 da Declaração do Rio¹⁷³. Mais recentemente, ao julgar o caso *Pulp Mills* a

¹⁷² PLAKOKEFALOS, 2013, p. 9.

¹⁷³ O qual dispõe: “A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente”.

ICJ reconheceu que o requerimento da realização de avaliações de impacto ambiental é agora parte do direito internacional geral.¹⁷⁴

Ao longo do tempo, vários instrumentos internacionais incorporaram a ideia de relatórios de impacto ambiental como pressupostos da obrigação de prevenção.¹⁷⁵ Como exemplo principal pode ser citada a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contexto Transfronteiriço de 1991 (ou *Espoo*)¹⁷⁶, que foi dedicada inteiramente aos procedimentos e conteúdo dos relatórios de impacto ambiental. Ao ser objeto de um tratado de abrangência regional (posteriormente aberto à ratificação por membros da UN que não fossem membros da UNECE) o relatório de impacto ambiental mostra a sua força como uma obrigação internacional própria, ainda que fora de instrumentos como a Espoo as suas provisões sejam essencialmente gerais.

É importante notar, contudo, que o gatilho da necessidade de uma avaliação ou relatório de impacto ambiental é sempre o risco significativo de danos ambientais. Para facilitar a compreensão do que é este “dano significativo”, os comentários ao Projeto de Artigos em Prevenção merecem ser analisados. No comentário presente no parágrafo quatro, a ILC deixou claro que um dano significativo é um dano “mais do que detectável, mas que não precisa estar no grau de ‘sério’ ou ‘substancial’”.¹⁷⁷ O intuito de estabelecer um parâmetro como

¹⁷⁴ *[T]he obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment when there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.* Ver: Pulp Mills, p.83, para. 204, 2010.

¹⁷⁵ Nesse sentido, ver: ILC, 1994, p. 203-227.

¹⁷⁶ A Convenção estabelece obrigações para às Partes para avaliar o impacto ambiental de determinadas atividades em um estágio inicial de planejamento. Também estabelece a obrigação geral dos Estados de notificar e realizar consultas entre si em todos os principais projetos sob consideração que são susceptíveis de causar significativo impacto ambiental adverso para além das fronteiras nacionais. A Convenção foi adotada em 1991 e entrou em vigor em 1997. A partir de 2001 foi aberta à participação de membros da UN que não fossem membros da UNECE e em 2004 foi emendada para revisão e ampliação da lista de atividades que requerem a realização de estudos de impacto ambiental. (UNECE, s.d)

¹⁷⁷ ILC, 2001.

o “dano substancial” pode ser traçado à soberania do Estado sobre os seus recursos, com o claro propósito de evitar alegações frívolas de descumprimento. Assim, é com o dano quase imperceptível que a prevenção de danos transfronteiriços se preocupa, mas com aquele que é detectável e que representa um problema para o meio ambiente.

Em relação às avaliações de impacto ambiental, infelizmente, o trabalho da ILC não produziu nenhum avanço e não codificou nenhum dos procedimentos específicos previstos em instrumentos internacionais como a Convenção Espoo. Na realidade, nos comentários aos artigos propostos, a Comissão alega que o conteúdo específico das avaliações deve ser determinado pela legislação interna de cada Estado. A única diretriz estabelecida é a de que o relatório deve conter uma avaliação clara dos possíveis efeitos da atividade de forma a permitir que os Estados afetados possam compreender a extensão dos danos potenciais atralados àquela.¹⁷⁸

Quando analisou a obrigação de conduzir a avaliação de impacto ambiental no caso *Pulp Mills* a ICJ tampouco jogou luz sobre o conteúdo da obrigação. Apesar de ter reconhecido o seu caráter costumeiro e não apenas convencional, adotou a mesma tática dos Artigos em Prevenção, estabelecendo que caberia ao Uruguai definir internamente quais procedimentos deveriam ser adotados para a realização da avaliação¹⁷⁹.

A consequência da abordagem da ILC e da ICJ de relegar ao direito interno o estabelecimento do conteúdo do relatório de impacto ambiental, claramente não será satisfatória à proteção ambiental. A variedade de assuntos técnicos envolvidos certamente dará ensejo a discussões entre os Estados que dificilmente serão resolvidas sem prejuízo ao meio ambiente. Isto porque sem um padrão mínimo estabelecido para o conteúdo da obrigação, corre-se o risco do Estado de origem fatalmente preferir uma legislação menos rígida, considerando sua predisposição em executar a atividade.

¹⁷⁸ *The specifics of what ought to be the content of assessment is left to the domestic laws of the State conducting such assessment. For the purposes of article 7, however, such an assessment should contain an evaluation of the possible transboundary harmful impact of the activity. In order for the States likely to be affected to evaluate the risk to which they might be exposed, they need to know what possible harmful effects that activity might have on them.* (ILC, 2001, p. 158-159)

¹⁷⁹ *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguai), ICJ Reports, 2010, para 205.

Felizmente, contudo, outro tribunal já se manifestou sobre o mesmo assunto, desta vez, com uma visão consideravelmente diferente. O Tribunal Internacional para o Direito do Mar, no caso da Opinião Consultiva *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* recusou-se a estabelecer que o conteúdo do relatório de impacto ambiental deveria ser definido com base na legislação interna. Na realidade, o Tribunal nadou na direção oposta, reconhecendo o caráter costumeiro da realização de avaliações de impacto ambiental e estabelecendo que, apesar do ICJ ter entendido que o escopo e o conteúdo da obrigação não está claro no direito internacional geral (*Pulp Mills*), haviam normas que adicionavam precisão e especificidade à obrigação no contexto de atividades da Área. Estabeleceu, assim, que o conteúdo do relatório de impacto que os Estados devem conduzir nas suas atividades da Área poderia ser definido pelas Recomendação e Regulamentações na exploração do leito marinho que são exaradas pela Autoridade dos Fundos Marinhos e pela Comissão Técnica da Área¹⁸⁰. Ou seja, o Tribunal utilizou outros instrumentos internacional relacionados à UNCLOS para definir o conteúdo da obrigação de forma específica – uma técnica que seria bem-vinda se aplicada em casos equivalentes.

Considerando a lição retirada da opinião consultiva do Tribunal do Mar, as brandas prescrições do Projeto de Artigos em Prevenção e da decisão da ICJ poderiam e deveriam ser ultrapassadas pela adoção de diretrizes mais claras com base na convenção especial sobre o tema, a Espoo, por exemplo. Ainda que possua caráter regional, suas diretrizes são amplas o suficiente para serem utilizadas na elaboração do relatório de impacto ambiental de um projeto como o do Gasoduto do Mar Báltico, que envolve a jurisdição de cinco países litoraneos – Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Rússia e Suécia e pode afetar todo o Mar Báltico.¹⁸¹ Além disso, a Convenção atualmente possui 45 Estados-membros, o que demonstra o seu caráter de norma geral.

c) O dever de informação

Nos artigos de Prevenção da ILC, a obrigação de trocar informações pode ser identificada tanto como uma obrigação autônoma no seu artigo 12 quanto parte de outras obrigações, ao longo do texto. O

¹⁸⁰ *Advisory Opinion on Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, 2011, paras 144-150.

¹⁸¹ Ver: KOIVUROVA, PÖLÖNEN, 2013.

mencionado artigo estipula que os Estados têm o dever de continuamente realizar a troca de informações, enquanto o artigo oitavo, por exemplo, prescreve que no caso da avaliação de impacto ambiental indicar que existe um risco de dano transfronteiriço, o Estado de origem deve transmitir todas as informações relevantes. Percebe-se, assim, que o dever de informação é parte procedimental de outro dever, o de notificação prévia. No entanto, existe de forma autônoma, como um dever que deve se repetir consecutivamente em intervalos regulares, ou sempre que houver razão especial para informar.

Durante o julgamento do caso *Pulp Mills*, a ICJ estabeleceu que o conteúdo da informação deve ser compartilhado da maneira mais ampla e detalhada possível, até para criar as condições necessárias para uma cooperação bem-sucedida entre os Estados envolvidos.¹⁸²

É importante destacar que no Projeto de Artigos da ILC o dever de informar é uma obrigação dos Estados que pode ser cumprida de forma livre, desde que seja realizada de forma clara. Somando-se a este procedimento o que já foi decidido pela ICJ, a limitação fica por conta da necessidade da informação ocorrer por meios oficiais, e não apenas restringindo-se o Estado de origem a informar à imprensa.

d) *Dever de consulta e de negociação*

São deveres que devem ser entendidos dentro de uma perspectiva mais ampla, a da cooperação dos Estados.¹⁸³ O dever de cooperar é encontrado numa variedade tão grande de instrumentos e decisões de cortes internacionais, que seu *status* fica entre o costume e o de princípio geral de direito.

No contexto ambiental, a ICJ também já se manifestou sobre a obrigação. Especificamente no caso *Pulp Mills*, estabeleceu que “é através da cooperação que os Estados envolvidos podem gerenciar conjuntamente as regras que podem ser criadas em relação aos danos ao meio ambiente advindos de planos iniciados por um ou outro, a fim de prevenir o dano em questão¹⁸⁴”. O dever de cooperação ainda está

¹⁸² *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguai), ICJ Reports, 2010, para 113.

¹⁸³ PLAKOKEFALOS, 2013, p. 22.

¹⁸⁴ No original: “[i]t is by co-operating, that the States concerned can jointly manage the rules of damage to the environment that might be created by the plans initiated by one or other of them, so as to prevent the damage in question”. (*Pulp Mills* (Argentina v. Uruguai), ICJ Reports, 2010, para 77)

previsto no Princípio 4 da Declaração de Estocolmo e nos Princípios 7, 14 e 27 da Declaração do Rio.

A razão do dever de cooperação abarcar os de consulta e negociação é justamente porque estes dois últimos aparecem quando há desentendimento em relação à realização de determinada atividade perigosa. Uma vez que este desentendimento surja, os Estados têm o dever de cooperar para atingir uma solução satisfatória. Essa cooperação vai advir de consultas e negociações. Na realidade, no caso das consultas não há necessariamente um desentendimento prévio, mas elas tomam lugar justamente para identificar os pontos de desacordo e para tentar resolver as questões assim que elas surgirem. Como consequência, surge a negociação, ainda que os limites entre ambas não sejam extremamente precisos.¹⁸⁵

A ILC esforçou-se em definir o conteúdo da obrigação de realizar consultas por meio do artigo nove do Projeto de Artigos em Prevenção¹⁸⁶. O artigo estabelece os critérios pelos quais a consulta deve ser estabelecida, partindo do pressuposto que tanto o Estado de origem quando o potencialmente afetado podem realizar o pedido para estabelecer o compromisso, que deve ter um tempo razoável e pré-determinado para duração. Uma certa inovação pode ser encontrada na definição de “balança equitativa de interesses”, presente no artigo 10, e que deve servir como critério no momento das consultas. Para equalizar a balança, o grau de risco da atividade proposta e sua importância social e econômica devem ser analisados conjuntamente com a contribuição dos Estados envolvidos para as medidas de prevenção. É preciso notar, ainda, que nos comentários aos artigos a ILC prescreve que o Estado que estiver planejando a atividade deve agir de boa fé e levar em

¹⁸⁵ PLAKOKEFALOS, 2013, p. 23.

¹⁸⁶ *Art. 9 Consultations on preventive measures:*

1. *The States concerned shall enter into consultations, at the request of any of them, with a view to achieving acceptable solutions regarding measures to be adopted in order to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof. The States concerned shall agree, at the commencement of such consultations, on a reasonable time frame for the consultations.* 2. *The States concerned shall seek solutions based on an equitable balance of interests in the light of article 10.* 3. *If the consultations referred to in paragraph 1 fail to produce an agreed solution, the State of origin shall nevertheless take into account the interests of the State likely to be affected in case it decides to authorize the activity to be pursued, without prejudice to the rights of any State likely to be affected.* (ILC, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm, 2001)

consideração as preocupações do Estado potencialmente atingido, mesmo quando as negociações forem interrompidas por conta deste último.¹⁸⁷

Percebe-se, portanto, que não existe uma obrigação se chegar a um acordo, mas de estabelecer procedimentos de consulta e de negociação de boa fé, visando não somente ao interesse de um Estado, mas considerando o dever maior, o de cooperar.

Conforme destaca Weiss, os deveres procedimentais emergiram simultaneamente ao desenvolvimento do que a autora denomina de princípios substantivos – tais como a prevenção. Estes princípios e regras procedimentais, tanto de ordem convencional quanto costumeira, nascem do dever de *due diligence* com o meio ambiente. E, por razões inerentes à sua procedimentalidade, eles também suplementam a implementação dos objetivos dos princípios substantivos¹⁸⁸.

A prevenção é uma obrigação complexa, não apenas pela necessidade de implicar a colocação em prática de outras obrigações internacionais, que podem ser entendidas como procedimentais, mas por enfrentar classificações teóricas distintas. Mais uma vez, no entanto, reitera-se: não é pela ausência de unanimidade na definição das medidas instrumentais e dos padrões de diligência que a obrigação de prevenção deixará de ser exigível. A consequência da incipiência da obrigação é, sim, a dificuldade maior em provar o seu descumprimento, mas isso não é impedimento para utilizar um instrumento que tem o potencial de salvaguardar o meio ambiente, ainda que não da forma ampla que poderia ser esperada.

A obrigação de prevenção, entendida como uma norma costumeira, possui uma característica detectável a normas desta natureza: em geral, às regras costumeiras falta a necessária sofisticação tanto nas suas formulações de causas de ação quanto nos seus procedimentos individuais, como alerta Brownlie¹⁸⁹. Esta característica efetivamente dificulta o estabelecimento da prova de descumprimento da obrigação, mas não o inviabiliza. A prevenção de danos transfronteiriços trata-se de uma obrigação com escopo ainda a ser definido. É por esta razão que a iniciativa da ILC que se verá na

¹⁸⁷ ILC, 2001, p. 161.

¹⁸⁸ WEISS, 1992, p. 19.

¹⁸⁹ BROWNLIE, 1998, p. 192.

sequência deve receber especial atenção e ser bem-recebida pelo direito ambiental internacional.

3.3 Prevenção de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas: o trabalho da ILC

Neste capítulo, o interesse é demonstrar que realizar um a prevenção de danos mediante gerenciamento dos riscos inerentes à atividades perigosas para o meio ambiente, com especial atenção aos seus possíveis efeitos deletérios nas jurisdições de outros Estados que não o de origem, é um comportamento e uma obrigação exigível e esperada por parte dos Estados. Considerando que a obrigação de prevenção está diretamente relacionada ao cumprimento deste dever geral, entende-se necessário tratar nesta dissertação sobre o estudo dos trabalhos da ILC no âmbito da responsabilidade por ato lícito, no qual a questão da prevenção recebeu tratamento especial.

De fato, grande parte das atividades econômicas se enquadram dentro do tópico da *liability*, eis que não constituem atos proibidos pelo direito internacional, o que, por si só, já justificaria a análise. No entanto, são nos fundamentos do tópico e nos deveres instrumentais a respeito da prevenção do dano transfronteiriço que o interesse será concentrado.

3.3.1 A confusão terminológica: *liability* ou *responsibility*?

Embora o trabalho da ILC em matéria de responsabilização do Estado por ato ilícito tenha realizado muitos progressos a ponto de se estabelecer na prática dos Estados e na teoria do direito internacional, a teorização da responsabilização por ato não proibido tem trilhado um caminho mais sinuoso. Em 1973, quando a Comissão retomou a elaboração dos artigos no tópico da responsabilidade internacional do Estado, discutiu-se a necessidade de que estudos fossem conduzidos não apenas em relação à responsabilidade por atos ilícitos, mas também em caso de responsabilidade pelo risco¹⁹⁰. De fato, o primeiro tipo de responsabilidade recebia atenção desde a Liga das Nações, enquanto o segundo ainda tinha dificuldades na sua definição como ramo autônomo.

¹⁹⁰ No original, a ILC utiliza a diferenciação “*the so-called responsibility for risk*” e “*responsibility for wrongful acts*”. (ILC, 1978, vol II, part II, para 173).

Pode-se utilizar até mesmo a limitação linguística de grande parte dos idiomas para demonstrar a dificuldade em diferenciar estes diferentes tipos de responsabilidade. Enquanto em idiomas com origem latina geralmente apenas uma palavra descreve todas as formas de responsabilidade, em algumas línguas, a exemplo do inglês, existe uma diferenciação entre ‘*responsibility*’ e ‘*liability*’¹⁹¹. Por esta razão, o título do tópico foi alterado por diversas vezes, assim como a sua própria descrição¹⁹². O fato é que a própria Comissão destacou que a escolha pelo termo *liability* em lugar de *responsibility* “não deve obscurecer a necessidade de explorar as responsabilidades estabelecidas por regimes convencionais e o substrato de obrigações devidas pelos Estados de acordo com o direito costumeiro”¹⁹³.

Nas palavras do segundo relator do tópico,

liability é parte de um regime que busca regular certas atividades úteis, mas perigosas, para que elas continuem a ser economicamente viáveis apesar dos danos que causam – sem impor ônus indevido nas vítimas ou deteriorar o meio ambiente¹⁹⁴

Barboza ainda expõe quais as circunstâncias que implicam esta forma de responsabilidade, destacando que, diferentemente do que

¹⁹¹ Importa destacar que, apesar da existência de duas palavras distintas, o significado das palavras ‘*liability*’ e ‘*responsibility*’ da forma que hoje é utilizada pela ILC e por diversos órgãos da UN não corresponde ao significado original destas palavras de acordo com o direito anglo-americano. (BARBOZA, 2011, p.23)

¹⁹² O identidade do tópico foi motivo de grande debate, mas a distinção mais simples, de responsabilidade por ato lícito prevaleceu. (ILC, 1978, vol II, part II, para.176)

¹⁹³ Livre tradução de: “*Certainly, the use of the term "liability" rather than "responsibility" in the present title should not obscure the need to explore the relationship between the liabilities established by conventional regimes and the substratum of obligations owed by States under customary law.*” (ILC, 1978, vol II, part II, annex, para. 24)

¹⁹⁴ No original: “*liability is part of a regime seeking to regulate certain socially useful but hazardous activities so that they continue being economically viable in spite of the damages they cause—without imposing undue burdens on victims or deteriorating the environment.*” (BARBOZA, 2011, p. 3)

ocorre na responsabilidade por fato ilícito, na *liability*¹⁹⁵ deve haver dano. Ademais, um elo de causalidade entre este dano e a atividade desempenhada pelo Estado deve ser estabelecido. Por sua vez, a atividade deve ser perigosa o suficiente para que seus efeitos adversos possam ir além da jurisdição do Estado de origem, tendo em vista que a *liability* é uma resposta a uma situação de risco de dano significativo.¹⁹⁶

A prevenção, obrigação relacionada diretamente às atividades que representam riscos de danos consideráveis (significativos) ao meio ambiente, se relaciona de forma muito especial com a *liability*. Para Barboza, por meio da prevenção é possível minimizar substancialmente o risco, e por este motivo surge a relevância de medidas de cuidado e diligência. Segundo o autor, na regulação de atividades perigosas coexistem sistemas de prevenção e de responsabilização, mas a “prevenção está alocada no domínio da responsabilidade por ato ilícito e não na de responsabilidade por ato lícito”¹⁹⁷.

3.3.2 Os fundamentos do tópico na ILC

O livro de Julio Barboza¹⁹⁸ enfrenta um problema do direito internacional que é particularmente complexo. O que o ocupa neste que foi o relator que mais tempo ficou à frente do tópico da *liability* na ILC são as consequências jurídicas do dano ambiental que não respeita fronteiras, especialmente quando ele decorre de atividade lícita. Ou seja, há uma parcela dos danos ambientais que ocorrem apesar de respeitados todos os deveres relativos à *due diligence*. Por definição, uma atividade de risco, se repetida suficientemente dependendo do grau do risco, torna quase inevitável a ocorrência de dano. Para esse tipo de situação, a

¹⁹⁵ Destaca-se que este trabalho, a fim de não confundir o leitor com o uso do verbete ‘responsabilidade’ para designar tanto responsabilidade fundada no ato ilícito quando aquela decorrente de atividades lícitas, optar-se-á por utilizar a mesma nomenclatura adotada pela ILC. Portanto, deste ponto em diante, quando no texto for utilizada a palavra “responsabilidade” deve-se presumir “responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito” ao tempo que a utilização do vocábulo “*liability*” visa descrever a responsabilidade com origem em atos ou atividades não proibidas pelo direito internacional.

¹⁹⁶ BARBOZA, 2011, p. 5.

¹⁹⁷ No original: “*Prevention is placed in the domain of responsibility for wrongful acts, not in that of liability sine delicto.*” (BARBOZA, 2011, p. 6)

¹⁹⁸ BARBOZA, Julio. *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.

concepção tradicional de responsabilidade civil, que a relaciona com a noção de culpa, onera excessivamente as eventuais vítimas de dano ambiental transfronteiriço.

Para Barboza, é essencial identificar uma relação íntima entre o dever de *due diligence* e a *strict liability*. Uma consequência disso é substituição de uma concepção retributivista da responsabilidade internacional, que se ocupa de punir ilícitos, por outra comprometida com a justa distribuição dos custos e benefícios das atividades econômicas ambientalmente arriscadas. Um regime de *liability* sensível à natureza dessas atividades é o que garantiria sua viabilidade, apesar dos danos que inevitavelmente causam¹⁹⁹.

Esse não é um problema simples. A complexidade do tema decorre em parte das características das situações envolvidas. Por exemplo, considerando que os prejuízos ambientais frequentemente são percebidos por uma enorme quantidade de vítimas, cada uma sofrendo uma parcela às vezes muito pequena, identificar a relação entre o ato e suas consequências pode ser penoso. Além disso, o controle por instituições internacionais é restrito, já que as atividades causadoras desse tipo de dano são, ao mesmo tempo, tidas como economicamente benéficas e realizadas por atores privados. Somam-se a essas dificuldades intrínsecas do problema a falta de consenso entre os teóricos e a falta de interesse dos principais atores internacionais na formação de um sistema eficaz de responsabilidade internacional, já que eles são potencialmente os maiores prejudicados por um tal sistema.

Um primeiro esclarecimento conceitual que Barboza propõe é entre responsabilidade e *liability*. O primeiro fenômeno jurídico flui da violação de uma obrigação jurídica. O instituto da *liability* nasce simplesmente como decorrência de o agente ter dado causa a um dano. Isso significa que ela deve ser entendida como um ônus próprio da atividade econômica lesiva, como contrapartida previamente imputada ao agente por conta do risco que criou. Como afirma Barboza, “Qualquer teoria jurídica que não leve em conta os riscos criados pelas tecnologias modernas seria cega a aspectos centrais, não só da *liability*, mas da vida moderna”,²⁰⁰.

Uma forma de reencenar a diferença é em termos de risco. Atividades que envolvem riscos inaceitavelmente altos são proibidas e a

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

²⁰⁰ *Any legal theory that did not take into account the risks created by modern technologies would be blind to central aspects not only of liability, but of modern life* (BARBOZA, 2011, p.28).

violação dessa proibição tem por consequência jurídica que os prejuízos decorrentes recaiam sobre o responsável pelo não cumprimento da norma. Atividades de risco aceitável são permitidas, mas os ônus pelo potencial dano são alocados previamente de acordo com um regime de *liability*.

É importante ter em mente que Barboza foi Relator Especial do tópico de *liability* da Comissão de Direito Internacional da ONU substituindo Robert Quentin-Baxter, e suas preocupações conceituais devem ser estudadas à luz de suas divergências teóricas com este.

Quentin-Baxter não entendia o seu tópico – *liability* internacional por consequências injuriosas que surgem de atos não proibidos pelo direito internacional – como abrangendo *strict liability*²⁰¹. Os casos que motivavam a Comissão nesse tópico são os que envolvem alguma atividade lícita de risco moderado – e que, portanto, podem gerar consequências injuriosas. Daí decorre o dever de prevenção e, com ele uma série de possíveis pretensões jurídicas dos demais atores internacionais.

Para superar essa “situação do tipo Cila-Caribdes”, Quentin-Baxter passou a tratar da noção de *liability* de uma maneira bastante peculiar. Para ele, o dever de reparação é decorrente de ato lícito como consequência do caráter duplo da norma primária de prevenção. Essa concepção seria um tipo intermediário de consequência jurídica, entre a responsabilidade por ato ilícito e a *strict liability*.

Segundo esta concepção, a norma primária que permite a atividade de risco exige prevenção e minimização de danos. Além disso, e concomitantemente, essa norma também impõe um dever de reparação, tal como se houvesse responsabilidade (ou seja, tal como se houvesse uma norma secundária). Na verdade, para ele, a diferença entre prevenção e reparação é uma de grau, dado o tipo de situação que contextualiza os trabalhos do tópico. A reparação serviria para tentar retornar ao mais próximo possível do estado de coisas anterior à ocorrência do dano e, no contexto de atividades de risco moderado, isso frequentemente significa retornar à situação de administração dos riscos da atividade econômica. Ou seja, frequentemente significa “prevenção após o evento”²⁰².

Era importante para Quentin-Baxter afastar de seu tópico o surgimento de uma obrigação secundária de compensar. Sua concepção controversa tentava, sem sucesso, vincular obrigação de prevenção ao

²⁰¹ *Ibid.*, p. 78 a 81.

²⁰² *Ibid.*, p. 78.

dever de reparação. Sem sucesso porque confundia injustificadamente duas obrigações jurídicas de naturezas distintas. Vale citar a posição de Barboza sobre a concepção de seu antecessor:

A ideia de uma norma primária composta, com o devido respeito, não parece correta. A violação de regras de prevenção conduz ao reino da responsabilidade e, portanto, para regras secundárias impondo obrigações de uma natureza secundária. Compensação em caso de dano pertence, em um regime de *liability*, à norma primária e surge sem a violação de qualquer obrigação. Os momentos da prevenção e da reparação são diferentes: misturá-los na norma primária força a estrutura lógica da norma de maneira inaceitável²⁰³

Assim, o cuidado analítico de Barboza pode ser compreendido, pelo menos em parte, como uma reação às manobras conceituais de seu sucessor, de superação do “primeiro tabu”, de que a única forma de responsabilidade se daria por ato ilícito. Não é à toa que esse tópico é tido como um dos estudos mais trabalhosos e confusos que a Comissão já produziu²⁰⁴

3.3.3 Os projetos de codificação

Na realidade, a temática da *liability*, isto é, da responsabilidade com origem em atos e atividades não proibidos pelo direito internacional, é identificada como um tópico potencial para inclusão nos estudos da ILC já no início da década de 1970, mas viria a ser tratada como um tópico separado apenas em 1978²⁰⁵. Em 1997, a ILC estabelece um grupo de trabalho para revisar os progressos do tópico, no

²⁰³ *The idea of a compound primary norm, with due respect, does not seem correct. The breach of prevention rules leads to the realm of responsibility and therefore to secondary norms imposing obligations of a secondary nature. Compensation in case of damage belongs, in a liability regime, to the primary norm and comes about without the breach of any obligation. The times of prevention and of reparation are different: mixing them up in the primary norm forces the logical structure of the norm beyond acceptance (Ibid., p. 79)*

²⁰⁴ BOYLE, 2010, p. 95.

²⁰⁵ A questão foi levantada pela primeira vez na Comissão em 1973 e foi incluída no seu programa de trabalho em 1977. (ILC, 1973, vol II, A/90/10/Rev.1, para. 38-39; Resolução 32/151 da Assembleia Geral, de 19 de dezembro de 1977)

qual observa uma dificuldade específica em definir a natureza e o âmbito dos trabalhos. Este grupo identifica, além da dificuldade de separar a responsabilidade pelos danos advindos de atividades lícitas de ilícitas, a divisão do tópico em duas frentes: de prevenção do dano e de medidas de reparação²⁰⁶.

Este último obstáculo é contornado quando a Comissão decide abordar primeiramente a prevenção dos danos transfronteiriços oriundos de atividades perigosas e, na sequência, a responsabilidade advinda dos danos provocados por estas atividades.

O projeto de codificação no âmbito da responsabilidade por atos não proibidos foi restrito às atividades não proibidas mas que envolvam risco de causar significativo dano transfronteiriço²⁰⁷. Neste sentido, desde sua origem o tópico é marcado fortemente por uma preocupação ambiental, o que se confirma na apresentação/preâmbulo do Projeto Final de Artigos, que relembra a Declaração do Rio de 1992.

Após grandes dificuldades em equilibrar a balança de interesses dos Estados sobre as diversas propostas da ILC em relação à *liability* por dano, tomou-se a decisão de suspender o desenvolvimento do tópico²⁰⁸. Como contrapartida, no plano da Comissão estava concentrar esforços em assuntos relacionados, mas menos controversos. Assim, chega-se à subdivisão do tema em duas partes: Prevenção por danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas e *Liability* internacional em caso de prejuízos advindos de danos transfronteiriços com origem em atividades perigosas. A decisão da Comissão foi examinar, como primeira medida, a questão da prevenção.

O Projeto de Artigos em Prevenção por Danos Transfronteiriços foi adotado em 2001, codificando as normas relativas à regulamentação e gerenciamento de atividades que apresentassem riscos de danos

206 Ver: ILC, 1997, para 162-168.

²⁰⁷ O que se extrai do primeiro artigo do draft em prevenção: “*The present articles apply to activities not prohibited by international law which involve a risk of causing significant transboundary harm through their physical consequences.*” (Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, documento A/56/10)

²⁰⁸ Nesse sentido, Stephens afirma que “*the ILC had initially adhered to a distinction between ‘lawful’ and ‘wrongful’ activities resulting in transboundary harm. This approach was widely criticized as most activities causing transboundary harm, such as the industrial air pollution in the Trail Smelter case, are not themselves prohibited, and it is only the failure to prevent significant damage to the environment of other states which constitutes a wrongful act.*” (STEPHENS, 2009, p. 156)

transfronteiriços.²⁰⁹ Para Boyle, os artigos aprovados dizem pouco em respeito à responsabilidade (*liability*), e a oportunidade de adotar provisões adicionais relacionadas a *liability* por dano foi deixada em aberto.²¹⁰

Uma questão, contudo, pode não ter ficado clara. O que impulsionou a Comissão a realizar esta divisão entre artigos de prevenção de dano transfronteiriço e princípios de alocação das perdas resultantes dessa forma de dano? Para Stephens, a razão da divisão seria melhor responder a duas situações distintas. A primeira delas diz respeito a estabelecer a natureza e o âmbito da obrigação de prevenção, isto é, designar as regras primárias relacionadas à obrigação de prevenção (ainda que esta também seja uma obrigação primária!). A segunda é definir o que deveria acontecer se um dano ambiental ocorre mas não tivesse em sua origem nenhum fato ilícito.²¹¹

Os Artigos de Prevenção tratam da primeira situação. Eles estabelecem e articulam um regime de regras primárias ou procedimentais para a prevenção e controle de atividades não proibidas pelo direito internacional, mas que, no entanto, envolvem risco de causar danos transfronteiriços significativos. Os artigos foram pensados principalmente a partir das premissas estabelecidas no caso *Trail Smelter* e nos Princípios 21 da Declaração de Estocolmo e Dois da Declaração do Rio.²¹²

No documento final, a obrigação de prevenção é relacionada com diversas outras obrigações, algumas já apontadas no primeiro item deste capítulo como constituindo *status* de princípios gerais de direito ambiental ou como costume internacional. A obrigação geral encontra-se prevista no artigo terceiro, o qual prevê que os Estados devem tomar todas as medidas adequadas para evitar danos transfronteiriços significativos ou, pelo menos, para minimizar esse risco. Esta obrigação é, então, desenvolvida por meio do estabelecimento de um conjunto de tarefas de apoio, fundadas na identificação da obrigação de prevenção como *due diligence*

No contexto dos presentes artigos, a *due diligence* é manifesta nos esforços razoáveis de um Estado em informar-se dos componentes fáticos e jurídicos que previsivelmente se relacionam com um procedimento contemplado e de tomar

²⁰⁹ ILC, 2001, Vol II, part 2.

²¹⁰ BOYLE, 2005, p. 5.

²¹¹ STEPHENS, 2009, p. 158.

²¹² ILC, 2001, p. 76.

medidas apropriadas para enfrentá-los a tempo. Portanto, os Estados estão sob a obrigação de tomar medidas unilaterais para prevenir dano transfronteiriço significativo, ou, em qualquer caso, de minimizar o risco que emerge de atividades previstas no escopo do artigo 1. Tais medidas incluem, primeiramente, formular políticas designadas a prevenir dano transfronteiriço significativo ou minimizar seu risco e, em segundo lugar, implementar essas políticas. Tais políticas são expressas na legislação e em regulamentação administrativa, e implementadas através de vários mecanismos de coerção.²¹³

As medidas demandadas pela obrigação de *due diligence* são sensíveis ao grau de risco de dano transfronteiriço embutido na atividade. A Comissão fala em “padrões de *due diligence*” que variam de acordo com variáveis tais como o tamanho da operação e peculiaridades climáticas. Por exemplo, atividades excepcionalmente perigosas exigem um grau de cuidado na formulação de políticas e um grau de vigor por parte do Estado para implementá-las especialmente altos²¹⁴. Isso pode envolver tomar medidas aparentemente excessivas que enfrentem riscos possíveis, mesmo quando inexistente a certeza científica²¹⁵.

Para manter o controle sobre as atividades objeto do Projeto de Artigos em Prevenção os Estados devem estabelecer sistemas de autorização prévia (art. 6º), e conduzir avaliações de impacto ambiental (art. 7º). Com os resultados deste último, caso exista risco de dano

²¹³ *In the context of the present articles, due diligence is manifested in reasonable efforts by a State to inform itself of factual and legal components that relate foreseeably to a contemplated procedure and to take appropriate measures, in timely fashion, to address them. Thus, States are under an obligation to take unilateral measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof arising out of activities within the scope of article 1. Such measures include, first, formulating policies designed to prevent significant transboundary harm or to minimize the risk thereof and, secondly, implementing those policies. Such policies are expressed in legislation and administrative regulations and implemented through various enforcement mechanisms.*(ILC, 2001, volume 2, parte 2, artigo 3º, comentário 10, p. 154).

²¹⁴ ILC, 2001, volume 2, parte 2, artigo 3, comentário 11, p. 154.

²¹⁵ ILC, 2001, volume 2, parte 2, artigo 3, comentário 14, p. 155.

transfronteiriço, devem notificar e informar aos Estados potencialmente afetados pelo risco (art. 8º) e criar mecanismos de consulta para a adoção de medidas preventivas (art. 9º). Além disso, aos Estados cabe também trocar informações oportunamente com os Estados afetados (art. 12) e prestar informações ao público (art. 13).

Adotar planos de contingência em caso de emergência (art. 16), notificar os Estados que possam ser afetados em casos de emergência com a maior brevidade possível (art.17) e não discriminar pessoas que buscam acesso à jurisdição com base nas provisões do Projeto (art. 15) são outros deveres instrumentais da obrigação de prevenção que estão previstos, embora estejam mais próximos de medidas de contenção do dano do que propriamente de sua prevenção.

Em 2001, A ILC propos à Assembléia Geral o Projeto de Artigos sobre Prevenção de dano transfronteiriço decorrentes de atividades perigosas, concluindo 23 anos de trabalhos tortuosos.

O tema da *liability* foi amplamente ignorado neste Projeto e muitos membros da ILC entendiam que essa questão estava suficientemente bem trabalhada nos artigos sobre responsabilidade do Estado²¹⁶. Mas, por pressão dos países em desenvolvimento, a Assembléia Geral solicitou à ILC que retomasse os trabalhos no tópico da *liability*.²¹⁷

Assim, em 2001 a Assembleia Geral impulsionaria a Comissão a retomar os trabalhos, demonstrando que para muitos a legislação existente em matéria de responsabilidade por danos transfronteiriços permanecia insuficiente e demandava medidas adicionais. Em resposta ao pedido expresso da Assembleia, a ILC recolocou o tópico em sua agenda em 2002.²¹⁸ Quatro anos depois, em 2006, a codificação do tema completava-se com a aprovação do Projeto de Princípios sobre Alocação de Prejuízos em Casos de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas.

Aquela segunda situação, qual seja, a de estabelecer o que deve ocorrer quando de uma atividade lícita sobrevier um dano, totalmente dissociado de qualquer fato ilícito, foi tratada então por este segundo

²¹⁶ BOYLE, 2010, p. 97.

²¹⁷ BOYLE, 2010, p. 95.

²¹⁸ De acordo com Boyle, a Comissão não tinha previsto reanalisar o tema, e o pedido da Assembleia Geral não teria sido exatamente recebido com empolgação. “*Faced with such an express request from the UN General Assembly, however unwelcome, the commission had little choice but to agree to reinstate the topic on its agenda in 2002*” (2005, p. 5).

Projeto. No tópico, a ILC buscou resolver esta que era a maior lacuna nas normas relacionadas aos danos transfronteiriços. O Projeto de Princípios tem caráter de norma-moldura (*framework*), incentivando aos Estados desenvolver regimes especiais de *liability*, nos mais variados âmbitos de interação na comunidade internacional, para implementar o princípio do poluidor-pagador.²¹⁹

O objetivo principal do Projeto de Princípios em *Liability* é assegurar pronta e adequada compensação para Estados e indivíduos sofrendo de danos transfronteiriços, incluindo a degradação ambiental²²⁰. O projeto assume a premissa de que mesmo que os Estados cumpram com suas obrigações de prevenção de danos transfronteiriços, estes danos podem ocorrer acidentalmente em circunstâncias que fogem ao controle do Estado de origem. Nestes casos, aqueles que sofrem o prejuízo ou a perda como resultado devem ser compensados.

Ou seja, o Projeto de Princípios abandona a concepção de responsabilidade fundada na culpa do agente para adotar a *strict liability*, fundada exclusivamente na existência do dano. Mas não se refere a qualquer dano: é o dano característico de atividades perigosas; atividades estas que possuem um risco de causar eventos danosos ao meio ambiente, mas que em razão de seus benefícios econômicos ou sociais são toleradas. Justamente porque se tratam de atividades econômicas é que se atrela a reparação dos danos aos operadores da atividade, os beneficiados diretos pelos lucros por elas gerado.

Mais uma vez: aqui, a *liability* não está relacionada à forma que o agente se comportou, se agiu com dolo, por imprudência, negligência ou imperícia. O único fator relevante a ser estudado é a existência do dano. Uma vez que ele esteja presente, a compensação é devida.

Ao analisar o trabalho da ILC em relação à *liability*, Lefebber destaca o que determina de caráter composto da obrigação de prevenção e de mitigação do risco de dano transfronteiriço. Segundo o autor a obrigação pressuporia uma contínua relação de prevenção e reparação. Ou seja, a obrigação requer do Estado de origem tomar todas as medidas procedimentais e substantivas que possam ser necessárias para evitar, minimizar e reparar a interferência ambiental transfronteiriça que cause dano significativo durante o ciclo de vida de determinada atividade.²²¹ Esta concepção, defendida na tese de doutorado do autor, foi publicada

²¹⁹ STEPHENS, 2009, p. 160.

²²⁰ ILC, 2006, p. 76.

²²¹ LEFEBBER, 1996, p. 34.

em 1996 e é condizente com a ideia de Quentin-Baxter, conforme tratado anteriormente. No entanto, não parece encontrar tanta guarida na concepção de *liability* dos trabalhos da comissão aprovados em 2001 e 2006.

Boyle, por sua vez, mostra-se cético a respeito do trabalho da Comissão no tópico, não apenas porque questiona a necessidade de estabelecer a divisão entre responsabilidade e *liability*, mas porque, para o autor, o resultado do Projeto de Princípios não teria representado avanço. Ao invés de tornar os Estados diretamente responsáveis pelo ressarcimento e indenizações decorrentes da *liability*, a intenção da Comissão foi a de que os aqueles deveriam criar regulamentos para que os outros atores pudessem compensar o dano, por meio da legislação interna.²²²

Em que pese ser uma medida coerente sob o ponto de vista do princípio do poluidor-pagador, os Estados só seriam responsabilizados por sua própria culpa. No entanto, o argumento de continuar a desenvolver o direito internacional na direção de tornar os Estados responsáveis objetivamente pelos danos causados por atividades perigosas continua forte, o seu entrave é a sua rejeição política.²²³ Deve-se ter em mente, porém, que o propósito da *liability* é assegurar a reparação do dano, e não necessariamente influenciar o comportamento dos envolvidos.²²⁴

O trabalho da ILC no tópico da *liability* é especialmente relevante porque preencheu o vácuo pelo qual só se estabelecia a responsabilidade internacional quando houvesse violação de uma norma internacional. Mais especificamente, a ILC colocou o direito ambiental em um lugar de destaque no tópico. Isto não quer dizer que houve alterações significativas nas obrigações internacionais relacionadas à prevenção e aos regimes de *liability*. Na realidade, a Comissão manteve a sua função de codificar o direito internacional que já está posto e de realizar o desenvolvimento progressivo do tópico dentro do limitado espaço político que permite essa manobra. Trabalhando em cima de concepções razoavelmente inovadoras sobre o direito ambiental e considerando esta limitação política é preciso destacar que a Comissão foi especialmente feliz em relação a dois pontos.

O primeiro foi o desenvolvimento relacionado à adoção da *strict liability*. Em acréscimo à tradicional responsabilidade por danos fundada

²²² BOYLE, 2005, p. 6.

²²³ BOYLE, 2005, p.8.

²²⁴ BOYLE, 2005, p. 9.

na culpa, a Comissão deu um passo além, estabelecendo a responsabilidade quando houvesse dano ainda que o dever de *due diligence* tenha sido observado. Apesar desta forma de responsabilidade não ter sido estabelecida originalmente pela ILC²²⁵, o seu reconhecimento pelo Projeto de Princípios é muito importante para impulsionar outros instrumentos internacionais relacionados à temática ambiental a assumir esta mesma posição. O segundo ponto importante foi ter estabelecido de forma clara e indene de dúvidas que a responsabilidade internacional em matéria ambiental não precisa estar relacionada a um fato ilícito.

Considerando a tradicional dificuldade dos Estados em assumir responsabilidade pela periculosidade das atividades econômicas que movem a economia interna, é interessante interpretar ambos os projetos como o que realmente constituem: os primeiros passos de um tema que tem muito ainda a desenvolver, especialmente na prática.

²²⁵ O primeiro instrumento com participação global a adotar esta forma de responsabilidade foi a Convenção sobre a Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, de 1972 (*Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*).

4 A VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Nos capítulos anteriores foram estabelecidas algumas premissas importantes para que a presente dissertação pudesse atingir o seu objetivo final: estabelecer se um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pela violação de uma obrigação de prevenção e de que forma.

No primeiro capítulo tratou-se da responsabilidade do Estado por fato ilícito, tendo por base o trabalho da ILC no tópico homônimo. Assim, a primeira premissa é a de que um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente quando não cumprir com uma obrigação de direito internacional sempre que este descumprimento lhe for atribuível, independente da ocorrência de dano e do conteúdo ou temática da obrigação.

Em um segundo momento, foram relacionadas obrigações internacionais de direito ambiental, com foco na obrigação de prevenção de danos transfronteiriços. Esta foi tratada como uma obrigação vital para o gerenciamento dos riscos das atividades econômicas e da proteção e preservação do meio ambiente. Ainda no segundo capítulo, introduziu-se o leitor ao trabalho da ILC em outra vertente da responsabilidade internacional, a *liability*. Foram apresentados os dois Projetos da Comissão na matéria, um deles voltado exclusivamente a estabelecer normas primárias para a obrigação geral de prevenção, enquanto o outro foi dedicado aos princípios aplicáveis na compensação do prejuízo das vítimas de danos transfronteiriços. Ambos possuem um viés marcadamente ambiental, diferentemente do ARSIWA, que possui caráter geral.

Dentro do Estado, a soberania representa o seu poder supremo e ilimitado, enquanto que fora dele esta soberania é confrontada com o *status* igualmente soberano de outros Estados. A responsabilidade é o mecanismo regulador por meio do qual este iminente conflito pode ser tanto evitado quanto mediado, e onde os direitos de cada Estado podem ser opostos àqueles de todos os demais.²²⁶ Em relação às atividades perigosas que apresentam riscos para o meio ambiente fora da jurisdição do Estado a responsabilidade internacional pode trazer soluções em diversos cenários. Os efeitos concretos de sua aplicação vão depender do tipo de obrigação à qual será relacionada.

²²⁶ PELLET, 2010, p.4-5.

Como já dito, a responsabilidade está no coração do direito internacional e constitui parte essencial do que poderia ser entendido como a Constituição da comunidade internacional²²⁷. Ao mesmo tempo, o princípio de que nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir que seu território seja usado de modo a causar danos a outros Estados está insculpido no coração do direito ambiental internacional²²⁸. Estudar de que forma se dá a relação entre estas duas importantes peças do quebra-cabeças que forma grande parte das normas de direito internacional ambiental será o propósito das linhas a seguir.

4.1 O descumprimento da obrigação de prevenção

No capítulo anterior, tratou-se da obrigação de prevenção sob o ponto de vista de suas características mais latentes, de sua identificação como uma obrigação do tipo *due diligence* e da necessidade de serem adotadas medidas instrumentais e materiais para que o objetivo da norma seja atingido. No entanto, um viés da obrigação de prevenção deixou de ser abordado naquele momento, justamente por ser o principal responsável pela análise do cumprimento e do descumprimento da obrigação. Este viés diz respeito à forma pela qual a obrigação é executada, uma visão bastante conhecida na *civil law*, mas não tão comum no direito internacional. Duas são as opções: ou a obrigação pretende atingir um fim específico, ou a obrigação pressupõe a adequação de meios para ser cumprida.

A confirmação do cumprimento da obrigação de prevenção é uma questão complexa, inclusive por ser uma norma do tipo primária, que pode receber especificações próprias a partir de cada instrumento que a preveja. Definir se a obrigação é de meio (de conduta) ou de resultado (fim) é uma questão crucial para avaliar o seu cumprimento.

4.1.1 Obrigação de conduta e obrigação de resultado para a ILC

Um dos primeiros teóricos a levantar a questão da natureza da obrigação de prevenção no direito internacional foi o próprio Roberto Ago, durante o seu mandato como Relator Especial na ILC. Em um primeiro momento, o autor tratou apenas de conceituar o que seriam obrigações de conduta e o que seriam obrigações de resultado. Para Ago, as primeiras são aquelas em que o direito internacional dita os

²²⁷ REUTER, Paul *apud* PELLET, 2010, p. 3

²²⁸ MICKELSON, 2006, p. 735.

meios que o Estado deverá utilizar para cumprir com a obrigação. As obrigações de resultado, por sua vez, são aquelas nas quais o direito internacional apenas estabelece o objetivo a ser alcançado, independentemente dos meios que sejam utilizados.²²⁹

No relatório seguinte, Ago apresenta a proposta de artigo na qual está prevista a obrigação de prevenção, e a descreve como uma obrigação de *due diligence*, mas do tipo resultado. Assim, na visão do relator apenas haveria uma quebra de um dever se pela conduta adotada o Estado não fosse capaz de atingir o resultado pretendido. Esta posição teórica do relator não se mostra adequada em relação às obrigações de prevenção de danos ambientais transfronteiriços. Isto porque toda a ideia da obrigação de prevenção é minimizar o risco de forma antecipada e se o Estado não puder ser enquadrado como um violador da obrigação até que o dano ocorra de fato, todo o objetivo da prevenção terá caído por terra.

A Comissão, na primeira leitura do Projeto de Artigos, vai adotar esta perspectiva do então Relator. Nos comentários ao artigo 20, é reforçado que toda a violação de obrigação internacional por parte de um Estado pode ensejar sua responsabilização. Mas são apontadas diferenças importantes entre as obrigações primárias, que são determinantes para o regime de responsabilidade a ser aplicado. Considerando que os conteúdos das normas primárias possuem graus de importância variáveis e que as normas desse tipo dizem respeito a diferentes áreas das relações internacionais, para o propósito deste trabalho são relevantes os apontamentos quanto às diferentes formas dos Estados cumprirem (ou se desincumbirem de) determinada obrigação²³⁰.

No âmbito dessa última distinção, na primeira leitura do projeto a Comissão respaldou-se, como já dito, na teoria de Ago. Definiu, assim, que uma obrigação de conduta existe quando espera-se do Estado que aja, ou abstenha-se de agir, de uma determinada maneira. As obrigações de resultado incumbem ao Estado fazer surgir certo estado de coisas, deixando-o livre para decidir como.

Não se quis dizer que na obrigação de resultado o Estado não estivesse obrigado a determinadas condutas, nem que na que envolvesse conduta não se exigisse algum resultado. Todas as obrigações internacionais abrangem em alguma medida essas duas dimensões²³¹. A diferença entre elas está na relação entre o objeto da obrigação – o

²²⁹ Ver: ILC, 1977a, p. 4-20.

²³⁰ ILC, 1977b, p. 12, artigo 20, comentário 1.

²³¹ *Ibid.*, p. 13, artigo 20, comentário 8.

estado de coisas que, através da norma primária, a comunidade internacional quer ver realizado – e as condutas especificadas na norma primária. No caso da obrigação de resultado, não haveria uma relação direta entre o objeto da obrigação e uma conduta esperada, ou seja, o sistema internacional dá uma maior liberdade aos Estados para escolher o melhor curso de ação. Nas obrigações de meio, a conduta do Estado esperada pela norma primária é “especificamente determinada” pela própria obrigação²³².

Segundo a Comissão, essa classificação, apesar de um certo grau de vagueza em algumas situações²³³, pode ser determinante para a responsabilização do Estado. Por exemplo, ela orienta a determinação do tempo e duração da violação da obrigação, já que uma obrigação que pressupõe a adoção de determinados meios inicia seu descumprimento quando estes não são adotados.²³⁴ A Comissão decidiu que não se ocuparia de especificar os critérios que permitiriam essa distinção, pois isso deveria ser feito no momento da produção das normas primárias²³⁵.

Como dito acima, apesar de opostas às obrigações de conduta, obrigações de resultado também poderiam indicar condutas que serviriam de meios eficazes para a finalidade estabelecida pela norma primária. Mesmo nesses casos, porém, a conduta prescrita é apenas uma sugestão, uma indicação da preferência da comunidade internacional sobre como realizar o propósito da norma. No fim das contas, o que realmente determina se o Estado deve ser responsabilizado é a ocorrência ou não do resultado, independentemente de como procedeu²³⁶. Essa pode ser uma fonte de confusão quanto à classificação das obrigações, pois nem sempre está claro na norma primária se a conduta indicada é obrigatória ou se é meramente sugerida como um meio adequado para a obtenção de um resultado, esse sim obrigatório.

4.1.2 O entendimento da civil law das obrigações de conduta e de resultado

No seu primeiro relatório, já na segunda leitura do Projeto de Artigos, Crawford questiona a ILC a respeito da manutenção destas categorias de obrigação. As razões do Relator põem em dúvida também

²³² ILC, 1977b, p. 14, artigo 20, comentário 8.

²³³ *Ibid.*, p. 12, artigo 20, comentário 3

²³⁴ *Ibid.*, p. 13, artigo 20, comentário 4.

²³⁵ *Ibid.*, p. 13, artigo 20, comentário 5.

²³⁶ *Ibid.*, p. 19, artigo 21, comentário 2.

a terminologia utilizada e a utilidade de tais distinções em um projeto que se dizia de normas secundárias. Isto porque o relator manifestou entendimento, assim como diversos Estados em seus comentários²³⁷, de que as particularidades de cada obrigação não cabem em um projeto de normas gerais como se pretendia que fosse o Projeto de Artigos. As peculiaridades das normas seriam atributos da obrigação primária e não deveriam ter lugar no Projeto.²³⁸

Quanto à primeira crítica do Relator – acerca da terminologia – muito do que Crawford questiona foi embasado no pensamento de Dupuy. Para esse último, Ago realizou uma alteração na significação tradicional da distinção entre obrigações de meio e de resultado.

A ideia destes tipos de obrigações não é familiar à *common law*, sendo uma diferença clássica apenas para aqueles acostumados à tradição da *civil law*²³⁹. E, por sua vez, em relação a estes últimos as definições aplicadas por Ago para distinguir entre obrigação de conduta e de resultado é essencialmente distinta da usualmente aplicada no direito interno dos Estados²⁴⁰.

Como Dupuy bem aponta, na tradição romano-germânica uma obrigação de conduta é uma obrigação de se empenhar, de se esforçar ao máximo para atingir determinado resultado.²⁴¹ O exemplo clássico é a obrigação do médico em relação ao seu paciente: aquele deve utilizar todos os meios que um médico competente utilizaria e tentar de todas as formas melhor atender a este último. No entanto, não há uma obrigação – no sentido estrito do termo – de curar ou de salvar o paciente. Já na obrigação de resultado, a pessoa que deve a obrigação fica com a carga de atingir um resultado específico, determinado. De forma genérica, pode se referir ao compromisso de compra e venda como exemplo: se o preço foi pago conforme, o produto deve ser entregue.

²³⁷ ILC, 1991, p. 81-174.

²³⁸ ILC, 1998, p. 1-80.

²³⁹ Conforme prescreve Dupuy: *Common law scholars are not familiar with the distinction between obligations of conduct and obligations of result. On the contrary, it is a classical differentiation for those trained in the civil law tradition, in particular the French system. The problem with it, as it is generally understood, is that it means something rather different from what Ago intended in his reports.* Dupuy, 1999, p.375.

²⁴⁰ Dupuy é enfático ao afirmar que *Now, the difficulty with Ago's use of the same terms is that his understanding of the distinction is almost the opposite of that of the classical approach!* Ibid, p. 375.

²⁴¹ DUPUY, 1999, p. 375.

Crawford argumenta que não é incomum que analogias do direito interno sejam modificadas no curso de sua implantação para o direito internacional. Na realidade, o autor afirma que é habitual que isso ocorra, porém, não de forma a virtualmente reverter o conceito daquelas. A obrigação mais severa no direito tradicional é a obrigação de resultado, mas de acordo com a posição de Ago (endossada pela ILC na primeira leitura do Projeto) esta forma de obrigação é a menos severa, porque o Estado teria a discricionariedade dos meios, o que não teria na obrigação de conduta. Como a capacidade de determinar a si mesmo é um atributo de soberania, a obrigação mais restrita seria a que determinasse ao Estado renunciar parcela dessa soberania e sujeitar-se à escolha dos meios em prol da determinação internacional. Assim, a terminologia sobre a obrigação mais restrita se adaptou ao contexto do direito internacional, mas subverteu o padrão conceitual de ambos os termos na forma em que eram mais conhecidos.²⁴²

Mas a questão não é se a terminologia adotada pela Comissão à época é a adequada. O importante é averiguar se a ideia geral de uma obrigação de conduta ou de resultado possui relevância na análise de obrigações como a de prevenção de danos transfronteiriços. O interesse último é o de estabelecer se esta diferença terá impacto na forma de avaliar o cumprimento da obrigação, conseqüentemente refletindo no regime de responsabilidade aplicado para as violações da obrigação de prevenção.

4.1.3 Prevenção no ARSIWA: obrigação de conduta ou de resultado?

A Comissão, na primeira leitura do projeto em 1996, ainda adotou o artigo 23, o qual descrevia de forma geral uma obrigação de prevenção. De acordo com o então artigo

Quando o resultado requerido de um Estado por uma obrigação internacional é a prevenção, por meios de sua própria escolha, da ocorrência de um dado evento, há uma violação daquela obrigação apenas se, pela conduta adotada, o Estado não consegue atingir aquele resultado²⁴³.

²⁴² CRAWFORD,

²⁴³ “When the result required of a State by an international obligation is the prevention, by means of its own choice, of the occurrence of a given event, there is a breach of that obligation only if, by the conduct adopted, the State does not achieve that result”. (ILC, 1978, Vol 2, Part 2, p. 81)

No segundo comentário ao artigo, a Comissão esclarece a que tipo de obrigação estaria se referindo naquele artigo. Entre os diferentes tipos de obrigações internacionais às quais os Estados estão sujeitos, muitas possuem como propósito prevenir a ocorrência de certos eventos danosos a outros Estados, seu meio ambiente, representantes ou nacionais²⁴⁴. No entanto, como destaca a comissão “estas obrigações não podem ser todas classificadas entre as que se encontram sujeitas ao artigo 23”²⁴⁵. De acordo com a ILC, o Estado pode, por vezes, submeter-se a obrigações que sejam tipicamente de conduta, pelas quais perde a chance de escolher por si mesmo os meios que utilizaria para cumprir a norma, e que, por sua natureza, requerem não que o Estado assegure o resultado, mas que realize atos comissivos ou omissivos específicos. Este tipo de obrigação, de acordo com a Comissão, não é sujeita à prescrição do artigo 23, mas do artigo 20 (da primeira leitura do Projeto). Isto porque são obrigações claramente de conduta e não de resultado.²⁴⁶

No entanto, a ILC entendeu haver outras obrigações de prevenção com objetivos próximos mas supostamente baseadas em princípios e estruturas diferentes, e que pudessem ser caracterizadas como de resultado. Nestas, do Estado se esperaria que assegurasse o fim de prevenir a ocorrência de um efeito indesejado, mas sem que o direito internacional prescrevesse nenhum curso de conduta. A obrigação sendo caracterizada como de resultado apenas será considerada como violada quando o evento ocorrer. Em consequência disso, em uma obrigação deste tipo, segundo a ILC, um Estado não poderá “alegar que atingiu o resultado por ter estabelecido um sistema perfeito de prevenção, se, na prática, aquele sistema se mostrar ineficaz e permitir que o evento ocorra”²⁴⁷.

Se destes apontamentos já parece difícil compreender esta terceira forma de obrigação estabelecida no Projeto de Artigos de 1996,

²⁴⁴ Ibid, p.81, artigo 23, comentário 2.

²⁴⁵ “Among the different kinds of obligations that general international law or treaties impose on States, there are many whose direct or indirect purpose is to prevent the occurrence of certain events injurious to foreign States, their environment, their representatives or their nationals. However, these obligations cannot all be classified among those that are the subject of article 23.” Ibid, p. 81, artigo 23, comentário 2.

²⁴⁶ Ibid, p. 81, artigo 23, comentário 2.

²⁴⁷ “[...] cannot assert that it has achieved the required result by claiming that it has set up a perfect system of prevention if in practice that system proves ineffective and permits the event to occur.” Ibid, p. 82, artigo 23, comentário 4.

a questão fica ainda mais complexa quando a ILC estabelece que a obrigação de prevenção prescrita no artigo 23 não é do tipo *due diligence*, justamente por não ser uma obrigação de conduta

Obrigações que requerem a prevenção de dados eventos são, portanto, diferentes daquelas às quais normalmente se denomina pelo termo abrangente de “obrigações de *due diligence*”. O cometimento de uma violação desta última geralmente consiste de um ato ou de uma omissão do Estado e não é necessariamente afetada pelo fato de que um evento externo tome ou não lugar.²⁴⁸

Deve ficar claro que as distinções entre obrigações de conduta, de resultado e de prevenção estabelecidas neste sub-tópico foram as adotadas pela Comissão durante a primeira leitura do projeto, sob a influência do relatório de Ago. A obrigação de prevenção na forma que foi descrita na primeira leitura do Projeto é um bom exemplo de como essa ferramenta teórica da Comissão, caso tivesse sido mantida nestes termos, poderia trazer confusão com consequências dramáticas para a preservação e proteção ambiental.

No entanto, após intensa crítica dos Estados²⁴⁹ e da doutrina²⁵⁰, o Relator da segunda leitura do Projeto de Artigos se manifesta no sentido de que talvez a melhor solução fosse simplesmente eliminar estes três artigos tratados acima. No seu próprio relatório, Crawford aponta para um exemplo utilizado por Ago como sendo de prevenção no sentido do artigo 23 que, na opinião do primeiro, não poderia ser assim classificado, considerando que seria um caso de obrigação de conduta²⁵¹.

Manifestando mais uma vez de forma clara a sua dificuldade em lidar com as categorias criadas por Ago, Crawford ainda destaca que é

²⁴⁸ No original: “*Obligations requiring the prevention of given events are therefore not the same as those that are commonly referred to by the blanket term “obligations of due diligence”. The commission of a breach of the latter obligations often consists of an action or omission by the State and is not necessarily affected by the fact that an external event does or does not take place*”. Ibid, p. 81, artigo 23, comentário 4, nota de rodapé 397.

²⁴⁹ “*France remarks that “the somewhat obscurely worded draft article 23 relates to rules of substantive law, which classify primary obligations. It thus has no place in a draft of this kind” Germany agrees. The United Kingdom regards article 23 as uncontroversial but also unnecessary; in its view it can be deleted or combined with article 21.*” (ILC, 1999, V2, p1, p.27, para 84)

²⁵⁰ DUPUY, 2010.

²⁵¹ ILC, 1999, v2, p1, p.28, para 85 e 86.

verdade que existem obrigações “puras” de prevenção, como as pensadas para se adequar ao artigo 23, nas quais a menos que o efeito evitado tenha ocorrido não haveria violação da norma. No entanto, assevera que o Estado não pode prestar garantia de que o evento não vá ocorrer, pois “ele realizou uma obrigação da natureza de melhores esforços (*best efforts*) para prevenir o evento de ocorrer”, e o conteúdo e rigor daquela obrigação dependeriam da norma primária²⁵².

A continuidade da leitura do relatório de 1999 apenas faz aumentar a lista de exemplos de inconsistência entre o que prescreve o teor do artigo e a interpretação criativa (ou seria alterada?) que o Relator Crawford procura dar aos comentários anteriores para que não sejam em si mesmo contraditórios. Apesar dos esforços, fica evidente a sua dificuldade em lidar com o conteúdo da norma do artigo 23 em especial.

Surpreende, portanto, que no projeto de artigos aprovado sob sua condução em 2001, o Relator tenha mantido ao menos uma das categorias inseridas por Ago, talvez até a com a qual menos tivesse afinidade. Assim, justamente a prescrição relacionada com a prevenção é que foi replicada, ainda que Crawford tenha se mostrado cético em relação a esta manutenção²⁵³. Alterando parcialmente o conteúdo da norma pretendida por Ago e estabelecendo sua relevância em relação ao tempo de descumprimento da obrigação, o artigo 14, parágrafo terceiro prescreve que:

A violação de uma obrigação internacional que demanda a um Estado prevenir a ocorrência de um dado evento ocorre quando o evento ocorre e se estende durante todo o período durante o qual o evento continua e se mantém em desconformidade com aquela obrigação.²⁵⁴

É ainda curioso que o mesmo autor que Crawford cita em seus livros como exemplo de doutrina que rebateu de forma veemente as categorias estabelecidas por Ago na forma prescrita no Projeto de

²⁵² No original: *The State has not warranted that the event will not occur; it has undertaken an obligation in the nature of best efforts to prevent it from occurring [...]*. (ILC, 1999, v2, p1, p.38, para 134.)

²⁵³ ILC, 1999, v2, p1, p.29, para 92.

²⁵⁴ No original: *The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.* (ILC, 2001, Draft Articles, art. 14 (3))

Artigos²⁵⁵ é quem dá luz sobre essa inconsistência do Relator ao inserir no ARSIWA o artigo 14(3). Para Dupuy, este artigo é um verdadeiro paradoxo na posição demonstrada por Crawford²⁵⁶.

Após afirmar que a prevenção é uma obrigação de fazer tudo o que estiver no poder do Estado para atingir um resultado, mas sem um compromisso último, Crawford mantém a opinião de Ago quando define que o elemento decisivo para atribuir responsabilidade no caso de violação da obrigação de prevenção é ainda o resultado, e não a conduta do Estado!

Dupuy resume bem a dificuldade criada pela ILC com a concepção da obrigação de prevenção na forma tratada pelo tópico da responsabilidade por fato ilícito. Para o autor, se é exigível de um Estado que empreenda todos os meios possíveis para atingir determinado fim, mas esse fim não possa ser garantido, ainda que as melhores medidas sejam tomadas, não há o que se falar em obrigação de resultado. Ou seja, uma obrigação de conduta “não pode ser considerada, ao mesmo tempo, como uma subcategoria de obrigações de resultado²⁵⁷”.

4.1.4 Prevenção, *due diligence* e a violação de uma obrigação de conduta

Deste ponto em diante, adota-se o conceito da *civil law* explicitado por Crawford em seu segundo relatório à Comissão²⁵⁸. Assim, as obrigações de resultado vão ser tratadas como envolvendo até a máxima medida uma garantia de fim. As obrigações de conduta serão entendidas como pertencendo a uma natureza de obrigações de máximo esforço, de fazer todo o possível para atingir um objetivo, evitando ao máximo o resultado – mas não o garantindo.

Neste contexto, uma obrigação do tipo *due diligence* relaciona-se com uma obrigação de conduta²⁵⁹. Consequentemente, tratando-se a obrigação de prevenção de um tipo de obrigação de devido cuidado, deve ser ela também caracterizada como uma obrigação de conduta.

²⁵⁵ Nesse sentido, ver: CRAWFORD, 1999, Id. 2010, Id. 2013.

²⁵⁶ DUPUY, 1999, p. 379.

²⁵⁷ Originalmente: *it follows that an obligation of conduct cannot be considered, at the same time, as a sub-category of obligations of result*”. (DUPUY, 1999, p. 379)

²⁵⁸ ILC, 1999, p. 20-29.

²⁵⁹ DUPUY, 1999, p. 378.

Assim, a “obrigação de prevenção definitivamente não é uma obrigação cuja violação apenas implica responsabilização quando o resultado não está em conformidade com o que foi requerido por ela”²⁶⁰. Ou seja, é possível descumprir uma obrigação de prevenção ainda que o efeito a ser evitado não chegue a tomar lugar, simplesmente em razão da ausência de *due diligence*.

Este foi também o posicionamento adotado pela ICJ no *Bosnia Genocide Case* de 2007 que julgou a alegação de tentativa de genocídio da Bósnia e Herzegovina contra a Sérvia e Montenegro. Segundo a Corte

[...]está claro que a obrigação em questão é de conduta e não de resultado, no sentido que um Estado não pode estar sujeito a uma obrigação de sucesso, quaisquer sejam as circunstâncias, em prevenir o cometimento de genocídio: a obrigação dos Estados-membros é, ao invés disso, de empregar todos os meios razoavelmente disponíveis a eles, de forma a prevenir o genocídio tanto quanto possível. Um Estado não incorre em responsabilidade simplesmente porque o resultado desejado não foi atingido; incorreria em responsabilidade, porém, se o Estado, manifestamente, falhasse em tomar todas as medidas que estão em seu poder para prevenir o genocídio e que poderiam ter contribuído para prevenir o genocídio.²⁶¹

Igualmente, ao proferir sua decisão no caso *Pulp Mills*, relacionado diretamente ao risco de dano transfronteiriço, a Corte considerou que

²⁶⁰ [this] “*Obligation of prevention is definitively not an obligation whose breach only entails state responsibility when the result is not in conformity with what was required by it.*” DUPUY, 1999, p. 379.

²⁶¹ No original da decisão da Corte: “[...] *it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible. A State does not incur responsibility simply because the desired result is not achieved; responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its powers, and which might have contributed to preventing the genocide.*” *apud* PELLET, 2011, p. 116-117.

A obrigação estabelecida no Artigo 36 foi direcionada à ambas as Partes e prescreve a conduta específica de coordenar as medidas necessárias através de uma Comissão para evitar alterações no equilíbrio ecológico. Uma obrigação de adotar medidas regulatórias ou administrativas, tanto individual quanto conjuntamente, e garantir seu cumprimento é uma obrigação de conduta. Portanto, ambas as Partes são chamadas, pelo Artigo 36, a exercitar o *due diligence* ao agir através da Comissão para tomar as medidas necessárias para preservar o equilíbrio ecológico do rio.²⁶²

Percebe-se, pelo conteúdo da obrigação de conduta descrito, que a Corte adota o conceito mais ortodoxo das categorias de obrigação segundo meio (conduta). Pellet defende que é possível inferir dos julgados que a prevenção seria vista pela ICJ como uma norma primária. O fato da Corte estabelecer que o conteúdo da obrigação de prevenção varia de um instrumento para outro de acordo com os procedimentos esperados e dependendo da natureza dos atos a serem prevenidos é uma prova disso.²⁶³

Para Xue, por definição, a obrigação de prevenção seria uma obrigação de conduta que pressuporia a adoção de um padrão mínimo de comportamento por parte do Estado, conforme abordado anteriormente²⁶⁴. Para o autor, assim como para Dupuy, Kiss e Shelton, para analisar este padrão mínimo devem ser utilizadas regras de procedimento nas ações dos Estados. Comungam com a opinião dos autores os membros da ILC responsáveis pelo Projeto de Artigos em Prevenção, especialmente o seu último relator, Rao.

No seu segundo relatório à frente do projeto de artigos sobre a prevenção de danos transfronteiriços, Rao já se afasta da categorização da obrigação de prevenção na forma adotada por Ago e ratificada por

²⁶² No original da decisão da Corte: “*the obligation laid down in Article 36 is addressed to both Parties and prescribes the specific conduct of co-ordination of the necessary measures through the Commission to avoid changes to the ecological balance. An obligation to adopt regulatory or administrative measures either individually or jointly and to enforce them is an obligation of conduct. Both Parties are therefore called upon, under Article 36, to exercise due diligence in acting through the Commission for the necessary measures to preserve the ecological balance of the river.*” apud PELLET, 2011, p. 117.

²⁶³ PELLET, 2011, p. 118.

²⁶⁴ XUE, 2003, p.523-524.

Crawford. No primeiro momento que introduz a questão da implementação das obrigações, o relator deixa claro que:

O dever da prevenção, que é uma obrigação de conduta, é essencialmente considerado como um dever de *due diligence*. Qualquer questão relacionada à implementação ou cumprimento do dever de prevenção deveria ter que lidar com a obrigação e, conseqüentemente, com o grau de diligência que deveria ser observado pelos Estados²⁶⁵ (grifou-se).

Com base na análise de doutrina, jurisprudência e trabalhos dos relatores anteriores, Rao conclui que a obrigação de prevenção, considerando sua natureza de *due diligence*, demanda um nível de cuidado que é esperado do bom governo. Aqui, retoma a noção de *due diligence* de Dupuy, tratada anteriormente. Dessa forma, os Estados deveriam possuir, permanentemente, um sistema legal e recursos materiais suficientes para assegurar o cumprimento de suas obrigações internacionais. Como consequência, o Estado deve também criar e manter um aparato administrativo compatível tanto com a obrigação quanto com as suas possibilidades.²⁶⁶

O grau de vigilância e cuidado por parte de um Estado a fim de cumprir com uma obrigação de prevenção vai ser determinado, em grande medida, considerando o próprio potencial de dano da atividade. Quanto maior o grau de risco, mais exigentes devem ser as medidas adotadas para mitigá-lo e prevenir danos.²⁶⁷ O destaque da contribuição de Rao advém de uma afirmação bastante simples, mas carregada de significação: *due diligence* é um padrão, não uma definição²⁶⁸. Ou seja, é um tipo de norma, não uma norma em si.

É importante lembrar que o ARSIWA e o Projeto de Artigos Sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços foram aprovados na mesma sessão da ILC, em 2001. Portanto, não seria crível supor que a Comissão, que é uma, iria aprovar em no Projeto submetido por

²⁶⁵ No original: *The duty of prevention, which is an obligation of conduct, is essentially regarded as a duty of due diligence. Any question concerning implementation or enforcement of the duty of prevention would necessarily have to deal with the obligation and hence the degree of diligence which should be observed by states.* (ILC, 1999, vol 2, parte 1, p.116, parágrafo 18.)

²⁶⁶ ILC, 1999, vol 2, parte 1, p.118, parágrafo 31.

²⁶⁷ ILC, 1999, vol 2, parte 1, p.118, parágrafo 32.

²⁶⁸ “*It was also clarified that due diligence was a standard and not a definition.*” (ILC, 1999, vol 2, parte 1, p.116, parágrafo 20)

Crawford a concepção da norma de prevenção de danos transfronteiriços como uma obrigação de resultado, ao mesmo tempo que fundamentava o tópico de Rao a partir da ideia de que a obrigação de prevenção seria do tipo conduta. Assim, é importante interpretar o trabalho da Comissão da forma integrada que lhe é peculiar, analisando a fundo possíveis inconsistências antes de alardear um problema. Portanto, considerando ainda a própria manifestação da Comissão de que nem todas as normas de prevenção devem ser compreendidas como inseridas no artigo 23 (posteriormente repaginado no Projeto Final como artigo 14 (3)), a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços não pode ser entendida como de resultado.

Conforme já analisado no capítulo anterior, o cumprimento da obrigação de prevenção está diretamente relacionado à observação do dever de *due diligence*. Algumas das “sub-obrigações” (ou obrigações procedimentais) da prevenção estão claras e foram coerentemente reafirmadas no projeto de Artigos em Prevenção e pelos julgados internacionais, entre as quais o maior destaque pode ser dado à necessidade de realizar avaliações de impacto ambiental. Na sequência, podem ser citados de uma forma geral os deveres que envolvem informação: dar publicidade dos riscos à população envolvida, comunicar aos Estados potencialmente atingidos, trocar informações sobre alterações no *status quo*. E, finalmente, os deveres presumidos para que o Estado possa adotar medidas eficazes no caso de uma emergência. Estas obrigações procedimentais podem ter maior ou menor relevância a depender do grau de risco da atividade, conforme apontou Rao.

Contudo, é preciso lembrar que a obrigação de prevenção é uma obrigação primária, ou seja, o seu conteúdo específico pode ser determinado em graus de especificidade particulares de acordo com o contexto no qual a norma estiver inserida. Considerando a obrigação de prevenção de forma geral, como um dever que já se presume como decorrente de um costume de direito internacional, as medidas descritas pelo Projeto de Artigos em Prevenção são eficazes como instrumento de análise para estabelecer se houve o cumprimento da obrigação. No entanto, se a obrigação advém de um instrumento convencional, é possível que a própria norma preveja padrões particulares de diligência e o seu cumprimento deve ser analisado considerando esta realidade.

O importante, a partir deste ponto, é saber se o descumprimento da obrigação de prevenção (seja ela entendida na forma de princípio geral de direito, de costume, a partir de instrumento convencional) é passível de implicar a responsabilização internacional do Estado. Com o

advento dos Princípios de Alocação de Prejuízo em 2006, que determinaram a responsabilidade objetiva dos operadores de atividades perigosas pela compensação de eventuais danos, não há mais dúvida de que as vítimas poderão ver suas perdas mitigadas. No entanto, a norma de prevenção, por ser uma norma de conduta, não se presume descumprida essencialmente com o advento do dano. A violação pode ocorrer antes, já quando for identificado que o Estado não toma as medidas adequadas para minimizar o risco e a probabilidade deste dano.

4.2 O regime de responsabilidade internacional aplicável

A contrapartida dos benefícios do exercício de atividades econômicas de larga escala é a ameaça de catástrofes de iguais proporções. Um dos desafios da regulamentação internacional é manter o equilíbrio fino entre riscos insuportáveis de grandes danos ambientais e o exercício legítimo de atividades econômicas perigosas. Para tanto, a comunidade internacional tem à disposição uma variedade de instrumentos legais, que estabelecem as condições sob as quais é possível retirar o maior proveito dessas atividades sem correr um risco incompatível com o benefício que elas oferecem.

O risco é inerente ao caráter perigoso da atividade, mas é preciso ressaltar que existe a possibilidade do dano não ocorrer. Portanto, o risco é, por definição, uma potencialidade. Diante desta situação, os Estados poderiam se comportar como apostadores, jogando com a probabilidade do dano não ocorrer. Se o dano sobrevier, o regime da *liability* poderá ser utilizado para compensar os prejuízos materiais. Mas, e se não ocorrer? E se, pela própria natureza da atividade de risco, o dano estiver sempre na iminência de acontecer? Neste caso, é justo que a comunidade internacional se submeta à uma situação de risco inaceitável sem possuir nenhuma forma de tutelar a situação?

As atividades de perigo são autorizadas a partir da adoção de medidas que possam tornar riscos inicialmente muito altos ou inaceitáveis em riscos aceitáveis. É dentro destas medidas de mitigação que a obrigação de prevenção está amparada. Portanto, diante de uma situação como a levantada acima, poder-se-ia defender que apesar da atividade ser lícita, o risco inaceitável que não é mitigado pela adoção de obrigações de devido cuidado é um descumprimento da obrigação de prevenção e, portanto, um fato ilícito.

Dessa forma, o que poderia ser feito por um Estado que corre o risco de suportar efeitos adversos do dano ambiental, ou pela comunidade internacional como um todo, quando este for o caso, diante

de um Estado que explora direta ou indiretamente uma atividade na qual não tomou medida alguma (ou as tomou de forma inadequada) para mitigar aquela probabilidade de efeito adverso?

Neste trabalho, entende-se que o regime da responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito é aplicável a casos como estes.

4.2.1 A responsabilidade pela compensação do dano

Conforme já destacado no ponto anterior, a norma de prevenção, devido ao seu caráter eminentemente antecipatório do dano e da mitigação do risco (partindo-se do pressuposto de que o risco é inerente à atividade) não pode ser descrita como uma obrigação do tipo de resultado ou de fim. Isto porque cumpre com a obrigação de prevenção o Estado que adota os instrumentos legais e materiais, tomando todas as providências para evitar o efeito adverso, ainda que este possa vir a ocorrer.

Neste mesmo raciocínio, deixa de cumprir com a obrigação de prevenção o Estado que não adota os meios necessários para instrumentalizar a obrigação com a qual se vinculou internacionalmente, independentemente do evento final ocorrer ou não. Esta situação se instala porque o Estado deixou de observar uma obrigação com a qual se comprometeu internacionalmente.

É importante reforçar que existe um combinado de formas nas quais a obrigação de prevenção pode ser cumprida ou descumprida e dos tipos de responsabilidade que decorrem destas. Um Estado pode cumprir com a obrigação de prevenção, adotando todas as medidas instrumentais e materiais necessárias para que, de boa fé, gerencie o risco da atividade para níveis aceitáveis. No entanto, se o evento adverso ocorrer, as vítimas do dano não podem ser ignoradas, assim, caberá a responsabilidade do tipo *libility*: o prejuízo será suportado por aqueles que se beneficiam da atividade econômica em um evidente exemplo de institucionalização do princípio do poluidor-pagador.

De forma clara, Derani sintetiza o princípio ao definir que este “visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental”. Na aplicação sua aplicação, “[...] impõe-se ao ‘sujeito econômico’(produtor, consumidor, transportador), que nessa relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano.”. Assim, “[...] arca o causador da poluição com

os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização desse dano”.²⁶⁹

A autora ainda esclarece que a concretização do princípio do poluidor-pagador ocorre “através da obrigação do poluidor de diminuir, evitar e reparar os danos ambientais”. A atuação principal do princípio estaria ligada ao princípio da contabilização dos custos, por meio do qual “deve arcar com os custos aquele que pelo uso provoca a deterioração de recursos naturais”. Contudo, como desdobramentos do princípio, destaca que ele não representa somente a ideia de cálculo de custos, mas de que o causador carrega, em regra, “a responsabilidade objetiva e financeira pela proteção ambiental, o que teria que cumprir, seja através de parcial diminuição, eliminação do dano ou por alguma compensação financeira”.

Toda a fundamentação do princípio do poluidor pagador está ancorada na existência de dano. Por sua vez, o dano é o motor que dá a partida na responsabilização por ato lícito. É justamente por esta razão que o princípio se relaciona com a *liability* nos casos em que o dano se instala. Como consequência, o regime de *liability* é aplicável quando, apesar do Estado cumprir com a sua obrigação de prevenção, o dano sobrevier. Da mesma forma, é aplicável a *liability* quando o Estado deixa de cumprir com o seu dever de *due diligence*, violando a obrigação de prevenção, e ocorre o dano.

Ambos os casos, de acordo com os Princípios de alocação de prejuízo decorrentes de atividades perigosas adotado pela ILC são claramente fundamentados no princípio do poluidor-pagador. Quem será compelido a realizar a compensação do dano será o operador da atividade econômica. O Estado apenas estará sujeito a realizar uma compensação suplementar no caso do operador não suportar sozinho todo o dano²⁷⁰. Ainda que o Estado possa executar diretamente estas atividades, isto é, ser o operador, na maior parte das vezes elas estão distribuídas na iniciativa privada. Portanto, o Estado como sujeito de direito internacional, não estará sujeito à responsabilização – ao menos não na concepção tradicional de *liability* adotada pela ILC²⁷¹.

²⁶⁹ DERANI, 1996, p. 158.

²⁷⁰ Como expresso no Princípio 4 (5) do Projeto de princípios sobre a alocação de prejuízo no caso de danos transfronteiriços decorrentes de atividades perigosas (ILC, 2006).

²⁷¹ Certamente o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente por fato ilícito quando não observar o conteúdo da norma primária, seja no caso do Projeto de Artigos em Prevenção, seja no caso do Projeto de Princípios de

Esta forma de responsabilidade internacional é extremamente importante, tendo em vista que se o dever de reparar o dano estivesse atrelado somente à necessidade de comprovar o ato ilícito ou a culpa do Estado ou do operador, fatalmente as vítimas teriam que suportar todo o prejuízo sozinhas em um grande número de ocorrências. Isto porque, como já exaustivamente afirmado neste trabalho, as atividades econômicas perigosas envolvem um risco que não pode ser anulado – independente de quão zelosas sejam as normas de prevenção adotadas. O risco pode e deve ser mitigado, mas se puder ser absolutamente desconsiderado, a atividade não será considerada de risco e não será este o regime de responsabilidade a ela aplicado. Ao mesmo tempo, uma atividade com riscos inaceitáveis em um primeiro momento pode se transformar em uma atividade cujos riscos são social e economicamente aceitos desde que deveres de *due diligence* sejam adotados.

No entanto, a proteção do meio ambiente não pode ser realizada hoje da mesma forma que ocorria há um século atrás, ou seja, não podemos agir apenas para gerenciar os danos depois que eles se instalarem. Uma política ambiental internacional consciente e eficaz pressupõe que os atores envolvidos se adiantem ao dano, mitigando os riscos e evitando através de obrigações de melhores esforços que o evento adverso ocorra. É a partir dessa urgência de estar um passo à frente do problema que surge a necessidade de demonstrar que um Estado que não cumprir com o dever de prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços, mesmo quando estes não tiverem ocorrido, está descumprindo a norma de prevenção e deve ser responsabilizado internacionalmente.

4.2.2 Responsabilidade do Estado em matéria ambiental e o ARSIWA

A norma de prevenção não pode ser dissociada do dever de *due diligence*, uma vez que a primeira pressupõe a conformidade com o segundo²⁷². Isto é, um Estado não estaria cumprindo com uma norma de

Alocação de Prejuízo. Em ambos os casos, a compensação financeira também será aplicável no caso de existência de dano.

²⁷² Conforme Barboza, a obrigação de prevenção (que o autor entende como um conjunto necessário de medidas a serem adotadas conjuntamente, entre as quais devem estar a adoção de relatórios de impacto ambiental, adoção de procedimentos especiais em casos de ausência de notificação, o dever de informação ao público, o dever de consulta àqueles ameaçados pelo risco da atividade, a preparação para emergências, a solução de controvérsias e medidas de não-discriminação, conforme já mencionado no capítulo anterior) é parte de

prevenção a menos que tomasse todos os cuidados possíveis, ou seja, a menos que agisse com um padrão de *due diligence* na forma descrita por Dupuy. Disto decorre que ao Estado não basta se comprometer com uma norma de prevenção se não assegurar as condições instrumentais legais e materiais básicas para atingir os seus objetivos.

Prevenir danos transfronteiriços é uma obrigação internacional com consequências relevantes especialmente em matéria ambiental. Surge como uma obrigação de caráter territorial de não causar danos a outros Estados, de não permitir que em seu território sejam levadas a cabo atividades que tenham impacto negativo sobre o território de outro Estado. No entanto, com o esclarecimento científico a respeito da poluição, da alteração das condições físico-químicas dos ecossistemas e de várias outras consequências negativas relacionadas à modificação das relações homem-natureza, o caráter exclusivamente territorial perde o sentido. A obrigação se afasta da ideia de soberania sobre território para estabelecer uma abordagem coerente com o risco do dano ambiental. A prevenção de danos transfronteiriços é, portanto, uma obrigação primária de direito ambiental internacional e, como tal, está sujeita ao regime geral de responsabilidade na forma prescrita pelo Projeto de Artigos de responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito.

A regra geral da responsabilidade internacional na forma definida no ARSIWA é a de que se uma obrigação internacional for violada de forma comissiva ou omissiva e se esta violação é atribuível ao Estado, então este pode ser responsabilizado internacionalmente pela existência de fato ilícito. Ao mesmo tempo que prescreve esta regra geral, o Projeto de Artigos afasta o dano como um pressuposto da responsabilidade do Estado, considerando que ele está implícito na própria violação da obrigação, como já abordado.

Em seu trabalho no Comissão, como visto no primeiro capítulo²⁷³, Ago foi categórico quanto à possibilidade de responsabilização de Estados pelo não cumprimento de uma obrigação internacional independentemente da natureza daquela obrigação e do

um grupo maior de obrigações de *due diligence*. Para o autor, por meio da prevenção é que uma minimização apropriada do risco é possível e por esta razão é que encontram lugar na regulação das atividades perigosas, onde as obrigações de prevenção devem coexistir com um sistema de responsabilidade. (2011, p. 6).

²⁷³ Ver tópico 2.2.3.

assunto com a qual se relaciona²⁷⁴. Esta última ressalva é fundamental. Ago, posteriormente ratificado pela ILC²⁷⁵, deixa claro que:

A violação por parte de um Estado de uma obrigação internacional que lhe é incumbida é um fato ilícito internacional independentemente do tema (*subject-matter*) da obrigação internacional violada. **Não pode haver nenhuma restrição nesse sentido.** (grifou-se)²⁷⁶

Para o Relator, com base em uma ampla revisão do conteúdo da responsabilidade e da forma que os tribunais internacionais lidavam com a responsabilidade por atos ilícitos, fica perfeitamente claro que o conteúdo da obrigação é tão irrelevante para a aplicação da responsabilidade quanto a fonte desta obrigação.²⁷⁷ Isto é, desde que seja reconhecida como uma obrigação internacional (qualquer seja sua fonte: convencional, costume, princípio geral), será aplicável o regime da responsabilidade do Estado, qualquer seja o tema e o conteúdo da obrigação.

Finalmente, a Comissão ainda enfatizou que a responsabilidade internacional por fato ilícito seria o tipo de tópico no qual o desenvolvimento progressivo do direito poderia representar um papel particularmente importante. A ressalva foi feita no sentido de que os papéis atribuíveis tanto à codificação quanto aos princípios já reconhecidos não poderiam ser planejados com antecedência e estariam sujeitos às soluções específicas adotadas para os vários problemas.²⁷⁸

Considerando que a ILC nunca chegou a definir de forma clara quais artigos tratam de codificação de direito costumeiro e quais artigos constituem desenvolvimento progressivo do direito, o fato é que a Comissão tem considerável liberdade na confecção de seus documentos.²⁷⁹ Esta questão, aliada à ocorrência de uma sucessão de relatores em cada tópico, explica porque não é difícil encontrar alterações significativas no posicionamento da ILC ao longo do projeto no que diz respeito à divisão do texto, do conteúdo a ser abordado e até

²⁷⁴ ILC, 1970, Doc A/CN.4/217, para. 6, p. 127.

²⁷⁵ ILC, 1972, Doc A/CN.4/SER.A/1970/Add. 1, para.66, 'd', p. 306.

²⁷⁶ No original: "*The breach by a State of an international obligation incumbent upon it is an internationally wrongful act regardless of the subject-matter of the international obligation breached. There can be no restriction in that regard.*" (ILC, 1976, p. 96)

²⁷⁷ (ILC, 1976, p. 8, para. 19)

²⁷⁸ (ILC, 1976, p. 73, para. 77.)

²⁷⁹ Brownlie, 2012, p.542.

mesmo acerca da definição de conceitos chave para cada tema. Este foi o caso do trabalho envolvendo o tópico da responsabilidade internacional, no qual, durante o curso dos trabalhos, verifica-se uma mudança na abordagem dos conceitos operacionais. Esta mudança veio a refletir de modo substancial na responsabilidade internacional em matéria ambiental.

Ago é categórico ao defender que, em certos casos, o desenvolvimento progressivo do direito internacional teria que tomar procedência sobre a “codificação pura e simples”.²⁸⁰ Talvez este tenha sido exatamente o caso do tópico da responsabilidade em relação à proteção ao meio ambiente. Para embasar esta afirmação diversas passagens dos relatórios da Comissão poderiam ser invocadas, mas a mais clara é a que faz alusão à nova realidade da comunidade internacional diante das avanços tecnológicos e científicos e das demandas econômicas e sociais:

Mais recentemente, os requerimentos do desenvolvimento econômico e social por todos os lados e as realizações maravilhosas, mas também **os terríveis perigos, do progresso científico e tecnológico têm levado os Estados a perceber uma necessidade imperativa de proteger as mais essenciais propriedades da humanidade e, em particular, proteger e preservar o meio ambiente humano em benefício das presentes e futuras gerações.** Novas regras de direito internacional têm surgido, outras que estão no decurso de emergências têm se estabelecido firmemente e, outras já existentes têm adquirido novo vigor e um significado mais delimitado; **estas regras impõe nos Estados obrigações que são respeitadas porque são de um crescente interesse coletivo** por parte da comunidade internacional como um todo.²⁸¹ (grifou-se)

²⁸⁰ ILC, 1976, p. 6, para. 11.

²⁸¹ No original: “*More recently, the requirements of economic and social development on all sides and the marvelous achievements, but also the terrible dangers, of scientific and technological progress have led States to realize the imperative need to protect the most essential common property of mankind and, in particular, to safeguard and preserve the human environment for the benefit of present and future generations. New rules of international law have thus appeared, others in course of emergence have become firmly established and yet others, already existing, have acquired new vigor and more marked*”

Diante deste novo cenário internacional, os trabalhos da Comissão visaram a um Projeto de Artigos amplo o suficiente para abrigar todos os ramos do direito internacional puro. Há uma grande variedade de obrigações primárias no direito internacional. Uma norma abrangente de responsabilidade deve ser sensível às suas diferenças, mas deve também ser aplicável de maneira categórica.

Justamente por esta razão exposta que é necessário rebater os argumentos de que a responsabilidade internacional na maneira pensada por Ago, debatida e refletida por diversos relatores e membros da ILC e, finalmente codificada sob a supervisão de Crawford, não se aplicaria às normas de direito ambiental internacional.

O argumento é reforçado diante da própria manifestação da Comissão no sentido de que a ausência de precedentes judiciais em certas áreas deveria ser vista como uma oportunidade para desenvolver estas disciplinas. Ou seja, a ausência de jurisprudência mostraria a necessidade de descortinar o conteúdo de certas áreas, a fim de permitir que regras pudessem ser estabelecidas para corresponder ao chamado de tendências emergentes. Em outras palavras, “o desenvolvimento progressivo do direito internacional às vezes deve tomar precedência sobre a codificação em seu sentido estrito”²⁸².

Não se deve esquecer, ainda, o conteúdo do artigo 19 do Projeto de Artigos de 1996, o qual descrevia crimes de Estado. Apesar do artigo ter sido objeto de intenso debate e na segunda leitura ter sido retirado do projeto, isto apenas aconteceu porque a ideia de crime de Estado foi rechaçada de forma ampla pelos Estados, mas por razões eminentemente políticas²⁸³. A prescrição da alínea ‘d’ daquele artigo é, porém, a mais ampla prova de que a Comissão incluiu a temática ambiental como um dos conteúdos aos quais as normas secundárias de responsabilidade do Estado seriam aplicadas. Esta afirmação se confirma pelo próprio texto do artigo, o qual prescreve na mencionada alínea ‘d’ uma das quatro indicações de que um Estado estaria cometendo uma violação tão grave

significance; these rules impose upon States obligations which are to be respected because of an increased collective interest on the part of the entire international community”.(ILC, 1976, p. 102 e 103)

²⁸² No original: “*In other words, the progressive development of international law sometimes has to take precedence over codification in the strict sense.*” (ILC, 1976, p. 78)

²⁸³ Nesse sentido, ver: PELLET, Alain. Can a State commit a crime? Definitely, yes!, p. 425-434. *European Journal of International Law*, vol. 10, n 2, 1999.

para a proteção de direitos fundamentais da comunidade internacional que esta violação seria considerada um crime:

Uma grave violação de uma obrigação internacional de essencial importância para salvaguardar e preservar o meio ambiente, tais como aquelas proibindo a vasta poluição da atmosfera e dos mares²⁸⁴.

A Comissão ainda destacou que, dentre as várias matérias envolvidas na preservação de bens que sejam essenciais para o progresso e sobrevivência da humanidade, “prestou particular atenção aos desenvolvimentos recentes do direito internacional no tema da salvaguarda e preservação do meio ambiente humano²⁸⁵”. Esta dedicação à preocupação com o meio ambiente ficou clara na supramencionada norma, ainda que posteriormente este inciso não tenha constado no Projeto final – o que não ocorreu em razão do seu conteúdo ambiental, mas pela dificuldade em manter a idéia de crimes de Estado na forma prescrita pelo artigo, conforme já abordado. A Comissão ainda destacou que na consulta pública os Estados expressaram concordância integral com a provisão do artigo 19 (d).²⁸⁶

Se a Comissão não adotou prescrições específicas em relação ao meio ambiente nos artigos de responsabilidade por fato ilícito, tal situação não se deve a uma suposta inadequação deste ramo do direito como conteúdo subjetivo daquelas normas. Qualquer argumento utilizado para refutar a aplicação do ARSIWA para matéria ambiental corre o risco de negar o caráter de obrigação secundária daqueles artigos e a própria origem do direito ambiental internacional como ramo do direito internacional público.

Finalmente, como bem destaca Sands, na área ambiental não há nenhum instrumento internacional que estabeleça as regras gerais aplicáveis às normas relacionadas à responsabilidade internacional tanto de fato ilícito quando de atividades lícitas. Portanto, não há nenhuma lei especial para derrogar a lei geral. Dessa forma, considerando que o Projeto de Artigos reúne as regras gerais de direito internacional ele é aplicável às normas ambientais, inclusive em razão do projeto refletir o direito costumeiro.²⁸⁷

²⁸⁴

²⁸⁵ Tradução livre de: “*Commission paid particular attention to recent developments in international law on the subject of the safeguarding and preservation of the human environment.*” (ILC, 1976, v.2, p2, para 71, p.121)

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ SANDS, 2003, p. 873.

4.2.3 Responsabilidade pela violação da obrigação de prevenção e do padrão de *due diligence*

A norma de prevenção de danos transfronteiriços é descumprida quando não são adotadas as medidas instrumentais e materiais que são necessárias para demonstrar que todos os esforços foram empreendidos para evitar a ocorrência do dano. Na obrigação de prevenção, o dano não é elemento comprobatório de seu cumprimento ou descumprimento. A existência de dano vai desencadear outras relações de responsabilidade, mas que não estão necessariamente relacionadas com a quebra do dever de prevenção. Por esta razão, a obrigação de prevenção deve ser entendida como de conduta e não de resultado.

Ao mesmo tempo, a prevenção de danos transfronteiriços é uma obrigação internacional que possui caráter de costume e que se encontra codificada em diversos instrumentos convencionais com vistas à proteger e preservar o meio ambiente. Sendo uma obrigação internacional, a sua violação dá ensejo à responsabilidade do Estado violador. As consequências da violação desta norma são aquelas incluídas no ARSIWA.

Este entendimento é compartilhado por Barboza, para quem as violações da obrigação de prevenção podem ocorrer antes de qualquer resultado danoso e cujas consequências são aquelas previstas dentre os artigos da ILC aprovados em 2001, advindos de atos ilícitos e não do regime de *liability*²⁸⁸. Para o autor esta seria uma decorrência do caráter de obrigação primária do dever de prevenção, cuja quebra implicaria na responsabilização internacional.

Outro ponto a ser lembrado é que os trabalhos de Ago dizem respeito à irrelevância da presença de dano para que se possa caracterizar a existência de responsabilidade²⁸⁹. Isso torna-se especialmente claro no caso do dever de preservar. Se há uma norma primária demandando medidas de mitigação de risco, a ocorrência da situação temida não é necessária. O objetivo da obrigação de prevenção é mitigar o risco e se este risco não está sendo diminuído – ou se não se empreende o máximo de esforço para tal – a norma está sendo descumprida.

Na *liability*, tanto o ato que causa o dano quanto as suas consequências são previstos na norma primária. Como resultado, a

²⁸⁸ BARBOZA, 2011, p.15.

²⁸⁹ Ibid, para. 81, p. 308

consequência – o pagamento da compensação pelo dano – não se caracterizaria como uma violação da norma, mas como o cumprimento de uma condição, a de produção do dano. Para Barboza, se a norma primária é a de prevenção e não é cumprida, surge a necessidade de aplicar obrigações secundárias que são típicas do regime da responsabilidade por fato ilícito. Isto porque na obrigação de prevenção não existe a previsão das consequências, estas serão dadas pela norma secundária que, de acordo como autor, podem tomar a forma de reparação, cessação do fato ilícito e de medidas ou garantias de não-repetição.²⁹⁰

A máxima de que o objetivo das normas de meio ambiente é prevenir o dano ao invés de somente compensá-los às vítimas é corroborada por Scovazzi. O autor destaca que a ideia de prevenção está integrada na regra primária que proíbe o dano transfronteiriço e que aquela seria considerada violada no momento em que ocorresse uma conduta que criasse um sério risco de dano. Se o dano não acontecesse, não se haveria o que falar em compensação; no entanto, o Estado responsabilizado incorreria nas outras consequências do fato ilícito.²⁹¹

De acordo com o ARSIWA, se um Estado for responsabilizado internacionalmente ele pode ser compelido a cessar a conduta ilícita (artigo 30 (a) do Projeto), oferecer garantias apropriadas de não repetição (artigo 30 (b)), restabelecer a situação que existia antes que o fato ilícito ocorresse (artigo 35) e dar satisfação na forma de reconhecimento da violação, pedido de desculpas ou outra modalidade apropriada ao caso (artigo 37). Tudo isso sem deixar que a obrigação inicialmente violada continue a ser exigível.

Uma vez estabelecido que o ARSIWA é aplicável no caso de uma violação da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços, é preciso enfrentar a difícil situação decorrente do problema apontado no item 4.1.3 deste trabalho, isto é, a noção de obrigação de prevenção adotada pela ILC no Projeto de Artigos.

Uma leitura literal do texto do artigo 14, parágrafo 3 do ARSIWA gera consequências inaceitáveis para o campo do direito ambiental. Tal como está colocado naquele dispositivo, a violação da obrigação de prevenção se dá com a ocorrência do evento a ser prevenido. Isso significa que não há violação sem a ocorrência do evento, que o dever de prevenção é uma obrigação de resultado. Essa

²⁹⁰ BARBOZA, 2011, p.27.

²⁹¹ SCOVAZZI, 2005, p. 212.

lógica peculiar cria algumas dificuldades quando a norma primária é pensada em termos de redução de riscos de dano ambiental.

Um ponto a ser destacado diz respeito ao sentido do conceito de prevenção. Como foi dito anteriormente, a prevenção é anterior e independente da existência do dano, ou seja, remete a medidas aptas a lidar com o risco de dano, com a possibilidade de que ele ocorra. Isso significa que uma obrigação de prevenção só poderia existir, por uma consequência lógica das próprias noções de prevenção e obrigação, sem a ocorrência do dano. Risco de dano e dano são coisas distintas, e o dever de prevenção diz respeito ao primeiro. No máximo, a ocorrência do evento pode ser indício de falha no sistema de prevenção, mas nem sempre o é.

Ao argumentar que o regime de *liability* é o mais adequado para lidar com a gestão de atividades perigosas, Julio Barboza explica que um agente não pode ser responsabilizado por um dano decorrente de uma atividade lícita caso tenha seguido todas as medidas exigidas de prevenção. É justo que aquele que se beneficia com a atividade perigosa arque com os ônus decorrentes dela, mas não é correto atribuir a ele a violação de uma obrigação. Ao cumprir o dever de prevenção, um Estado não poderia ser submetido ao regime de responsabilidade simplesmente pela ocorrência do dano: “é logicamente inaceitável dizer que causar um dano transfronteiriço faz com que o ato que o causou mude de ‘lícito’ para ‘ilícito’. Em termos gerais, é contraditório permitir ‘risco’ e proibir ‘dano’ na mesma atividade”²⁹²

Se entendida no seu sentido comum, a ideia de prevenção claramente remete a uma obrigação de conduta, e não de resultado, já que ela diz respeito a uma obrigação de melhores esforços para proteger o meio ambiente. É crucial para a licitude das atividades perigosas o empenho dos Estados nos quais estas sejam desenvolvidas, considerando as ameaças de catástrofes tão sérias quanto podem ser os danos ambientais transfronteiriços. Nenhum Estado toleraria que os demais criassem condições para a ocorrência de danos dessa magnitude, ainda que a ameaça jamais se concretizasse.

Disso conclui-se que a não ocorrência do dano não pode eximir o Estado que incorre na violação do dever de prevenção, isto porque sua

²⁹² *But it is logically unacceptable to say that causing transboundary damage makes the act which caused it change from “lawful” to “wrongful.” In general terms, it is contradictory to permit “risk” and prohibit “damage” in the same activity.* (BARBOZA, 2011, p. 155).

conduta criou um ônus para os demais que, por si só, é inaceitável: o risco não mitigado de dano transfronteiriço.

Um exemplo pode ilustrar o problema da concepção da obrigação de prevenção de dano transfronteiriço como sendo de resultado. Determinado Estado tem em seu território uma potencial fonte de dano transfronteiriço, *e.g* uma usina nuclear em mal estado de conservação, e não toma as medidas internacionalmente exigidas para mitigar o risco de acidentes, apostando com a sua sorte e a de seus vizinhos. Se o parágrafo 3 do artigo 14 for interpretado literalmente, o Estado imprudente não estaria violando o dever de prevenção, já que o acidente ainda não ocorreu, e seus vizinhos não estariam juridicamente respaldados para coagi-lo a tomar as medidas necessárias.

Felizmente, é a própria Comissão que dá elementos para a responsabilização da falha do dever de prevenção sem dano, como já analisado no tópico 4.1.3 deste trabalho. Isto porque, na terminologia adotada pela ILC por ocasião do ARSIWA, a obrigação de prevenção daquele artigo foi distinguida de obrigações de *due diligence*. Na verdade, foi esclarecido que, dentre as várias formas de obrigação de prevenção, aquela prevista no artigo seria a do tipo “puro”, onde o objetivo da norma seria o de evitar a ocorrência de determinado evento. Portanto:

É verdade que há exemplos “puros” de obrigações de prevenção, do tipo descrito no comentário [ao antigo artigo 23, sobre a obrigação de prevenção]. Elas são verdadeiras obrigações de prevenção no sentido de que a menos que o evento a ser evitado ocorra, não há violação. Ao mesmo tempo, o Estado não garantiu que o evento não vai ocorrer: ele empreendeu uma obrigação da natureza de melhores esforços para preveni-lo de ocorrer, o conteúdo e o rigor daquela obrigação dependerão da norma primária. Como notado, no entanto, nem todas as obrigações direcionadas à prevenção da ocorrência de um evento são deste tipo, e não é a função do projeto de artigos forçar todas estas obrigações em uma forma única.²⁹³

²⁹³ Tradução livre de: “*It is true that there are “pure” obligations of prevention, of the kind described in the commentary. They are true obligations of prevention in the sense that unless the apprehended event occurs there is no breach. At the same time, the State has not warranted that the event will not occur; it has undertaken an obligation in the nature of best efforts to prevent it from occurring, the content and rigour of that obligation depending on the*

Se a obrigação a qual a Comissão se refere no artigo 14 (3) é uma obrigação de prevenção “pura” e que não exige *due diligence*, então, a única alternativa é a de compreender que entre os tipos de normas de prevenção que a Comissão afastou da aplicação do artigo está o da prevenção de danos transfronteiriços.

O princípio da prevenção, como esclarecido pela ILC no tópico da *liability*, é formulado não apenas para definir que os Estados são obrigados a prevenir ou mitigar as interferências transfronteiriças apenas quando elas de fato causem dano substancial. O objetivo da norma é obrigar a prevenir ou mitigar nas atividades que pressupõem um risco significativo de causar tal dano transfronteiriço. Ou seja, esta segunda afirmação assegura o que deveria já estar implícito no dever de prevenir interferências transfronteiriças e serve para excluir mal-entendidos neste ponto.²⁹⁴ Portanto:

A obrigação dos Estados de tomar medidas preventivas ou de minimização do risco é de *due diligence*, requerendo que os Estados adotem certas medidas unilaterais para prevenir ou minimizar o risco de danos transfronteiriços significantes. A obrigação imposta por este artigo [Artigo 4 do Projeto de Artigos em Liability, na versão prevista em 1996] não é uma obrigação de resultado. É a conduta do Estado que vai determinar se um Estado cumpriu com a sua obrigação de acordo com os presentes artigos.²⁹⁵

Ademais, no relatório submetido pela própria ILC à UNGA em 1999, a Comissão menciona especificamente esta suposta inconsistência entre a forma que a obrigação é tratada no tópico da responsabilidade e no tópico da *liability*. Além disso, reforça que a norma de prevenção como entendida por Ago no anterior artigo 23 do Projeto ao menos fazia referência à conduta, referência esta que não foi mantida no atual artigo

primary rule. As noted above, however, not all obligations directed towards preventing an event from occurring are of this kind, and it is not the function of the draft articles to force all such obligations into a single form.” (ILC, 1999, v2, p2, p. 38, para 134)

²⁹⁴ ILC, 1996, p. 109, comentário 8 ao artigo 3.

²⁹⁵ No original: “*The obligation of States to take preventive or minimization measures is one of due diligence, requiring States to take certain unilateral measures to prevent or minimize a risk of significant transboundary harm. The obligation imposed by this article is not an obligation of result. It is the conduct of a State that will determine whether the State has complied with its obligation under the present articles.*” (ILC, 1996, p. 110, comentário 5 ao artigo 4)

14 (3). No relatório se reconhece que na sua forma mais frequente, obrigações de prevenção são do tipo de conduta, especialmente em relação à matéria ambiental. A manifestação foi muito clara neste sentido:

No entanto, como havia sido apontado no debate, as obrigações de prevenção eram mais frequentemente obrigações de conduta. De fato, as **obrigações de prevenção eram muitas vezes obrigações de *due diligence*, e não obrigações de resultado, especialmente em tratados sobre o meio ambiente.**²⁹⁶ (grifou-se)

Portanto, ainda que tenha havido a manutenção do artigo 14(3), em virtude de obrigações de prevenção que não dizem respeito a este trabalho²⁹⁷, foi de vital importância destacar que o dispositivo não se aplica à obrigação de prevenção de danos transfronteiriços. O tópico da *liability* é fundamental para apontar que a obrigação de prevenção é do tipo *due diligence* e que deve ser compreendida como uma obrigação de conduta, não de resultado. No entanto, como já tratado exaustivamente, a *liability* se aplica como uma responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade e se transmite, principalmente, ao operador.

Neste ponto já deve estar claro que o “gatilho” da *liability* em matéria ambiental na forma tratada pelo Projeto de Princípios na Alocação dos Prejuízos da ILC é o dano, independente de culpa, dolo ou da existência de ato ilícito. Já o que precede à responsabilidade do Estado no caso de descumprimento da norma de prevenção é a existência de fato ilícito consubstanciada na não-adoção de um comportamento de *due diligence*, na não-adoção de medidas instrumentais e materiais e na ausência do empreendimento dos melhores esforços para prevenir a ocorrência do evento danoso.

Este capítulo destacou que a responsabilidade internacional por fato ilícito, na forma consubstanciada no ARSIWA, deve ser aplicada

²⁹⁶ No original: “Yet, as had been pointed out in the debate, obligations of prevention were more often obligations of conduct. Indeed, obligations of prevention were often due diligence obligations, not obligations of result, particularly in treaties on the environment.” (ILC, 1999, v2, p2, p.62, para. 178)

²⁹⁷ Cabe, porém, mencionar um exemplo do tipo de obrigação de prevenção à qual a Comissão se refere. Crawford, nos seus comentários, identifica uma obrigação de prevenção do tipo de resultado quando um Estado se compromete a evitar que determinado documento sigiloso venha à tona. Para o Relator, se o referido documento se tornar público, independente das razões, a obrigação foi descumprida. (ILC, 1999, v2, p1, p. 32).

quando um Estado descumpra o seu dever de prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços. Os argumentos foram continuamente sendo apontados ao longo desta dissertação, mas podem ser resumidos para facilitar a compreensão do leitor.

Em primeiro lugar o ARSIWA é aplicável porque a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços está dentro das normas gerais de direito ambiental internacional, tendo sido reconhecida como costume pela ICJ na opinião consultiva sobre *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Ademais, a maior parte dos tratados que envolvem proteção ao meio ambiente dedicam espaço à obrigação. Portanto, a obrigação de prevenção de danos transfronteiriços é uma obrigação internacional.

Sendo, pois, uma obrigação internacional, a sua violação implica na responsabilização do Estado, desde que seja possível atribuir o descumprimento a esse ente. Considerando que a obrigação analisada é do tipo de conduta, sendo demonstrado que o Estado não adotou medidas de melhores esforços para prever a ocorrência do dano, ainda antes deste ocorrer, há uma violação. A violação será facilmente atribuível ao Estado se este deixou de adotar o aparato legal e material interno que se pressupõe inerente ao exercício da *due diligence*. Sendo, assim, uma obrigação na qual o ato do Estado está fundado quase que exclusivamente no corpo Executivo e Legislativo, a atribuição do ato é medida que se impõe.

Por fim, ao aplicar o ARSIWA, é afastada a aplicação do artigo 14 (3) que se refere a obrigações de prevenção que pressuponham a necessidade de atingir determinado resultado, eis que a prevenção de danos transfronteiriços é uma obrigação do tipo *due diligence* e não há, assim, que se falar em resultado, mas em conduta. Portanto, se a conduta não foi adequadamente tomada, independente da existência do evento danoso que se procurou evitar com a obrigação, o Estado está violando a norma.

A aplicação do ARSIWA nos casos de descumprimento da obrigação de prevenção possui uma importância especial quando o Estado não age com *due diligence*, mas o dano não ocorreu. Isto porque, em se tratando de atividades perigosas, deve ser entendido que apesar do dano ainda não ter ocorrido, ele pode ocorrer a qualquer momento, da mesma forma que pode nunca vir a tomar lugar. A questão essencial é não apostar com a probabilidade deste dano. Para isso, é preciso permitir que a comunidade internacional possa responsabilizar internacionalmente aquele Estado que adotar este comportamento. Esta

permissão está contida, justamente, no Projeto de Artigos sobre responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito.

As consequências da responsabilização do Estado pela violação da norma não são objeto deste trabalho, mas vale a pena a sua menção apenas para destacar a importância de utilizar a responsabilidade do Estado na matéria ambiental, especialmente para evitar os danos derivados das atividades perigosas. O Estado responsabilizado tem o dever de realizar a obrigação violada (art. 29), de cessar com a violação e não repeti-la (art.30), de reparar os danos, que podem ser tanto materiais quanto morais (art. 31), de restituir, ou seja, de restabelecer a situação na forma que estava antes de sua conduta ilícita sempre que esta for uma alternativa condizente com a quebra (art. 35), de compensar o dano quando a restituição não for suficiente (art. 36) e de dar satisfação, isto é, reconhecer a violação da obrigação, *e.g* realizar um pedido de desculpas.

Destaca-se, assim, que responsabilizar internacionalmente um Estado pelo cometimento de ato ilícito quando ele não cumprir com a obrigação de prevenção é um instrumento de cabal importância para a proteção ambiental.

Em que pese a contribuição única do Projeto de Princípios de Alocação de Prejuízo, ele está focado na reparação do dano ambiental e na compensação das vítimas pelo dano que já ocorreu. A *strict liability* nele prevista é, sem dúvida, um avanço imensurável para o campo do direito ambiental. No entanto, como dificilmente um único instrumento seria capaz de resolver todos os problemas que nascem com o descumprimento de uma obrigação internacional específica, o projeto de princípios também tem suas limitações. Uma delas é o fato de o Estado ser responsabilizado apenas de maneira secundária pelos prejuízos. A outra, como já destacado, é o fato da compensação estar atrelada a existência de dano.

Dessa forma, por mais impressionante que tenha sido a inovação da responsabilidade objetiva para dentro da exploração de atividades econômicas perigosas, os “velhos instrumentos” de direito internacional ainda podem contribuir – e muito – em matéria ambiental. E é justamente o tradicional instituto da responsabilidade por fato ilícito que mostra a sua força. A violação de uma obrigação de conduta como é a de prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços encontra amparo na responsabilidade internacional por fato ilícito. A construção do tópico da responsabilidade do Estado pela ILC em cima da desnecessidade da ocorrência de dano é o ponto nevrálgico da aplicação destas normas secundárias para o descumprimento da mencionada obrigação

ambiental. E a ausência do pressuposto do dano é exatamente o que faz do ARSIWA o instrumento ideal a ser aplicado quando a obrigação de prevenção deixa de ser cumprida.

5 CONCLUSÃO

Como resultado do desenvolvimento do direito internacional, uma nova regra geral se instalou no seio da comunidade internacional, consubstanciada pela aceitação da responsabilidade internacional dos Estados em decorrência de dano ambiental. A consequência lógica desta concepção é a de que existe uma obrigação internacional de não interferir com o meio ambiente de forma prejudicial. Ainda que os Estados manifestem certo receio em cobrar o cumprimento desta regra na prática, o fato é que ela encontra-se consolidada em diversos instrumentos internacionais e está amplamente balizada pela jurisprudência das Cortes internacionais.

Ao longo do desenvolvimento do direito ambiental internacional, um número considerável de obrigações internacionais foi sendo somado à esta prescrição geral. Inúmeras regras procedimentais foram encontrando seu caminho nos instrumentos internacionais e na prática dos Estados. O dever de notificação prévia, a necessidade de estabelecer avaliações de impacto ambiental para atividades cujas externalidades sejam desconhecidas ou quando são sabidamente perigosas para o meio ambiente, o dever de informação, de notificação e de consulta são todas obrigações de direito internacional ambiental largamente reproduzidas e que visam a prevenção do efeito danoso.

O caminho incipiente traçado pelas normas ambientais implica, mais vezes do que se poderia esperar, em uma ausência de detalhamento do conteúdo e das condições de implementação destas obrigações. Mas não se pode aceitar que o descumprimento destas obrigações seja justificado por argumentos como a vagueza da norma, ou a dificuldade em compreender o seu conceito. Quando um Estado encara uma dificuldade como as mencionadas, deve tomar precauções para estabelecer o escopo da norma, tendo em vista que não é aceitável a escusa do seu cumprimento porque ela constitui, sim, uma obrigação internacional. Portanto, ao Estado cabe atuar de boa fé e com diligência, ciente de que não poderá culpar a generalidade da norma pelo descumprimento da obrigação que esta prescreve.

Esta deve ser uma realidade não somente para as obrigações convencionais, mas também para as obrigações cujas fontes sejam princípios gerais de direito e o costume internacional. Isto porque o Estado possui meios de objetar-se ao cumprimento de determinadas disposições e, se mantém-se silente, consente com a norma. Acatar o descumprimento da norma pautado no argumento de generalidade daquela é retirar a força normativa da obrigação. Ademais, seria permitir

que Estados com intenções menos nobres aproveitassem o benefício de participar de uma norma que estabelece uma condição de pertencimento à comunidade internacional e ao mesmo tempo usassem o subterfúgio da imprecisão para se furtarem da sua execução.

Toda a norma possui razões subjacentes e, apesar da obrigação ser aplicada independentemente dessas razões, é possível distinguir entre boas e más interpretações da norma voltando-se para as justificativas de sua existência. Muitas vezes, para fundamentar o não cumprimento ou o cumprimento parcial de uma obrigação ambiental internacional, os Estados valem-se de interpretações que ignoram estas razões subjacentes. Obrigações ambientais têm sua razão última de existir na proteção do meio ambiente e na sua preservação. Comportamentos dos estados como o mencionado, põem em risco a eficácia da norma e não devem ser tolerados. É neste contexto que surge a contribuição da responsabilidade internacional por fato ilícito.

De uma forma geral, três diferentes abordagens para a responsabilidade ambiental internacional podem ser mencionadas. Elas se diferenciam considerando principalmente o grau ao qual se propoem responsabilizar o agente. Existe a responsabilidade fundada na culpa ou na ausência de *due diligence*, a responsabilidade objetiva relacionada ao não cumprimento de uma obrigação de resultado e a responsabilidade absoluta, quando independentemente de culpa ou da ilicitude de determinado ato será aplicada o agente será responsabilizado pela ocorrência de determinado evento.

A primeira das mencionadas formas de responsabilidade, isto é, fundada na ausência de *due diligence*, frequentemente é considerada a mais branda. Isto porque pressupunha a produção de provas de que o descumprimento da norma havia ocorrido por uma incapacidade em estabelecer o devido cuidado e, no caso desta diligência ser provada, não caberia falar em responsabilização do Estado. O padrão de *due diligence* nas obrigações ambientais é o mais frequente nos instrumentos convencionais internacionais.

A segunda forma de responsabilidade separa o elemento do efeito prejudicial do elemento culpa, ou seja, incorpora um teste de responsabilidade objetiva em oposição à tradicional noção de responsabilidade subjetiva, critério por muito tempo utilizado pelo direito internacional. Esta forma de responsabilidade objetiva está diretamente relacionada ao tópico da ILC sobre a responsabilidade internacional dos Estados por fato ilícito, isto porque estabelece que a responsabilidade nasce no momento em que a obrigação é descumprida. Neste caso específico, porém, trata-se mais comumente de um tipo de

obrigação primária especial, que se verifica observada apenas se determinado resultado for atingido.

A terceira forma poderia ser vista como a mais avançada, estabelecendo a responsabilização ancorada à existência do dano, independente de todas as medidas de prevenção terem sido tomadas. Esta forma de responsabilidade pode ser facilmente exemplificada pelo Projeto da ILC em Princípios de Alocação de Prejuízo Decorrente de Danos Transfronteiriços com Origem em Atividades Perigosas. Por meio deste instrumento os operadores de atividades que representem riscos de danos transfronteiriços são responsabilizados sempre que o dano ocorrer, ainda que tenham agido com a máxima cautela. Esta forma de responsabilidade pode ser entendida como uma consequência direta da aplicação do princípio do poluidor-pagador, estabelecendo que aquele que lucra com a atividade deve suportar os custos das suas consequências negativas. O Estado, no Projeto de Princípios, é responsabilizado apenas subsidiariamente. A sua obrigação consistiria primordialmente em adotar medidas internamente para possibilitar a aplicação do Projeto de Princípios.

Expostas estas três formas de responsabilidade ambiental internacional e estabelecido a que ramo às duas últimas pertencem, em sequência, o da responsabilidade por fato ilícito e o da *liability*, importa agora compreender o porquê das “velhas regras” de responsabilidade internacional serem extremamente valiosas para o direito ambiental.

O ARSIWA representou anos de trabalho de um grupo capacitado de doutrinadores especialistas na matéria da responsabilidade internacional do Estado. O objetivo de produzir um instrumento que tivesse caráter geral, composto de normas secundárias, aplicáveis às normas primárias no caso de sua violação foi atingido com o Projeto de Artigos. Mas este instrumento não é constituído apenas das ricas contribuições teóricas dos membros da ILC. Durante todo o trabalho a Comissão desempenha a sua função: codificar o direito costumeiro e os princípios gerais de direito e contribuir para o desenvolvimento progressivo do direito internacional. Separar o que é codificação e o que é desenvolvimento progressivo não é tarefa fácil, tanto que nem se cogitou fazer isso durante o curso dos trabalhos. Portanto, quando existe desenvolvimento progressivo ele não é facilmente rastreado.

É mais claro, porém, compreender quando uma determinada teoria foi abertamente recepcionada em detrimento de outra. Esta situação pode ser exemplificada pela adoção da teoria objetiva da responsabilidade internacional, em detrimento da subjetiva. Em outras palavras, a ILC realizou uma escolha consciente ao estabelecer que o

tópico seria embasado não no enfoque da culpa do agente, mas do descumprimento da norma. Na sequência, escolheu – no mínimo – manter-se neutra em relação ao pressuposto de dano para a atribuição da responsabilidade. Estas duas opções deliberadas é que imprimem ao ARSIWA um caráter de instrumento geral, aplicável a todas as obrigações internacionais primárias, independente de sua origem ou conteúdo.

A opção teórica adotada pela ILC têm alta relevância internacional, considerando que a Comissão pode ser vista como a principal instância na codificação das normas internacionais. Ao mesmo tempo, por tratar-se de um órgão da Organização das Nações Unidas, os seus trabalhos são frequentemente utilizados como base para decisões dentro de outros órgãos do sistema, destando-se entre eles a Corte Internacional de Justiça.

Como consequência dos pressupostos da responsabilidade por ato ilícito na forma prescrita pelo ARSIWA, a tradicional visão da responsabilidade ambiental internacional deve ser revista. Isto porque para imputar a responsabilidade ao Estado basta comprovar a violação de uma norma internacional e esta ação lhe ser atribuível. Assim, retomando a primeira forma de responsabilidade tratada, dita mais branda por fundar-se em um teste de *due diligence*, a análise das consequências do seu descumprimento sob a lente do Projeto de Artigos em Responsabilidade pode reverter substancialmente a sua malfadada suavidade.

Assim, se o dano não é mais pressuposto da responsabilização, o descumprimento da obrigação ambiental fundada na *due diligence* pode ser apontado desde o momento que o Estado deixa de adotar medidas procedimentais que demonstrem a adoção de melhores esforços para cumprir com a obrigação. Especificamente em relação à obrigação de prevenção de danos transfronteiriços, a obrigação se pressupõe violada quando a conduta esperada para que as razões subjacentes da norma sejam atingidas não é adotada. Como consequência, as regras de responsabilidade internacional por fato ilícito na forma prescrita no ARSIWA ampliam o escopo da norma ambiental, indo ao encontro do seu propósito último, que é o de evitar que o dano aconteça.

Nenhumas das obrigações procedimentais de prevenção e tampouco a obrigação substantiva de prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços pressupõem a existência de um efeito prejudicial para estabelecer a responsabilidade. A prevenção de danos transfronteiriços se refere, sim, a danos substanciais, mas não é o dano o objeto da norma, por óbvio. A norma é estabelecida para que os Estados adotem

medidas coerentes com a diminuição dos riscos nas atividades que possam causar danos significativos. O dano na norma de prevenção não é requisito para descumprimento, pois ele está relacionado ao componente subjetivo da norma, isto é, para quem a norma é pensada. Assim, a norma de prevenção de danos transfronteiriços não é aplicada a uma atividade que tenha potencial ínfimo de impacto ambiental, nem para a atividade que tenha altíssimo risco de causar dano ao meio ambiente. A norma tem como sujeito passivo as atividades cuja execução represente risco significativo de dano ambiental transfronteiriço.

Portanto, aplicar à obrigação de prevenção de danos transfronteiriços o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Ilícitos Internacionais é privilegiar o meio ambiente. Seja por possibilitar a responsabilização do Estado por ausência de *due diligence* antes do dano ocorrer, seja a garantindo quando este tomar lugar. O destaque, claro, reside na possibilidade de responsabilizar o Estado antes do dano ocorrer, indicando o cumprimento forçado da obrigação. Isto porque, ao estabelecer a responsabilidade pela violação, independentemente de uma restituição ou reparação ser determinada, subsiste o dever de cumprir com a obrigação violada. É justamente com o estabelecimento desta nova obrigação de agir que os riscos de dano ambiental podem ser mitigados.

REFERÊNCIAS

AGO, Roberto. Le délit international. **Hague Academy of International Law**. Recueil des Cours. t. 68, p. 415-554, 1939.

_____. **Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati** . vol. 1, Napoli: Jovene Editore, 1978.

ANZILOTTI, Dionizio. **Cours de droit international**, vol. 1, Trad. Gilbert Gidel. Paris: Recueil Sirey, 1929.

_____. **Corso di Diritto Internazionale**. Volume Primo. Città di Castello: Società Poligrafica Editoriale, 1964

AUST, Anthony. **Handbook of International Law**. Second edition. New York: Cambridge University Press, 2010

BARBOZA, Julio. **The Environment, Risk and Liability in International Law**. Leiden, The Netherlands, and Boston: Martinus Nijhoff, 2011.

BECK, Ulrich. **Risk society: Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992.

BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan. **International Law and the Environment**, 2nd ed., New York: Oxford University, 2002.

BODIN, Jean. **Six Books of the Commonwealth**. Tradução M. J. Tooley. Oxford: Blackwell's Political Texts, 1955. Disponível em: http://www.constitution.org/bodin/bodin_.htm . Acesso em 07 mai 2013.

BOYLE, Alan E. State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?. p 1-26. **International and Comparative Law Quarterly**, 39,1990.

_____. Globalising Environmental Liability: the interplay of national and international law. **Journal of Environmental Law**, Oxford University Press, vol 17, n 1, p. 3-26, 2005.

_____. Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; SIMON, Olleson (Org.). **The Law of International Responsibility**. New York: Oxford University, 2010.

BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russell A., **Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration**. New York: Cambridge University, 2006.

BROWNLIE, Ian. **The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations**. Hague: Brill/Nijhoff, 1998.

CRAWFORD, James. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Past and Future, **Lecture Series of the United Nations Audiovisual Library on International Law**, 2008. Disponível em <http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Crawford_S.html>. Acesso em 11 de jun 2013.

_____. **State Responsibility: the general part**. New York: Cambridge U. Press, 2013.

CRAWFORD, James; PELLET, Alain; SIMON, Olleson. **The Law of International Responsibility**. New York: Oxford University, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DRUMBL, Mark. Trail Smelter and the International Law Commission's Work on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and State Liability, p. 85-98. In: BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russell A., **Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration**. New York: Cambridge University, 2006.

DUPUY, Pierre-Marie. **La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle**. Paris: Pedone, 1976.

_____. **Due diligence in the International Law of Liability in Legal Aspects of Transfrontier Pollution**, Paris: OECD, 1977.

_____. **Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats**°, 188 RdC, 1984.

_____. Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility. **European Journal of International Law**. [s.l.] Vol. 10, n° 2, p. 371-385, 1999.

GENTILI, Alberico. **O Direito de Guerra**. Ijuí: Unijuí: 2004.

GRÓCIO, Hugo, **O Direito da Guerra e Da Paz**. Trad.Ciro Mioranza. 2 volumes. Florianópolis: Editora Unijuí- Fondazione Cassamarca, 2004.

KARNS, Margaret P.; MINGST, Karen A. **International Organizations: the politics and processes of global governance**. London: Lynne Rienner Publishers, 2004.

KISS, Alexandre, SHELTON, Dinah. **Guide To International Environmental Law**, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

KOIVUROVA, Timo. PÖLÖNEN, Ismo, Transboundary Environmental Impact Assessment in the Case of the Baltic Sea Gas Pipeline, p. 151–181. **The International Journal of Marine and Coastal Law**, vol. 25, 2013.

LEFEBER, René. **Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability**. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

MARINONI, Mario. **La Responsabilità Degli Stati**. Roma: Athenaeum, 1913.

MENDONÇA, Camila D. de A, FRANÇA, Luiza Z. A Fragmentação do Direito Internacional e do Direito Internacional Penal. **Anais Digitais do evento Jurisdição Internacional: fragmentação e obrigatoriedade**. Florianópolis, 20 a 21 de agosto de 2012.

MICKELSON, Karim. Rereading Trail Smelter. In BRATSPIES, Rebecca M.; MILLER, Russell A., **Transboundary Harm in International Law: lessons from the Trail Smelter Arbitration**. New York: Cambridge University, 2006.

MIGLIAZZA, Alessandro. Roberto Ago (1907-1995). In: **Rivista di Diritto internazionale**, v. LXXXI (1998). Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, 2006.

MORELLI, Gaetano. **Nozioni di Diritto Internazionale**. Padova : CEDAM, 1951.

NÈGRE, Céline. Responsibility and International Environmental Law, p-803-813. In. CRAWFORD, James; PELLET, Alain; SIMON, Olleson (Org.). **The Law of International Responsibility**. New York: Oxford University, 2010.

NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical international law of state responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations. In: **European Journal of International Law**. v. 13, n. 5, 2002.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin . O Caso das Papeleras na Corte Internacional de Justiça: Direito Ambiental Versus Direito Econômico? **Revista de Direito da Unigranrio**, v. 1, p. 12, 2008.

PELLET, Alain. The ILC's articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts. p. 75-94. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; SIMON, Olleson. **The Law of International Responsibility**. New York: Oxford University, 2010.

OKAWA, Phoebe. Procedural Obligations in International Environmental Agreements. p. 275-336. In. **The British Yearbook of International Law, S.L.**, 1996.

PLAKOKEFALOS, Ilias. Prevention Obligations in International Environmental Law. **Yearbook of International Environmental Law**, 2013.

PUFENDORF, Samuel. **The Political Writings of Samuel Pufendorf**. Tradução do latim para o ingles por Michael Seidler. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Costituzionale**. Padova : CEDAM, 1933.

SANDS, Philippe. **Principles of international Environmental Law**. New York: Cambridge University Press, 2003.

SCOTT, Shirley V., The LOS Convention as a Constitutional Regime for the Oceans, In ELFERINK, Alex G. Oude (ed.). **Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

SKJAERSETH, Jon; STOKKE, Olav; WETTERSTAD, Jorgen. Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms. **Global Environmental Politics**, v. 6, n° 3, 2006.

STEPHENS, Tim. **International Courts and Environmental Protection**. New York: Cambridge University, 2009.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Ano XVII. n° 6, p. 7-64, outubro de 1966.

TUNKIN, G. I. **Theory of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

UNECE, **Introduction to Espoo Convention**. Disponível em: <http://www.unece.org/env/eia/eia.html>. Acesso em: 08 jan 2014.

VATTEL, Emmerich. **O Direito das Gentes**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

WOLFF, Christian. **Jus Gentium**: methodo scientifica pertractatum. London: Humphrey Milford, 1934.

WEISS, Edith Brown. **Environmental Change and International Law**: new challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University Press, 1992.

XUE, Hanqin. **Transboundary Damage in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RESOLUÇÕES

ONU. Assembleia Geral, **Resolução 799 (VIII)**, [Request for the codification of the principles of international law governing State responsibility], 7 de dezembro de 1953. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/64/IMG/NR008664.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 fev 2014.

_____. Assembleia Geral, **Resolução 174 (II)**, [Establishment of an International Law Commission], 21 de novembro de 1947. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/81/IMG/NR003881.pdf?OpenElement> . Acesso em: 08 jan 2014.

_____. Assembleia Geral, **Resolução 1686 (XVI)**, [Future work in the field of the codification and progressive development of international law], 18 de dezembro de 1961. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a16r1686.htm>. Acesso em: 08 jan 2014.

_____. Assembleia Geral, **Resolução 32/151**, [Report of the International Law Commission], 19 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32r151.pdf>. Acesso em: 08 jan 2014.

DOCUMENTOS

ILC, **Yearbook of the International Law Commission, 1969**, Volume II. Doc A/CN.4/SER.A/1969/Add.1. New York: United Nations, 1970.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1970**, Volume II. Doc A/CN.4/SER.A/1970/Add. 1. New York: United Nations, 1972.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1971**, Volume II, Part One. A/CN.4/SER.A/1971/Add.1 (PartI). New York: United Nations, 1973.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1976**, Volume II, Part Two. Doc. A/CN.4/SER.4/1976/Add. 1 (Part 2). New York: United Nations, 1977.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1978**, Volume II, Part One. A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 1). New York: United Nations, 1978.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1980**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/1980/Add.1 (Part 2) New York: United Nations, 1981.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1994**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2). New York: United Nations, 1994.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1997**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/1997/Add.1 (Part 2). New York: United Nations, 1997.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1998**, Volume I. New York: United Nations, 1998.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 1999**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2). New York: United Nations, 1999.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 2001**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). New York: United Nations, 2001.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 2006**, Volume II, Part Two. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2). New York: United Nations, 2006.

UN. Assembleia Geral, **Conferência 151/26**, [Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento], 12 de agosto de 1992. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>. Acesso em: 10 fev 2014.

UN. Assembleia Geral, Sessão 56, suplemento nº 10, [**Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho de sua 53ª Sessão**], 26 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56589.pdf>. Acesso em: 10 fev 2014.

CASOS

Câmara de Disputas do Fundo Marinho do Tribunal Internacional do Direito do Mar. *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*. Caso 17. Advisory opinion, 2011.

Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 1996.

_____. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports, 2010.

Tribunal Arbitral. *Lac Lanoux* (Espanha v. França). In: United Nations. Reports of International Arbitral Awards, vol XII, 1957.