

Lucas da Costa Pereira Fontoura

**A TEORIA DOS ÓRGÃOS DE FATO NA ATRIBUIÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE DE UM ATO ILÍCITO INTERNACIONAL – UM  
ESTUDO COMPARATIVO DOS CASOS TADIC E NICARÁGUA V. EUA**

Monografia submetida ao programa de  
graduação da Universidade Federal de  
Santa Catarina para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

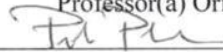
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A teoria dos órgãos de fato na atribuição de responsabilidade de um ato ilícito internacional - um estudo comparativo dos casos tadic e Nicarágua V. Eua.** ", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Lucas da Costa Pereira Fontoura**, defendido em **03/05/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 3 de Maio de 2016



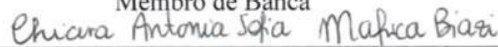
---

**Arno Dal Ri Júnior**  
Professor(a) Orientador(a)



---

**Paolo Palchetti**  
Membro de Banca



---

**Chiara Antonia Sofia Mafrika Biazi**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Lucas da Costa Pereira Fontoura

RG: 4.826.450

CPF: 050.913.969-85

Matrícula: 11201172

Título do TCC: A teoria dos órgãos de fato na atribuição de responsabilidade de um ato ilícito internacional – um estudo comparativo dos casos Tadic e Nicarágua v. EUA.

Orientador(a): Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Eu, Lucas da Costa Pereira Fontoura, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 03 de maio de 2016.

*Lucas Fontoura*

---

Lucas da Costa Pereira Fontoura



## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer a orientação do prof. Dr. Arno Dal Ri Jr., que aceitou trabalhar comigo durante a elaboração desta monografia, realizando comentários sempre claros e pontuais das deficiências da redação;

Agradeço, também, meus pais e minha família, pelo enorme apoio que me deram durante esses cinco anos, me dando oportunidade de me focar nos estudos;

Meus colegas de faculdade, sem os quais a própria graduação talvez não teria se realizado;

A Universidade Federal de Santa Catarina, assim como o Centro de Ciências Jurídicas, por ter propiciado grandes oportunidades durante o curso; e

Todos os professores que, de alguma forma, me ensinaram e me incentivaram a seguir em frente e não desistir do Direito; fora, ainda, aqueles que instigavam minha curiosidade por alguns temas.



## **RESUMO**

O presente trabalho visa analisar as diversas teorias a respeito da atribuição de atos ilícitos ao Estado, analisando com mais profundidade a noção de órgão. Com foco em dois casos paradigmáticos de tribunais diferentes – caso Tadic, do Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia e caso Nicarágua, da Corte Internacional de Justiça – se estudarão os demais casos da prática estatal e jurisprudência como auxílio na construção de uma solução adequada ao problema da atribuição. O estudo será feito a partir da teoria do órgão desenvolvida pelo prof. Paolo Palchetti.

Palavras-chave: Órgão de fato, atribuição, responsabilidade internacional, ato ilícito.

## **RIASSUNTO**

Questo lavoro intende analizzare le diverse teorie sull'attribuzione dei fatti illeciti agli Stati, analizzando con più profondità la nozione di organo. Con fulcro in due casi paradigmatici di diversi tribunali – il caso Tadic, del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia e il caso Nicarágua, della Corte Internazionale di Giustizia – si studieranno gli altri casi della prassi statale e giurisprudenza per ausiliare nella costruzione di una soluzione adeguata al problema dell'attribuzione. Lo studio sarà fatto a partire della teoria dell'organo sviluppata per il prof. Paolo Palchetti.

Parole-chiave: Organo di fatto, attribuzione, responsabilità internazionale, atto illecito.





## DEFINIÇÃO DOS TERMOS

Atribuição de conduta: O fato de imputar a um sujeito internacional a responsabilidade pelos atos realizados por esse sujeito, ou por outro sob seu controle.

Órgãos de Fato: Indivíduos que, desprovidos da qualidade formal de órgãos do Estado, nos fatos agem por conta dele<sup>1</sup>.

Critério do Controle Efetivo: Critério segundo o qual o Estado deve ter um controle sobre as condutas específicas do órgão, ter ciência das condutas e não impedi-las, tendo poder para tal<sup>2</sup>.

Critério do Controle Global: Critério segundo o qual o controle deve ser exercido não só na ajuda financeira, na logística e outras assistência e auxílio, mas também na participação na direção geral, coordenação e supervisão das atividades e operações<sup>3</sup>.

Instrução Específica: O fato de instruir um indivíduo a realizar uma determinada conduta.

Relação Orgânica de Fato: Relação não-jurídica que liga um órgão a um Estado.

---

<sup>1</sup> CONFORTI, B. Diritto Internazionale. 9ª Edição, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 350

<sup>2</sup> Palestra proferida pelo professor Paolo Palchetti no curso Escola de Altos Estudos - Corte Internacional de Justiça: papel atual e desafios futuros. In: UFSC, Florianópolis.

<sup>3</sup> Such control manifested itself not only in financial, logistical and other assistance and support, but also, and more importantly, in terms of participation in the general direction, coordination and supervision of the activities and operations (ICTY, Acórdão: Prosecutor v. Dusko Tadic, 1999, p. 69, para 156)



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO 1 – Aspectos gerais e históricos da atribuição de um ato ilícito</b> .....	<b>15</b>
1.1. O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais adotado em primeira leitura.....	15
1.2. O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais adotado em 2001.....	20
1.3. Teorias da doutrina sobre atribuição de um ato ilícito internacional a um Estado.....	23
1.3.1. A doutrina nacional.....	23
1.3.2. A doutrina internacional.....	27
1.4 A noção de órgão de fato.....	34
1.5. Elementos que identificam um órgão de fato do Estado.....	38
<b>CAPÍTULO 2 – Os casos de atribuição de ato ilícito na prática internacional</b> .....	<b>45</b>
2.1. O caso Nicarágua julgado pela Corte Internacional de Justiça e o critério do controle efetivo.....	45
2.2. O caso Dusko Tadic julgado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia e o critério do controle geral.....	48
2.3. Outros casos da prática internacional sobre atribuição de ato ilícito.....	50
<b>CAPÍTULO 3 – Divergências dos tribunais sobre o problema da atribuição nos casos Nicarágua e Tadic</b> .....	<b>61</b>
3.1. A teoria do controle efetivo adotado pela CIJ.....	61
3.2. A teoria do controle global adotado pela TPIY.....	65
3.3. Divergências apontadas nos tribunais internacionais.....	68
3.4. O âmbito de aplicação variável das teorias do controle.....	73
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	79



## INTRODUÇÃO

O surgimento da responsabilidade internacional de um Estado ocorre quando três pressupostos são satisfeitos. São eles, a violação de uma obrigação internacional, a anti-juridicidade da conduta, e a atribuição desta a um Estado. Surgindo a responsabilidade internacional, concomitantemente nascem as consequências jurídicas da responsabilização.

No entanto, essas consequências não serão analisadas, por não ser o foco deste trabalho. Igualmente deixadas em segundo plano, as especificidades da violação da obrigação internacional e da antijuridicidade da conduta também não serão estudadas. Foca-se, tão somente, na questão da atribuição da conduta a um Estado, tendo como certo que essa conduta constitui uma quebra de um dever jurídico internacional, e que não há motivos para se afastar a antijuridicidade dessa quebra.

Apesar desse recorte, o tema a que se propõe estudar é um tanto complexo, pois não é somente um problema jurídico, ele entra inexoravelmente na esfera política, na medida em que a aceitação dos Estados de uma determinada regra do direito internacional pode significar a sua própria responsabilização. Além disso, sabe-se que não há uma uniformização, na doutrina e na prática, acerca de qual é o melhor critério para resolver o problema da atribuição.

Isso acontece, também, porque o artigo 4º do Projeto de Artigos Sobre Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais, da Comissão de Direito Internacional define o que são órgãos do Estado, de uma maneira relativamente extensiva, uma vez que não restringe o reconhecimento de um órgão do Estado somente com a análise do direito interno. O mencionado artigo, contudo, não fornece os elementos a serem levados em conta para se identificar quando um ente, que formalmente não é um órgão, pode ser qualificado como tal.

A Corte Internacional de Justiça interpretou a extensão prevista nesse artigo de modo restrito, entendendo que há uma necessidade de um alto controle do Estado sobre um ente para que este tenha a qualidade de órgão de fato. Essa visão é conhecida como critério do controle efetivo.

Em um outro julgamento, porém, anos depois, o Tribunal Penal Internacional pela Ex-Iugoslávia enxergou o problema da atribuição de um modo diverso, se valendo de um critério conhecido como controle global, o qual exige um nível de controle menor para equiparar um ente a um órgão de fato ao Estado.

Portanto, por haver uma divergência nesses julgamentos, posteriormente ratificados pelos respectivos tribunais em casos posteriores, esse trabalho se propôs de analisar, dentre vários pontos em que não houve concordância, a extensão do grau de controle necessário para que um ente possa ser qualificado como um órgão de fato do Estado.

A metodologia utilizada para este trabalho foi através do método de abordagem indutivo, analisando os dois casos paradigmáticos, e comparando-os, posteriormente, razão pela qual se optou pelo método de procedimento comparativo. A temática foi desenvolvida através da técnica de pesquisa documental indireta de fontes primárias (acórdãos e textos normativos) e secundárias (livros e artigos).

## **CAPÍTULO 1 – Aspectos gerais e históricos da atribuição de um ato ilícito**

A responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais é uma questão muito complexa, pois, além de problema jurídico, ela é, também, um problema político. Por esse motivo, há sempre muita resistência a fortes mudanças nesta área do direito internacional, pois mudanças drásticas nas regras de responsabilidade estatal interferem, invariavelmente, no comportamento do Estado.

Entretanto, cabe dizer que o propósito deste trabalho é de trabalhar um instituto restrito dentro da responsabilidade internacional dos Estados, que é a atribuição de condutas ilícitas a um Estado.

Para estudar o assunto de modo sistematizado, preferiu-se analisar separadamente, em primeiro lugar, a evolução das tentativas de codificar o que possivelmente viria a ser um tratado sobre a responsabilidade dos Estados por atos ilícitos; depois, as diversas posições das doutrinas a respeito do tema; e, por fim, uma tese que se aprofundará, posteriormente, no capítulo 3.

### **1.1. O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais adotado em primeira leitura**

A Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1946, através de uma resolução, criou uma “comissão encarregada de estudar os métodos para o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional”. Dentro desse órgão, um representante dos EUA propôs que se criasse uma outra comissão, com a finalidade de codificar e dar seguimento ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional (Mello, 2000)<sup>4</sup>.

Assim, em 1948, a Comissão de Direito Internacional foi instaurada com o objetivo de “preparar projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional, e codificar as regras do direito internacional nos campos onde já existe

---

<sup>4</sup> Mello, C. D. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

uma prática do Estado”<sup>5</sup>. Ela funciona, portanto, a serviço das Nações Unidas, e, através de relatores especialmente designados, cria relatórios a serem discutidos durante as sessões anuais da Comissão de Direito Internacional, que normalmente duram de oito a onze semanas. E um dos quatorze primeiros assuntos prioritários da Comissão foi a responsabilidade dos Estados, merecendo, em decorrência disso, um maior destaque nos trabalhos da Comissão.

Foi por esse motivo que, em 1956, o relator especial Francisco V. García Amador, internacionalista Cubano, começou seus estudos na área, preparando os respectivos relatórios. Porém, o foco dos trabalhos dele se concentraram no assunto de danos a estrangeiros e bens de estrangeiros (Oliveira, 2009, p. 13)<sup>6</sup>.

Em seu segundo relatório, García Amador, em relação à atribuição de condutas de entes que não são formalmente reconhecidos como órgãos, menciona o caso da responsabilidade do Estado por ato omissivo ao deixar de prevenir ou punir um ato ilícito de um privado (Amador García, 1957, p. 124)<sup>7</sup>, ou quando não se teve a devida diligência para prevenir o dano (1957, p. 122)<sup>8</sup>.

Em relação aos atos de privados, o relator especial diz que, apesar da opinião em contrário, sempre se teve forte resistência à idéia de atribuir ao Estado a responsabilidade por danos causados por atos de indivíduos privados (1957, p. 123)<sup>9</sup>. Porém, em casos específicos, como a revolução, guerra civil ou motim, e em determinadas circunstâncias, pode o Estado ser responsabilizado por estes atos<sup>10</sup>.

Nota-se, portanto, uma preocupação com casos específicos, notadamente em seu enfoque de determinar regras gerais de responsabilidade em relação a danos a pessoas e bens estrangeiros. Ao final, seus seis relatórios, não obstante, não foram discutidos na Comissão (Crawford, 2012, p. 1)<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Retirado do website oficial da ONU - <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>, em 14 de Julho de 2016.

<sup>6</sup> Oliveira, D. P. Regulamentação Internacional da Responsabilidade dos Estados: A Contribuição da Comissão de Direito Internacional, Curitiba, Acervo Digital UFPR, 2009.

<sup>7</sup> Amador García, F. V. UN doc. A/CN.4/106, Second report, 1957

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Despite the weight of opinion to the contrary, there has always been firm resistance to the idea of attributing to the State any responsibility whatsoever for injuries resulting from the acts of ordinary private individuals. Ibid, p. 123

<sup>10</sup> As will be shown later, however, the report admits that a State may, in certain circumstances, be responsible in cases of riot, revolution or civil war. Ibidem.

<sup>11</sup> Crawford, J. Introductory Note - Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2012.



Entendendo que o foco deveria se voltar para regras mais gerais sobre responsabilidade, a Comissão, em 1962, designou o professor Italiano Roberto Ago como segundo relator especial da Comissão para o assunto da responsabilidade dos Estados, focando, porém, na origem e elementos dessa responsabilidade (Garcia, 2004, p. 279)<sup>12</sup>, assuntos dos quais o trabalho de Ago teve distinta importância em matéria de responsabilidade dos Estados (Crawford, 2012, p. 1)<sup>13</sup>.

É importante notar que, dentro desses assunto, tratados, no terceiro relatório apresentado à CDI, Ago abstrai regras de atribuição de condutas ao Estado. Ele já expressa uma condição básica para a responsabilização do Estado por ato ilícito, que é uma premissa de que o agente é um órgão do Estado<sup>14</sup>.

Portanto, para aplicar essa regra, deve-se identificar quando um ente será considerado um órgão pertencente ao Estado. Este último, para o autor, se define pelo conjunto do aparelhamento estatal e das suas estruturas concretas<sup>15</sup>. Dentro dessas, as leis nacionais e a sua organização é uma noção de fato para o direito internacional, e, portanto, as regras internacionais de atribuição são autônomas em relação àquelas internas (Ago, 1971, p. 249)<sup>16</sup>.

Isso, porém, não significa uma conformidade com o critério de atribuição que corresponde a uma aceitação de que um órgão pode ser compreendido através da relação orgânica meramente factual com o Estado, pois o entendimento de Ago acerca da organização do Estado diz respeito à idéia de que o regramento jurídico interno somente pode ser estabelecido por este. Com isso, o relator relaciona a organização do Estado, para o direito internacional, com a organização interna dele mesmo, e que os órgãos do Estado para o direito internacional equivalem aos órgãos estatais definidos no direito interno (Palchetti, 2007, pp. 26-27)<sup>17</sup>.

Este critério de referimento ao direito interno não é o único admitido por Ago. Considerando que o direito internacional possui autonomia para delinear regras de atribuição, ele admite a existência de critérios ligados ao princípio da efetividade. Porém, esses critérios são

---

<sup>12</sup> Garcia, M. P. P. *Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI*, In: Revista de informação legislativa, 41 (162), Abril/Junho de 2004, pp. 273-285.

<sup>13</sup> Crawford, *op. cit.*

<sup>14</sup> En d'autres termes, la qualité d'organe que revêt la personne au comportement de laquelle on se réfère est la prémisses, la condition, non pas l'effet, de la considération dudit comportement comme fait de l'Etat. In. R. Ago, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, in *Annuaire de la commission du droit international*, 1971, p. 249. Como veremos, essa condição é somente uma das possibilidades de se atribuir uma conduta ao Estado.

<sup>15</sup> On a déjà indiqué en passant que par "organisation" de l'Etat il faut entendre l'appareil de ce dernier, l'ensemble des structures concrètes par lesquelles il manifeste son existence et exerce son action. *Ibidem.*

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> Palchetti, P. *L'organo di fatto dello stato nell'illecito internazionale*. Milano: Ed. Giuffrè, 2007.

meramente subsidiários daquela regra geral, sendo aplicado somente em casos muito específicos. A exceção contida no artigo 8, a)<sup>18</sup>, é somente aceita nos casos em que o indivíduo, ainda que não seja órgão do Estado, recebeu instruções diretas de um órgão estatal. Deve-se demonstrar, no mínimo, um poder de controle do Estado sobre o órgão em questão, quando este não pertence ao Estado (Palchetti, 2007, p. 28)<sup>19</sup>.

Na sua opinião dissidente, por exemplo, o juiz Ago, no caso das atividades paramilitares no Nicarágua, confirma essa ideia:

Only in cases where certain members of those forces happened to have been specifically charged by United States authorities to commit a particular act, or carry out a particular task of some kind on behalf of the United States, would it be possible so to regard them. Only in such instances does international law recognize, as a rare exception to the rule, that the conduct of persons or groups which are neither agents nor organs of a State, nor members of its apparatus even in the broadest acceptance of that term, may be held to be acts of that State. (ICJ Reports 1986, pp. 188-189)<sup>20</sup>

Portanto, em suma, a primeira parte do projeto adotado em primeira leitura, e, conseqüentemente, a posição de Ago, pode ser resumida em uma regra geral – somente se atribui a conduta ao Estado de atos cometidos por seus órgãos ou por indivíduos que agem sob seu controle e seguindo suas instruções.

Por outro lado, ao ler o artigo 8, a), já mencionado, nota-se que se faz menção a indivíduos “que agem por conta do Estado”. Sendo assim, pode-se hipotizar que a intenção original de Ago era, na verdade, de ampliar os casos de atribuição de condutas dos órgãos de fato ao Estado. No terceiro relatório levado a discussão na CDI, ele faz referência a casos em que indivíduos, embora não formalmente ligados ao Estado, estavam agindo em seu nome. É o que se concluiu, por exemplo, no caso Stephens<sup>21</sup>, cuja comissão competente para julgar o caso concluiu

---

<sup>18</sup> Article 8: The conduct of a person or group of persons shall also be considered as an act of the State under international law if: (a) it is established that such person or group of persons was in fact acting on behalf of that State (ILC, Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, 1996)

<sup>19</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>20</sup> International Court of Justice. Acórdão: Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicarágua, 1986.

<sup>21</sup> Será posteriormente analisado no capítulo 2.

que o indivíduo deveria ser assimilado a um soldado Mexicano, trazendo para si a responsabilidade por essa conduta<sup>22</sup>.

O trabalho de Ago, ao final, se traduziu na adoção, em 1980, após 8 relatórios, de 35 (trinta e cinco) artigos sobre a responsabilidade dos Estados. E, como mencionado anteriormente, o relator especial Ago teve a importante contribuição de identificar os elementos de um ato ilícito de um Estado. Desde o seu trabalho, não houve modificação nos elementos que constituem um ato ilícito. Nem os relatores especiais Riphagen ou Arangio-Ruiz, no projeto adotado em primeira leitura, nem Crawford, no segundo projeto, quiseram mudar o esboço de Ago. Inclusive, vale notar como Crawford, sendo ele proveniente do Common Law, confiou no trabalho do professor italiano, tendo em vista que, por ser de um país da Civil Law, teria a preocupação necessária ao codificar os elementos constitutivos de um ato ilícito (Pellet, 2002, pp. 3-4)<sup>23</sup>.

Nos seis anos seguintes, o relator especial designado foi Willem Riphagen, Holandês, o qual, em 7 relatórios, deu a importante contribuição para a definição de Estado lesado (Crawford, 2012, p. 1)<sup>24</sup>. Além disso, ele também abordou os assuntos da restituição<sup>25</sup> e reparação (Garcia, 2004, p. 280)<sup>26</sup>. Em matéria de atribuição de condutas, Riphagen, assim como a Comissão de Direito Internacional como um todo, expressa sua preocupação com o estreitamento dos casos nos quais uma conduta pode ser atribuída a um Estado (Riphagen, 1986, p. 11)<sup>27</sup>.

Após esse período, em 1988, ele foi substituído por Gaetano Arangio-Ruiz, Italiano, o qual fez importantes avanços nos temas de reparação, contra-medidas, nas consequências de crimes internacionais e na resolução de conflitos (Crawford, 2012, p. 1)<sup>28</sup>. No fim, após a submissão de oito relatórios, a Comissão aprovou o primeiro Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos, em 1996, em primeira leitura.

O projeto adotado em primeira leitura foi submetido a comentários da Assembléia Geral e dos Estados. Apesar dessa abertura aos órgãos externos à CDI, foram os membros desta que

<sup>22</sup> Disse Ago, sobre o assunto, que “[s]ur ce fondement, la Commission conclut donc que Valenzuela devait être assimilé à un soldat, et que son action devait engager la responsabilité du Mexique”, In : R. Ago, op. cit., p. 279, para. 192.

<sup>23</sup> Pellet, A. Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?, In: *Annuaire français de droit internationale*, v. 48, 2002, pp. 1-23

<sup>24</sup> Crawford, op. cit.

<sup>25</sup> Cujo termo em inglês – restitution – foi criticado por Pellet, em op. cit., p. 8.

<sup>26</sup> Garcia, op. cit.

<sup>27</sup> It is obvious that, if such agents are used in order to try to evade the State responsibility which would have been incurred by the same conduct of an official agent, such evasion cannot be admitted by international law. In: Riphagen, W. Seventh Report on State Responsibility, In: *Yearbook of the International Law Commission*, 1986.

<sup>28</sup> Crawford, op. cit. No mesmo sentido, Garcia, op. cit. p. 280.

geraram controvérsias sobre o assunto, o que, segundo Garcia (2004, p. 280), seria causado por uma série de fatores, dentre os quais a longa duração dos trabalhos, tendo começado em um contexto político diferente daquele no qual foi aprovado (fim da guerra fria), a alteração dos membros da CDI e a forma esporádica de trabalho deste órgão, bem como a complexidade do assunto. Já em termos de avanços no projeto, inclui-se a exclusão do elemento dano na definição de responsabilidade<sup>29 30</sup>.

## **1.2. O Projeto de Artigos sobre Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais adotado em 2001**

Nesse contexto, o novo relator especial James Crawford, Australiano, tomou a difícil tarefa de solucionar as divergências centrais do Projeto de 1996, no curto espaço de tempo de que dispunha até que seu mandato na Comissão de Direito Internacional acabasse. Além de revisar todos os artigos do projeto de 1996, incluindo as críticas e sugestões dos governos ao Projeto, ele se debruçou sobre a questão da atribuição.

As principais diferenças entre o Projeto anterior e aquele finalizado por Crawford, em 2001, se resumem em dois principais pontos, na questão da atribuição.

1) No artigo 8, a), do primeiro projeto<sup>31</sup>, o Estado seria responsabilizado nos casos de indivíduos que agem na base de instruções recebidas do Estado, enquanto o atual artigo 8 admite a responsabilização por atos de indivíduos sob suas instruções, direção ou controle; e

2) O artigo 5 do projeto de 1996 prevê um referimento exclusivo ao direito interno para identificar os indivíduos que possuem a qualidade de órgão, fazendo uma diferenciação, inclusive, entre órgão e entes, sendo os atos destes últimos – como os estados federados – não referíveis ao Estado em si, por possuírem personalidade jurídica própria. Já no projeto de 2001, o “órgão estatal” ocupa uma posição muito mais ampla, inclusive enquadrando os entes estatais como órgãos.

---

<sup>29</sup> Garcia, p. 280

<sup>30</sup> Note-se, também, que o Projeto adotado em primeira leitura também está de acordo com a prática internacional, a exemplo dos casos “Pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã” e “Atividades militares e paramilitares dos Estados Unidos na Nicarágua. Sobre isso, ver Palchetti, op. cit. p. 20-21.

<sup>31</sup> Referenciado *supra*, nota 18.

Para esse último projeto, pois, o referimento ao direito interno não constitui mais o único elemento para se enquadrar um ente como órgão. É o que se extrai do artigo 4, parágrafo 2, deste último projeto.

*“Article 4. Conducts of organs of a State.*

*2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State” (ILC, 2001)*

Este, porém, não menciona quais são os elementos a serem considerados para se equiparar um indivíduo a um órgão estatal. Mas ainda que não se indiquem tais elementos, o trabalho da comissão tratou, nos artigos seguintes ao artigo 4, de delinear situações nas quais atos de indivíduos ou grupos de indivíduos são referíveis a um Estado.

Essa parece ser a intenção da Comissão de direito internacional, quando se lê nos comentários do próprio projeto<sup>32</sup>. A solução para identificação dos órgãos estatais parece ter um ponto de partida na referência ao direito interno (Palchetti, 2007, p. 24)<sup>33</sup>. Porém, o direito internacional possui um papel diverso no reconhecimento dos órgãos do Estado<sup>34</sup>. Os artigos subsequentes são responsáveis por analisar outras hipóteses de atribuição de condutas de indivíduos ao Estado.

Os motivos, resumidamente, que levaram Crawford a não analisar exclusivamente o direito interno dos Estados são que, com frequência, os ordenamentos jurídicos dos Estados não prevêm quem são seus órgãos; e também porque certos Estados identificam seus próprios órgãos não só com base em uma previsão legislativa, mas também na própria prática.

E, por fim, havia uma preocupação de não deixar exclusivamente ao Estado o dever de qualificar seus órgãos pois esse, sabendo das consequências de se reconhecer formalmente um órgão, negaria que muitos entes que possuem somente uma relação orgânica de fato com o

---

<sup>32</sup> Certain acts of individuals or entities which do not have the status of organs of the State may be attributed to the State in international law, and these cases are dealt with in later articles of this chapter. But the rule [of acts of organs] is nonetheless a point of departure. It defines the core cases of attribution, and it is a starting point for other cases. In: Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2, p. 40.

<sup>33</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>34</sup> But while the State remains free to determine its internal structure and functions through its own law and practice, international law has a distinct role. In: Yearbook of the International Law Commission, op. cit., p. 39.

Estado o são, excluindo, portanto, a possibilidade de atribuir a conduta destes ao Estado (Palchetti, 2007, p. 31)<sup>35</sup>.

Uma possível crítica a essa abordagem é que ela é muito formal. Não se deve entender como órgãos do Estado somente aqueles precisamente indicados no direito interno, mas sim que este ordenamento jurídico traria elementos de fato que atestem a existência deste órgão. É preferível que se admitam outros critérios de atribuição que não somente o direito interno, sob pena de se diminuir a gama de casos atribuíveis a um Estado.

Qualquer que seja o argumento utilizado, porém, nota-se que a Comissão de Direito Internacional não utilizou dados da prática internacional para sustentar a posição adotada. E, também, critica-se o fato de que o projeto adotado em segunda leitura (2001) não apontou critérios suficientes para auxiliar na identificação de um órgão de fato do Estado (Palchetti, 2007, pp. 32-33)<sup>36</sup>.

Os debates presentes no *Yearbook of International Law*, em 1998, não deixam claros se a posição futuramente adotada em 2001 teve a intenção de flexibilizar um pouco a rígida regra de referimento exclusivo ao direito interno, ou se, de outra parte, tentava-se ampliar as hipóteses nas quais uma conduta seria atribuível ao Estado, prevendo também as situações nas quais um indivíduo, através de uma relação orgânica de fato com o Estado, possa ser considerado um órgão estatal. Se fosse essa a intenção da Comissão, estaria superada a posição adotada em primeira leitura em 1996 (Palchetti, 2007, pp. 34-35)<sup>37</sup>.

Por outro lado, cumpre destacar que o trabalho de Crawford no bojo da CDI, embora muito relevante, não teve um caráter tão decisivo na questão da atribuição de condutas dos órgãos de fato do Estado, seja porque o trabalho de Ago foi pouco modificado, seja porque, de fato, já havia elementos que permitiam identificar um critério de atribuição baseado no princípio da efetividade<sup>38</sup>.

Essas são as considerações a respeito da abordagem da Comissão de Direito Internacional sobre o problema da responsabilidade. De modo mais genérico, Crawford, em sua nota introdutória, menciona que, embora esse Projeto seja normalmente aceito pela prática internacional, fatores externos, os quais não convêm serem estudados, impediram que desse texto

---

<sup>35</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Isso foi explicado acima, a respeito do artigo 8, a), do projeto adotado em primeira leitura, e na nota 22.

normativo fosse originado um tratado a ser posto em vigor. Não obstante esse caráter não imperativo, as cortes e tribunais internacionais vêm mencionando e aplicando o Projeto adotado em segunda leitura, sendo inclusive, em algumas partes, considerado reflexo de um costume internacional (Crawford, 2012, p. 2)<sup>39</sup>.

Pellet, de igual forma, elogia o Projeto de Crawford, mencionando que este é positivo por manter equilíbrio entre a prudência e a audácia, além de a coerência do conjunto não ser dubitável; os Estados, ademais, demonstraram uma aceitação do projeto; é também bom por proteger a integridade da Carta das Nações Unidas (artigo 59); e possuir alguns dispositivos que não impedem a utilização de outras regras além do Projeto de Artigos (artigos 54 e seguintes) (Pellet, 2002, pp. 22-23)<sup>40</sup>.

Enfim, no ano de 2001, em segunda leitura, é aprovada a versão final do Projeto de Artigos, o qual consiste em 59 artigos, junto com um texto comentando cada um deles.

### **1.3. Teorias da doutrina sobre atribuição de um ato ilícito internacional a um Estado**

Na análise da doutrina, percebeu-se uma carência da doutrina nacional na produção detalhada e completa das teorias da atribuição de condutas. Por esse motivo, se tratará dessas em primeiro lugar, para depois analisar o que a doutrina estrangeira acresce.

#### **1.3.1. A doutrinas nacionais**

A doutrina nacional, no geral, aborda a atribuição de um ato ilícito ao Estado de forma superficial, quase idêntica uns aos outros, e com desatenção aos problemas que podem gerar a indeterminação do âmbito de aplicação dos artigos do Projeto de Artigos de 2001, notadamente o artigo 4, parágrafo 2.

Não faltam exemplos para ilustrar o quanto dito.

---

<sup>39</sup> Crawford, op. cit.

<sup>40</sup> [L]es articles adoptés le 31 mai 2001 par la C.D.I, réalisent un équilibre satisfaisant entre la prudence et l'audace et leur cohérence d'ensemble n'est pas douteuse ; ils ne sont pas inacceptables par les États comme l'ont montré les débats de l'Assemblée générale et sa décision de les annexer à la résolution en prenant note ; ils prennent soin de préserver l'intégrité du droit de la Charte (article 59) ; et ils préservent l'avenir grâce à des clauses de sauvegarde adroites 123 et à leur modestie normative. Ver Pellet, A. Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?, In: *Annuaire français de droit internationale*, v. 48, 2002, pp. 22-23

Welber Barral, por exemplo, embora trate da responsabilidade civil através de codificações e de estudos de casos nas páginas 302 a 341, não chega a mencionar o assunto de atribuição de condutas de órgãos (Barral, 2006)<sup>41</sup>.

Para Mazzuoli, a atribuição de conduta é “o nexa causal que liga o ato danoso do direito internacional (ou a omissão estatal) ao responsável causador do dano (autor direto ou indireto do dano)” (Mazzuoli, 2008, p. 186)<sup>42</sup>.

A respeito de quais agentes terão suas condutas referíveis ao Estado, Mazzuoli sucintamente explica que “[o]s Estados serão sempre responsáveis pelos atos praticados pelos seus funcionários, quando tais atos forem praticados em seu nome (do Estado)”. O autor aponta, ainda, que o Estado responderá quando, se o ato ilícito for cometido por particular, não se tomaram as devidas diligências para prevenir o ato. Ou, também, quando a comunidade autora do ato for administrada ou protegida pelo Estado (Mazzuoli, 2008, pp. 186-187)<sup>43</sup>.

Já Guido Soares, em ensaio sobre o terrorismo, tece noções gerais sobre a responsabilidade civil, percorrendo o assunto da atribuição. Ele entende que somente os Estados podem ser responsabilizados, portanto uma conduta de um indivíduo deve ser atribuída àquele. E o critério de atribuição que ele utiliza é o de controle sob os indivíduos nacionais (Soares, 2003)<sup>44</sup>.

Celso Mello, igualmente, não trata da atribuição aprofundadamente, limitando-se a referir que os atos são imputáveis<sup>45</sup> aos Estados pois o agente está vinculado à soberania e porque o fato ilícito ocorreu em seu nome (Mello, 2000, p. 500)<sup>46</sup>.

José Francisco Rezek, em seu Manual, refere-se à imputabilidade (ou atribuição) apenas no que os demais autores também tratam – que o Estado será responsável pelos atos de seus

---

<sup>41</sup> Barral, W. *Direito Internacional: Normas e práticas*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

<sup>42</sup> Mazzuoli, V. de O, *Direito Internacional Público: Parte Geral*, 4ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> De fato, ao mencionar os sujeitos cujas condutas são atribuíveis ao Estado, ele menciona os três poderes típicos do Estado, os atos da administração e de indivíduos sob sua jurisdição. Cfr. Soares, G. F. S. *O Terrorismo Internacional e a Corte Internacional de Justiça*, In: *Terrorismo e direito*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 218.

<sup>45</sup> Este autor, apesar de usar o termo “imputação”, explica que a Comissão de Direito Internacional “prefere falar em ‘atribuição’, em lugar de imputabilidade”.

<sup>46</sup> Mello, C. D. op. cit.



órgãos, e por atos de particulares, quando não se dá a necessária prevenção e repressão (Rezek, 2014, pp. 168-169)<sup>47</sup>.

Para Accioly, a responsabilidade do Estado diferencia-se entre direta e indireta. Pode derivar de atos de seus próprios agentes (concepção doutrinária de responsabilidade direta) ou de particulares que, por falhar na prevenção ou punição do ato, é imputável ao Estado (responsabilidade indireta). Porém, é visível que o Estado em si não pratica atos, portanto em via de regra a responsabilidade será sempre indireta (Accioly, 1995, p. 51)<sup>48</sup>.

Somente é imputável aos Estados, portanto, os atos cometidos por “indivíduos que o representem ou encarnem”, quando a ação se deu na “qualidade *oficial* de órgão do Estado ou com os meios de que dispõe em virtude de tal qualidade” (Accioly, 1995, p. 52 – grifo nosso)<sup>49</sup>.

Ao mencionar atos de coletividades que exercem funções públicas, o autor parece fazer menção a órgãos oficiais, portanto imputáveis ao Estado<sup>50</sup>. O mesmo ocorre com unidades federadas. Quando muito, o autor reconhece que atos de indivíduos possam ser atribuídos ao Estado quando este falha em reprimir ou prevenir o fato ilícito

Para Husek, nenhuma novidade é colocada. A clássica distinção entre responsabilidade direta e indireta é novamente repetida. Segunda essa classificação, a responsabilidade será direta quando o Estado age por seus órgãos, sem o autor, contudo, definir quando um ente é considerado, para o direito internacional, órgão do Estado. A responsabilidade indireta, por outro lado, ocorre quando o agente é uma coletividade que o Estado representa<sup>51</sup> (Husek, 2015, pp. 136-137)<sup>52</sup>.

Para Portela, a imputabilidade se refere à atribuição do ato ilícito ao “ente a ser responsabilizado”. Sucintamente, faz-se referência à responsabilidade direta, quando cometido pelos seus entes estatais, órgãos, ou seus funcionários; e à indireta, quando o agente está vinculado ou protegido pelo Estado (Portela, 2011, p. 330). A única referência que se faz a órgãos “não-tradicionais” do Estado é na introdução do capítulo respectivo. Menciona que as

---

<sup>47</sup> Trata-se, portanto, de responsabilidade por ato omissivo do próprio Estado, não adentrando na esfera da noção do órgão de fato.

<sup>48</sup> Accioly, H. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Isso porque ele exemplifica as coletividade com entidades que possuem personalidade jurídica interna reconhecida pelo Estado, como comunas, províncias, etc. Sobre isso, ver Accioly, op. cit., p. 58.

<sup>51</sup> Nesse tipo de responsabilidade, porém, o autor se limita a mencionar o exemplo de Estados tutelados ou protegidos, sem fazer menção na relação destes com o Estado responsável pelas condutas.

<sup>52</sup> Husek, C. R. Curso de Direito Internacional Público, 13ª Edição, São Paulo, LTr, 2015.

autoridades que agem em nome do Estado, por exercerem “função de representação estatal lhes confere, no exterior, prerrogativas ao menos semelhantes àquelas de que gozam órgãos do Estado” (Portela, 2011, pp. 201-202)<sup>53</sup>.

Ainda que em trabalhos focados em responsabilidade internacional, não se dá muita atenção para a questão da atribuição, que insistentemente vem sendo chamado de imputabilidade. Segundo Natalie Villas Boas, confirmando o quanto visto de forma unânime pelos demais autores, a atribuição se dá de forma direta e indireta, não havendo destaque para a definição do que se considera como órgão do Estado (Villas Boas, 2010, p. 13)<sup>54</sup>.

Outro exemplo de um trabalho especializado em responsabilidade internacional, mas que também trata da atribuição (ou imputabilidade, segundo a autora) de forma concisa e não satisfatória é Paulina de Oliveira. Ela se restringe a problemas conceituais de imputabilidade, termo que não deve ser confundido com a imputabilidade penal, e a mencionar que nem sempre o autor da conduta será responsável (Oliveira, 2009, p. 23)<sup>55</sup>.

O único autor que parece tratar o assunto com um pouco mais de atenção é André de Carvalho Ramos. Ele inicia o capítulo de seu livro, sobre os elementos de responsabilidade internacional, explicando a liberdade dos Estados de se auto-organizarem. Porém, tomando Condorelli como base, ele afirma que a organização interna do Estado deve ser vista como um fato sob a ótica do Direito Internacional, devendo este último tecer normas sobre determinado assunto<sup>56</sup> (Ramos, 2004, pp. 153-154). Seguindo essa lógica, ele parte para a análise dos órgãos do Estado.

Órgão do Estado, para ele, deve ser aquele o qual o direito internacional determina que é. Logo, o direito interno não é a única forma de se qualificar um ente como um órgão. No entanto, lendo o artigo 4, parágrafo 2, do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados de 2001, ele admite que, quando o reconhecimento de tal indivíduo como órgão deriva do “direito

---

<sup>53</sup> Portela, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*, 3ª Edição, Bahia, Editora Podivm, 2011.

<sup>54</sup> Villas Boas, N. *Responsabilidade internacional dos Estados pela violação de normas imperativas de Direito Internacional Geral*. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2010.

<sup>55</sup> Oliveira, D. P. *Regulamentação Internacional da Responsabilidade dos Estados: A Contribuição da Comissão de Direito Internacional*, Curitiba, Acervo Digital UFPR, 2009.

<sup>56</sup> Essa posição já foi afirmada por Ago, *supra*, item 1.1, e mencionado, também, por Crawford, *supra*, item 1.2, nota 26.

interno [este] *sempre* caracteriza a imputação da conduta do citado órgão, quando age no exercício de sua função” (Ramos, 2004, p. 155)<sup>57</sup> <sup>58</sup>.

Por fim, quanto à solução do problema da atribuição de condutas dos órgãos de fato, ele se restringe a dizer que os atos de órgãos não reconhecidos pelo direito interno são atribuíveis ao Estado, utilizando como fundamento o artigo 4 do Projeto de Artigos, sem delinear em quais circunstâncias um ente será considerado um órgão de fato do Estado.

Este é o panorama geral de algumas das doutrinas nacionais sobre o assunto. Não obstante a possibilidade de haver livros sobre o assunto, parece ser incontroverso o fato de que é no mínimo raro encontrar uma abordagem completa sobre o assunto.

### 1.3.2. A doutrina internacional

De outro vértice, partindo à doutrina internacional, há mais material a ser analisado. Isso ocorre, inclusive, pelo fato de alguns relatores especiais da Comissão de Direito Internacional para o assunto da responsabilidade dos Estados serem Europeus (a exceção de García Amador e Crawford, mas que lecionava na universidade de Cambridge). Isso ocorre, também, por haver muitos professores que advogaram perante cortes internacionais em casos em que se discutiu a atribuição de condutas, e que lecionam em universidades européias, produzindo artigos e livros sobre o assunto.

Porém, a doutrina internacional também não está isenta de autores que tratam a atribuição de modo superficial.

Touscoz, por exemplo, não diferente de outros autores, trata a imputabilidade apenas brevemente, mas com uma terminologia um pouco diferente. Além dos órgãos estatais, ele referencia como “imputável” ao Estado também as condutas de “pessoas colectivas de direito privado investidas de prerrogativas de poder público” (Touscoz, 1993, p. 378)<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Se verá, porém, mais adiante (item 1.4), que há hipóteses em que, mesmo sendo o agente um órgão formal do Estado, seus atos não são atribuídos a este.

<sup>58</sup> Ramos, A. de C., *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004

<sup>59</sup> Touscoz, J. *Direito Internacional*. Mem Martins: Publicações Europa América Lda, 1993.

Igualmente sucinto é Alexander Kiss. Para ele, ato ilícito é uma conduta estatal consistente em uma ação ou omissão atribuível ao Estado e constituindo em uma violação de uma obrigação internacional daquele Estado (Kiss, 2007, p. 67)<sup>60</sup>.

Em relação aos entes que não são órgãos do Estado, o autor lê o artigo 8 do Projeto de Artigos de 2001 literalmente, entendendo a atribuição de condutas de indivíduos ao Estado quando aqueles estão agindo sob instrução ou direção e controle do Estado. Não precisa, porém, em quais condições, ou qual o grau de controle necessário, para se atribuir as condutas ao Estado, e nem a que título (se a atribuição se dá por conta do controle exercido e da instrução, ou se por ter o indivíduo agido na condição de órgão de fato do Estado) (Kiss, 2007, p. 78)<sup>61</sup>.

A doutrina, como visto e se aprofundará a seguir, se divide quanto ao problema da referibilidade ao Estado de condutas de seus órgãos, e não somente para fins de atribuição.

Enquanto há uma parte da doutrina que define os órgãos do Estado exclusivamente com base no direito interno, outra parte da doutrina defende a exclusão do direito interno como critério único para definir quais são seus órgãos.

As teses que se referem com exclusividade ao direito interno já são minoritárias, se não superadas por conta de suas limitações. Assim, não obstante algumas doutrinas que se viu acima, há uma posição forte da prática internacional que não reflete a teoria desta doutrina. Isso porque, segundo a prática internacional, órgão do Estado é, também, aquele que age fora de sua própria competência. A solução desses autores foi, portanto, de reconhecer que existem exceções à regra da referibilidade exclusiva ao direito interno.

Essas teses, além disso, reconhecem um caráter variável do referimento ao direito interno, devendo se determinar casuisticamente quando um ente se comporta como um órgão do Estado. Portanto, ao lidar com essa base teórica, alguns autores, como Anzilotti, terminam por admitir que, às vezes, um ente que não é reconhecido formalmente como órgão do Estado poderá ser considerado como tal (Palchetti, 2007, p. 9)<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> A wrongful act is defined as State conduct consisting of an action or omission attributable to the State and constituting a breach of an international obligation of that State. In: Kiss, A. State Responsibility and Liability for Nuclear Damage, In: Papers Derived from the Conference on the Human Right to a Safe and Healthful Environment and the Responsibilities Under International Law of Operators of Nuclear Facilities, 2007.

<sup>61</sup> Kiss, A. State Responsibility and Liability for Nuclear Damage, In: Papers Derived from the Conference on the Human Right to a Safe and Healthful Environment and the Responsibilities Under International Law of Operators of Nuclear Facilities, 2007.

<sup>62</sup> Palchetti, op. cit..

Ainda, se reconhece que o Estado seria responsável por condutas de privados em violação às normas internacionais, quando houvesse falha ou omissão em prevenir e punir esses indivíduos. Essa tese, largamente aceita na doutrina Brasileira, como se estudou, parece, todavia, ser artificiosa, pois consideram que, além da obrigação internacional imposta ao Estado de não realizar uma certa conduta, se teria, mutuamente, uma obrigação interna de prevenir essas ações de indivíduos que agem em seu nome.

Essa última consideração não encontra reflexo na prática internacional, além de fazer, forçadamente, conviverem o princípio do referimento exclusivo ao direito interno e o princípio da responsabilidade por indivíduos que agem em nome do Estado (Palchetti, 2007, pp. 11-12)<sup>63</sup>.

Refutando-se as teses de referimento exclusivo apontadas, termina-se por admitir que existe um critério factual que permite analisar quando um indivíduo deve ser considerado um órgão do Estado.

Essas outras teses partem da premissa básica de refutar o referimento exclusivo ao direito interno para qualificar um órgão. E, também, elas possuem um traço em comum que é a atribuição em função de um critério de efetividade. A diferença entre as teses aqui descritas é a relevância que cada uma delas confere ao princípio da efetividade para fins de solucionar o problema da atribuição.

Uma consequência da adoção dessas teorias é que, ao qualificar um órgão conforme o direito interno de forma subsidiária, sendo obrigatória a complementação da análise com a organização de fato que o Estado possui, deveria-se aceitar uma atribuição ao Estado de atos de órgãos de fato, e, também, numa exclusão de atribuição por atos de órgãos formais, quando não são, de fato, órgãos.

Dentre as teses existentes nesse sentido, uma delas é a que aceita somente o referimento à situação de fato ocupada pelo órgão em questão. Segundo os autores que a sustentam, como Verdross e Morelli, o referimento ao direito interno serve somente para subsidiar a identificação dos órgãos de fato. Também, elas excluem a possibilidade do direito internacional regular quais são esses órgãos de fato. Não se poderia, portanto, aceitar a aplicabilidade do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional, em particular o seu art. 4º. O que deverá definir quais são os órgãos de fato do Estado é somente a situação de fato ocupada (Palchetti, 2007, p. 14)<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid

Outra tese, ainda mais extrema, é a que não reconhece que o direito internacional sequer possa regular a respeito da identificação dos órgãos de fato. Teria este somente a função de dizer quais são as consequências dos atos cometidos por seus órgãos, sendo estes aqueles que possuem um estreito vínculo com o Estado.

Essas teses, ao reconhecerem o ponto factual como o mais importante, determinam alguns critérios, dos mais variados, que concorrem para identificar a ligação de fato com o Estado. E, segundo Arangio-Ruiz, essas regras são simples critérios factuais, e não normas jurídicas, a serem seguidas para determinar a ligação efetiva entre os indivíduos que agem e a organização efetiva do Estado<sup>65</sup> (1989, apud PALCHETTI, 2007, p. 16).

Uma terceira tese sobre atribuição, largamente aceita pela doutrina, é a que diz que o direito internacional possui regras em matéria de atribuição. Essas regras, surgidas também da prática internacional, forneceriam critérios jurídicos capazes de identificar uma conduta atribuível ao Estado. Para essa tese, o princípio da efetividade, do qual se tratou até aqui, serve como orientação para a criação de normas jurídicas. Este princípio não seria, ele mesmo, uma regra jurídica. Claro, porque a atribuição, para essa corrente, só pode derivar de precisas normas jurídicas, que prevalecem sobre os dados fáticos do caso (Palchetti, 2007, pp. 17-18)<sup>66</sup>.

Analisando as teses que excluem a referência exclusiva ao direito interno, existe uma diferença substancial, qual seja, o fato de haver uma abordagem fática e outra normativa. Esta última tem como base a possibilidade de se abstrair da prática internacional regras jurídicas que determinam as condições nas quais um indivíduo será considerado um órgão do Estado. Por outro lado, a abordagem fática acredita que a prática revela, por vezes, dados pouco coerentes entre si, ou mesmo contraditórios<sup>67</sup>, de modo a ter que se socorrer unicamente à situação de fato, baseando-se na análise da relação entre o indivíduo agente e o Estado em cada caso (Palchetti, 2007, p. 19)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> “Plus que des règles juridiques, ce sont de simples normes ou critères factuels à suivre pour déterminer le lien effectif qui rattache les individus qui agissent – ainsi que leur faits et gestes – à l’organisation effective de l’État en tant que personne internationale”, In: Arangio-Ruiz. Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, In : Annuaire de la Commission de droit international, 1989. In: Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Os dados da prática internacional serão analisados no capítulo 2.

<sup>68</sup> Ibid.

A questão de fundo é definir, portanto, se é possível a abstração de uma regra geral de atribuição, ou se deve-se reconhecer que há somente um critério geral, baseado no princípio da efetividade.

A última abordagem, que entende a possibilidade de se abstrair normas gerais sobre o assunto, é a mais aceita na doutrina. Também a Comissão de Direito Internacional, enxergando posições largamente majoritárias, codificou regras gerais de atribuição. A doutrina, além disso, foi adiante e sustentou a existência de critérios gerais e especiais de atribuição, os quais definem, em diversos casos e de modo preciso, quando um indivíduo pertence à organização do Estado.

Esse modo de tratar a questão da atribuição de condutas acaba extremizando, às vezes, casos em que as condutas são de privados mas que, por conta de regras específicas, acaba sendo atribuída ao Estado. Não só isso, também acaba sendo forçoso reconhecer que o direito internacional determinará sempre, nos diversos casos e de modo autônomo, qual é a organização do Estado, sem reconhecer que esse problema de determinar a organização possa ser, por vezes, uma questão de fato. Assim, o direito internacional estaria repleto de regras de atribuição a serem aplicadas nos diversos casos que surgem (Palchetti, 2007, pp. 255-258)<sup>69</sup>.

Abordar normativamente o problema da atribuição parece vir de uma exigência em direito internacional de conferir aos Estados certeza jurídica sobre as consequências de seus atos. O problema que se traz dessas teses é que, enquanto confere certeza aos Estados, desampara as vítimas de fatos ilícitos da possibilidade de, sob o resguardo do direito internacional, obter uma reparação por seus atos.

Isso porque, enquanto se admite que se pode abstrair normas gerais em matéria de atribuição, se limita, na mesma medida, o número de casos enquadráveis nas hipóteses normativas. Acaba, portanto, excluindo a atribuíbilidade de muitas condutas de órgãos de fato ao Estado, utilizando um critério que, apesar de prover a certeza jurídica que um Estado deve ter, acaba sendo insatisfatória na resolução do problema da atribuição (Palchetti, 2007, pp. 261-262)<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>70</sup> Ibid.

Da crítica desse limite das abordagens normativas é que surge, então, a necessidade de uma abordagem baseada no princípio da efetividade<sup>71</sup>.

Alguns autores, ao tentar solucionar o problema da atribuição de condutas, indicam um critério de referimento ao direito interno, este último entendido de um modo mais amplo. Em outras palavras, se estende o significado de direito interno ao direito que de fato é aplicado. Logo, não se é tão rígido a ponto de somente conhecer o direito formal interno do Estado.

Essa teoria, portanto, enxerga no direito interno também as modificações e integrações que acontecem com a prática aceita e consolidada do Estado, com, por exemplo, as decisões dos tribunais (1971, apud PALCHETTI, 2007, p. 160)<sup>72</sup>.

No entanto, ainda que não haja um formalismo exacerbado, há limitações graves nessa teoria, porquanto não há, na prática internacional, casos em que há situações de fato tão aceitas e consolidadas a ponto de poder se utilizar desse critério de atribuição. É ainda mais relevante essa crítica quando se analisa casos nos quais o Estado se usou do direito interno para tentar se esquivar da responsabilização internacional, como é o caso do exército Iugoslavo nas mãos da República Srpska, ou no caso da declaração de ilegalidade dos grupos paramilitares da Colômbia.

Poderia se superar essa crítica ao fundamentar a noção extensiva do direito interno (vivente), compreendendo também as situações de fato que se manifestam, às vezes, até contrariamente ao direito interno, porém reconhecer isso seria se valer do princípio da efetividade, sendo inútil se valer do direito interno se a organização do Estado é definida conforme elementos fáticos.

Mais a fundo, a crítica que se faz é que se tenta unificar dois tipos de situações<sup>73</sup> que são, na realidade, distintas, com base em uma noção vaga e onicompreensiva. A necessidade de clareza sistemática leva a distinguir esses dois tipos de situações, os quais embasam critérios de atribuição, que servem para identificar quais são os órgãos do Estado. A Comissão de Direito Internacional, inclusive, se prestou a distinguir os elementos formais daqueles fáticos quando elaborou o Projeto de Artigos (Palchetti, 2007, pp. 161-162)<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Essa, contudo, à medida que confere maior liberdade ao intérprete de verificar em quais casos existe uma relação orgânica de fato entre um grupo e o Estado, acaba sacrificando uma pequena parcela da certeza jurídica dos atos dos Estados, em níveis que a comunidade internacional pode tolerar. In: Palchetti, op. cit., p. 262.

<sup>72</sup> R. Ago, Troisième Rapport sur la Responsabilité des Etats, In: Annuaire de la Commission du droit international, 1971, In: PALCHETTI, op. cit.

<sup>73</sup> O referimento ao direito interno e a análise da organização de fato do Estado.

<sup>74</sup> Palchetti, op. cit.



De um lado, há o direito interno, que normalmente é decisivo na qualificação de um órgão do Estado, e de outro, as situações de fato que auxiliam a corrigir ou integrar as informações colhidas da análise do direito interno. Portanto, esses dois modos de se identificar os órgãos do Estado são, na realidade, complementares, na medida em que eles são capazes de identificar uma ou outra situação na qual determinado grupo será considerado órgão do Estado para fins de atribuição.

Finalmente, se critica, igualmente, o fato de se fazer recurso ao direito “vivente” do Estado, pois, dessa forma, o direito internacional seria muito invasivo nas questões internas, o que não constitui sua função (Palchetti, 2007, pp. 162-163)<sup>75</sup>. Logo, não se admite essa teoria.

Continuando a análise de abordagens ligadas ao princípio da efetividade, lembra-se que o critério da instrução específica<sup>76</sup> não constitui o único critério aplicável ao problema da atribuição de atos ilícitos. Por conta disso, cabe analisar os elementos oferecidos pela prática<sup>77</sup> para indicar quando os atos de um indivíduo serão atribuíveis a um Estado.

Esses critérios parecem se dividir em 2 principais correntes. Uma delas se limita a reconhecer a existência de um “critério geral de referimento capaz de explicar em termos unitários as diversas hipóteses da prática internacional”, e outro que, em uma abordagem mais normativa, “se propõem a reconduzir os diversos casos da prática a um ou mais critérios de atribuição que estabelecem com precisão as condições de fato em presença das quais a conduta de um indivíduo pode ser atribuída a um Estado” (Palchetti, 2007, p. 150)<sup>78</sup>. A doutrina e a jurisprudência trataram de dar uma solução a esse problema.

A semelhança entre esses dois critérios é que ambos se fundam sobre uma relação de fato entre o indivíduo e o Estado. Portanto, para saber o âmbito de aplicação de cada um desses, deve-se identificar os elementos que os diferenciam e que, portanto, levam a justificar a existência de dois diversos critérios de atribuição.

Porém, como a solução desse problema passa pela análise mais aprofundada dos dois casos principais que serão analisados nos itens 2.1 e 2.2, se deixará a análise dos elementos que, justamente, são oferecidos pela prática, para o capítulo 3.

---

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Critério segundo o qual a atribuição da conduta ao Estado se dá em virtude de um órgão ter recebido instruções para realizar uma tarefa específica, não tendo autorização ou competência para agir além do que foi estritamente instruído.

<sup>77</sup> Que, novamente, será analisada no capítulo 2.

<sup>78</sup> Palchetti, op. cit.

#### 1.4 A noção de órgão de fato

Conforme a evolução das discussões na Comissão de Direito Internacional, sabe-se que não há apenas o critério de atribuição conforme um controle efetivo sobre o grupo ou, ainda, de instruções específicas para uma determinada conduta. Essas são formas "privilegiadas" de atribuição, geralmente mais aceitas, mas que, por outro lado, não excluem a existência de outros critérios reconhecidos pela prática internacional, os quais se baseiam em elementos de fato.

Esses outros critérios possuem em comum um fundamento sobre a qualidade de órgão do indivíduo ou grupo de indivíduos que cometeram o ato ilícito.

Tal critério é expressamente reconhecido no direito internacional, conforme se vê na prática internacional que se estudará adiante (ver o caso da Aplicação da Convenção de Genocídio, da Corte Internacional de Justiça, e no caso Loizidou, da Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo), entendendo que se pode equiparar algumas organizações a órgãos do Estado. Esse critério de atribuição se justifica na base da substancial identidade dos efeitos jurídicos dos órgãos de fato e de direito, em relação à solução do problema da atribuição (Palchetti, 2007, pp. 146-147)<sup>79</sup>.

Para Cassese, órgãos *de facto* são indivíduos que, embora desprovidos da qualidade formal de um oficial do Estado, agem em seu nome (Cassese, *International Law*, 2005, pp. 247-248)<sup>80</sup>. A identificação dos órgãos de fato se dá quando eles seguem instruções de um Estado, estão sob o controle geral do Estado, ou agem em seu nome.

Conforti dá sua definição comentando a hipótese prevista no artigo 4, na qual uma conduta de indivíduos será atribuível ao Estado quando, “nos fatos, agem em seu nome”<sup>81</sup>, sendo qualificados, então, como órgão de fato. A Corte Internacional de Justiça, no caso da Aplicação da Convenção do Genocídio, definiu que essa relação orgânica de fato ocorre quando se há uma completa dependência do grupo ao Estado, conforme explicitado no acórdão.

---

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Cassese, A. *International Law*, 2ª Edição, Nova York, Oxford University Press Inc., 2005.

<sup>81</sup> [N]ei fatti agiscono per suo conto. In: CONFORTI, B. *Diritto Internazionale*. 9ª Edição, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 350.

Ainda segundo ele, a outra hipótese em que se atribuirá as condutas ao Estado é quando essas são feitas por indivíduos que agem sob direção e controle estatal, ou com instruções específicas, a teor do artigo 8 do Projeto (Conforti, 2013, p. 350)<sup>82</sup>.

Para Palchetti, a noção de órgão de fato faz referimento a um

“critério de atribuição que consente de reconhecer como própria do Estado a conduta de indivíduos que resultam somente em fato integrado dentro da organização de governo do Estado” (Palchetti, 2007, p. 40)<sup>83</sup>.

Trata-se, na verdade, de analisar os casos de atribuição **com base em um critério único** – a relação orgânica do grupo com o Estado. Essa relação pode derivar de um reconhecimento formal do direito interno, sendo, portanto, um órgão de direito – *de jure* – ou de uma relação factual, com base em elementos a serem identificados, sendo, nesse último caso, um órgão de fato (Palchetti, 2007, p. 172)<sup>84</sup>.

Pode-se questionar o fato de que para se analisar se a conduta foi feita dentro de sua competência deve-se sempre fazer um exame do direito interno, na medida em que as funções exercidas pelo Estado – e que, portanto, os grupos a serem analisados também devem exercer – são dados do direito interno. Isso já foi, inclusive, motivo de debate no âmbito da Comissão de Direito Internacional, entre a proposta do relator especial Crawford e Ferrari Bravo (1998-I, apud PALCHETTI, 2007, 173)<sup>85</sup>.

Consideração análoga pode ser feita com relação à atribuição de atos ultra vires de órgãos de fato, pois se nem mesmo órgãos reconhecidos eles são, não faria sentido atribuir suas condutas ao Estado quando há indícios de que se agiu contrariamente à instrução dada<sup>86</sup>. Porém, isso deriva de uma visão excessivamente formalista de análise do direito interno e as funções exercidas pelo Estado.

O primeiro problema, quanto ao respeito à competência, está inserido num contexto maior que é determinar se o grau de controle exercido sobre a atividade de um indivíduo é suficiente

---

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> [C]on la nozione di organo di fatto si intende quindi far riferimento ad un criterio di attribuzione che consente di riconoscere come propria dello Stato la condotta di individui che risultino soltanto in fatto integrati all'interno dell'organizzazione di governo dello Stato. In: PALCHETTI, P. op. cit.

<sup>84</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>85</sup> L. F. Bravo, Yearbook of the International Law Commission, 1998-I, In: Palchetti, op. cit.

<sup>86</sup> Conforme se vê a postura de R. Ago, Quatrième Rapport sur la responsabilité des États, In : Annuaire de la commission du droit international, 1972-II, p. 78.

para justificar a atribuição. Significa dizer, em outras palavras, que elementos de fato podem contribuir ao exame da questão de competência dos grupos e, conseqüentemente, se o ato examinado foi feito dentro das competências do grupo, ou se o ato deve ser considerado como privado (Palchetti, 2007, p. 174)<sup>87</sup>.

Na prática internacional, no caso *Stephens e Yaeger*, se viu que há, por vezes, referimento ao fato de que a conduta foi feita dentro das funções normais do órgão de fato. Isso implica dizer que também nos casos de órgãos não reconhecidos formalmente haverá uma distinção entre atos privados e atos no exercício de suas funções.

Já a respeito das condutas *ultra vires*, o Estado responde ainda que a conduta realizada tenha sido feita dentro de suas funções, mas contrária à instrução recebida. O caso *Tadic*, por exemplo, lidou com esse problema e confirmou a solução de se atribuir ao Estado essas condutas. A Comissão de Direito Internacional, igualmente, se manifesta a favor da atribuíbilidade dessas condutas, o que se percebe da leitura do artigo 7 do Projeto de Artigos de 2001, o qual admite essa hipótese sem a necessidade de se reportar ao direito interno para se determinar as funções do órgão. Esse artigo se contrapõe ao artigo 10 do Projeto de artigos de 1996, o qual deixava expressa a necessidade da análise do direito interno.

Um outro problema que surge na noção do órgão de fato é o âmbito de aplicação dos artigos do Projeto Crawford, de 2001.

Do comentário aos artigos do Projeto adotado em segunda leitura, sabe-se que o artigo 8 trata de casos além do critério do controle ou instrução específica. E, também, o artigo 4 parece lidar com a noção de órgão, reconhecendo, implicitamente, que este pode ser reconhecido também com base em elementos fáticos. Não se sabe, porém, o âmbito de aplicação de cada um desses artigos, por conta de uma dúbia interpretação destes (Palchetti, 2007, p. 266)<sup>88</sup>.

A interpretação predominante é no sentido de entender a noção de órgão em termos muito restritos, admitindo, porém, que é possível a qualificação de órgão com base em elementos de fato. Entretanto, os casos em que se admite isso são bem específicos, sem determinar quando se faria uso do artigo 4 ou do 8 do Projeto de Artigos.

Para uma coerente interpretação com a noção de órgão delineada ao longo do presente item, interpreta-se o artigo 4 de modo extensivo, reconhecendo a qualidade de órgão de fato

---

<sup>87</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>88</sup> Ibid.

quando há uma estreita relação entre o grupo e o Estado. Diferente é a situação do artigo 8, a qual atribui o ato ilícito com base em uma instrução específica sobre essa determinada conduta. Interpretando assim, se está conforme os parâmetros indicados pela Comissão de Direito Internacional, enxergando um critério uniforme de atribuição, quer sob a base do direito interno, quer sob a base da relação orgânica de fato. Ainda, cabe ressaltar que o artigo 4, par. 2, dá especial importância ao direito interno, o que, contudo, não diverge da noção de órgão adotada (Palchetti, 2007, pp. 267-268)<sup>89</sup>.

Além dessas considerações, um outro aspecto da codificação da Comissão de Direito Internacional que deve ser enfrentado é o fato de haver um artigo que qualifica um órgão na base de elementos de fato, sem, contudo, discriminá-los. Isso é criticado por parte da doutrina, por não dar certeza jurídica aos Estados; porém, deixando abertas as possibilidades enquadráveis no artigo 4, par. 2, a Comissão está em conformidade com a noção do órgão de fato, pois já se explicou das dificuldades de se abstrair normas gerais em matéria de atribuição<sup>90</sup>.

Enquanto se aceita a noção de órgão como critério de atribuição de condutas, um último problema surge, qual seja, a irrelevância de certos dispositivos do Projeto de Artigos, por serem redundantes. Especificamente, não se faz uso dos artigos 5 e 9 do Projeto de 2001. Tais artigos surgiram de uma necessidade da época de complementar casos nos quais um Estado não seria responsável por uma conduta. Isso, porém, só seria necessário à medida em que não se aceitasse uma visão extensiva de órgão.

Ademais, uma das razões para não se socorrer ao artigo 5 do Projeto é que este faz um referimento ao direito interno, o qual delegaria funções estatais a não-órgãos do Estado. Esse condicionamento faz com que algumas condutas na prática internacional não seriam referíveis a um Estado, pois a identificação do órgão do Estado passaria, novamente, pelo direito interno. Em outras palavras, vê-se que a noção de órgão de fato não está em conformidade com essa condição imposta pelo Projeto de Artigos de 2001.

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Esses problemas estão descritos com detalhes no já referido livro de Palchetti, p. 268/9.

### 1.5. Elementos que identificam um órgão de fato do Estado

Feita a análise da noção de órgão do Estado, fica ainda o problema principal, que é examinar e dar um critério com base no qual um indivíduo, que há com o Estado somente uma relação de fato, pode ser equiparado a um seu órgão. E, para tanto, é necessário analisar os elementos de fato que podem contribuir para essa análise. Porém, ainda que não seja possível elaborar uma lista exaustiva de elementos que contribuem a esse exame, visto que tal tarefa é dever do interprete ao analisar um caso concreto, com base em infinitas possibilidades de elementos que possam ser relevantes, alguns desses são recorrentes, merecendo uma atenção destacada.

Entre os elementos recorrentes na análise de casos na prática internacional, um deles é o tipo de função exercida pelo grupo ou indivíduo. O caso *Yaeger*, entre Irã e Estados Unidos<sup>91</sup> é, provavelmente, o caso que melhor ajuda a compreender esse elemento. Isso porque o tribunal arbitral entendeu determinante o fato de que a conduta ilícita aconteceu durante o exercício das funções que foram designadas à guarda revolucionária (1927, apud PALCHETTI, 2007, p. 182)<sup>92</sup>. Similarmente, o caso *Zafiro*<sup>93</sup> considerou relevante esse elemento para a análise da atribuição.

Da análise desses casos, se percebe a importância que tem o tipo de função exercida pelo grupo. A Comissão de Direito Internacional, inclusive, demonstrou uma posição favorável à importância desse elemento, desde quando Ago era o relator especial<sup>94</sup>. Esta comissão, porém, não enxergou esse elemento como suficiente para se qualificar um grupo como órgão de fato do Estado, ou seja, na ausência de outros elementos indicativos dessa qualidade.

Essa precaução da Comissão é aceitável, quando se releva os problemas que surgem ao tentar identificar quais são, de fato, as funções que podem significar um exercício da prerrogativa

<sup>91</sup> Caso no qual se analisou a atribuição da conduta dos comitês revolucionários ao Irã, enquanto ainda não eram formalmente órgãos desse Estado, mas que exerciam uma função de polícia, de controle nos aeroportos, com autorização do Estado. Para todos os casos citados, a exceção dos casos Nicarágua e caso *Tadic*, ver *infra*, item 2.3.

<sup>92</sup> Iran-United States Claims Tribunal Report, 1927, In: PALCHETTI, P. L'organo di fatto dello stato nell'illecito internazionale. Milano: Ed. Giuffrè, 2007.

<sup>93</sup> Danos ocasionados por um navio Americano, mas que era comandado por uma autoridade militar, e servia como abastecimento da marinha militar do país.

<sup>94</sup> “Il paraît logique, en effet, que le critère décisif, à ce sujet, soit celui de la nature de la fonction exercée, et non pas celui de l'exercice de ces fonctions par des organes de l'appareil étatique proprement dit ou par des organes d'institutions distinctes et simplement coordonnées avec l'Etat”, In : R. Ago, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, in *Annuaire de la commission du droit international*, 1971, p. 270.

dos poderes públicos. E não há como aceitar que existam funções “tipicamente estatais”, pois esse conceito, além de ser vago, não leva em conta as particularidades do caso que parecem poder afastar a função da prerrogativa estatal. Igualmente, não se pode analisar quais são as funções estatais com base em uma pesquisa empírica, principalmente porque o momento histórico ou a própria cultura do país podem influenciar na definição do que seria, realmente, uma função tipicamente estatal (Palchetti, 2007, pp. 184-185)<sup>95</sup>.

A Comissão de Direito Internacional, seguindo esse pensamento, também não definiu quais seriam as funções tipicamente estatais. Porém, ela definiu aspectos que devem ser levados em conta, como o modo com que a função foi conferida, os motivos e a extensão da delegação (ILC, 2001, p. 43)<sup>96</sup>. Ou seja, para a análise da função exercida, deve-se identificar, também, o comportamento do Estado frente a essa delegação de “função”.

Até agora se viu que, para se equiparar um indivíduo ou grupo a um órgão do Estado, a análise do tipo de função exercida deve vir acompanhada de uma integração entre o indivíduo e o Estado. Porém, deve-se analisar se a função exercida pelo grupo pode influenciar na valoração do grau de controle necessário que o Estado deve exercer para se atribuir as condutas do grupo a esse último.

Assim, se a função exercida é de, por exemplo, manutenção da ordem pública, presume-se que o Estado mantenha essa prerrogativa para si. Portanto, ao se considerar entidades privadas realizando tal função, a simples aquiescência parece ser suficiente para se atribuir suas condutas ao Estado. Isso, por exemplo, foi analisado no caso *Yaeger*. Por outro lado, no caso de um magistrado, o qual goza de larga independência funcional, não é razoável requerer que o Estado tenha um controle do tipo hierárquico com o servidor (Palchetti, 2007, p. 187).

Além do tipo de função exercida, muitas vezes se analisa o lugar onde o ilícito foi cometido.

Em princípio, o fato de um ato ter sido cometido no território de um Estado não se traduz em sua responsabilidade. Por exemplo, no Projeto de Artigos adotado em primeira leitura, os artigos 12 e 13 faziam referimento a condutas realizadas no território de um Estado, indicando a não incidência da responsabilidade sobre este, enquanto no Projeto de 2001, não há indicações

---

<sup>95</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>96</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2001, v. 2.

disso, pois preferiu-se não fazer referimentos a critérios negativos de competência (ou seja, quando não se atribui a conduta ao Estado).

No caso Tadic<sup>97</sup>, julgado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia, o controle territorial foi levado em conta para determinar que o grau de controle necessário para se atribuir as condutas do Estado deveria ser um tanto maior (ICTY, 1999, p. 63)<sup>98</sup>.

Outro caso que merece destaque é o caso Loizidou<sup>99</sup>, no qual a Corte Européia de Direitos Humanos julgou atribuível os atos ocorridos no Chipre do Norte à Turquia somente com base no controle exercido desta última sobre o território Norte-Chipriota, notadamente quanto à presença de tropas turcas naquela porção. Evidente que isso só se admite considerando-se as peculiaridades do caso.

Quanto a isso, cabe ressaltar que nesse ponto as mesmas considerações feitas a respeito da ponderação da relevância do tipo de função exercida podem ser repetidas aqui. Em outras palavras, casuisticamente se exigirá um grau maior ou menor de controle exercido sobre o grupo para identificar uma relação orgânica de fato. Ainda, a tolerância dos atos feitos no território sob controle, a aquiescência, pode também induzir a pensar que há uma relação orgânica de fato entre o agente e o Estado (Palchetti, 2007, pp. 190-191).

Ainda um outro requisito que se dever ter em conta ao tentar identificar um órgão de fato do Estado é a posição que este ocupa dentro da estrutura organizacional do Estado.

Com exceção do artigo 9 do Projeto de Artigos de 2001, o qual prevê atribuível ao Estado as condutas feitas na falta ou na incapacidade do governo de agir em determinada área, o comportamento do Estado com relação à conduta levada a cabo constitui um requisito para se entender atribuível tal conduta ao Estado. De fato, parece ser o requisito mais debatido no âmbito da prática internacional, qual seja, a determinação do grau de controle exercido sobre o agente.

Na análise da prática internacional, não se encontram critérios de referimento bem definidos. Assim, a atribuição de ato ilícito foi justificada de acordo com o tipo de

---

<sup>97</sup> Caso no qual se discutia, também, se o conflito era internacional ou não. Se as condutas do exército que lutava na Bósnia podem ser consideradas atribuíveis à Iugoslávia, então se trata de um conflito entre dois países, logo, internacional. Sobre isso, ver item 2.2.

<sup>98</sup> Of course, if, as in Nicaragua, the controlling State is not the territorial State where the armed clashes occur or where at any rate the armed units perform their acts, more extensive and compelling evidence is required to show that the State is genuinely in control of the units or groups not merely by financing and equipping them, but also by generally directing or helping plan their actions. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Acórdão: Prosecutor v. Dusko Tadic, 1999.

<sup>99</sup> Discutia-se a atribuíbilidade de condutas da República Turca, instalada no território do Chipre do Norte.



comportamento que o Estado tem com o agente. Por exemplo, a Corte Internacional de Justiça entendeu, no caso Nicarágua<sup>100</sup>, necessário haver um “controle total do tipo hierárquico” (Palchetti, 2007, p. 192)<sup>101</sup> para se atribuir as condutas dos contra-revolucionários aos Estados Unidos. É um controle muito rígido, como se verá adiante.

Uma atenuação desse controle restrito que pode existir é o caso Tadic, já aventado, no qual se relevou a utilização do critério do controle global; ou, mais atenuada ainda, é a situação do caso Yaeger, em que a simples aquiescência do Estado pareceu suficiente para satisfazer o requisito da análise do comportamento do Estado perante o grupo. Ainda, nos casos de atribuição de atos de partido único ou de uma confusão entre governo civil e religioso, como a relação entre Taleban e a Al-Qaeda<sup>102</sup>, são os indivíduos que devem mostrar uma atitude condescendente com o ato do governo, invertendo a lógica aqui tratada (Palchetti, 2007, pp. 192-193)<sup>103</sup>.

Essa variedade de situações não pode, contudo, levar ao outro extremo e enxergar relação de fato de qualquer cidadão com o Estado. Desse modo, não existiriam mais atos privados, todos os atos seriam condutas do governo. Essa preocupação normalmente leva os intérpretes a requerer um alto grau de controle sobre o grupo, cautela essa demonstrada pela Corte Internacional de Justiça<sup>104</sup> e pela Comissão de Direito Internacional<sup>105</sup>.

Outro elemento a ser analisado é o da existência, antes ou depois da conduta, de um reconhecimento formal do grupo como órgão do Estado.

O reconhecimento formal que o Estado dera ao indivíduo constitui mais um elemento factual que auxilia na qualificação do grupo agente. Para o direito internacional, somente será considerada válida a ruptura formal do grupo com o Estado se este último tomou providências coerentes com o posicionamento formalmente adotado. Logo, se houve uma mudança no status do órgão, que passa a ser um grupo privado, deve haver igualmente uma modificação fática do

---

<sup>100</sup> A discussão central que nos interessa era saber se os atos dos contra-revolucionários do governo Sandinista eram atribuíveis aos Estados Unidos, uma vez que este financiava e dava apoio logístico ao grupo paramilitar. Será abordado melhor no item 2.1.

<sup>101</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>102</sup> Caso da atribuição do ato terrorista de 2001. A discussão central era sobre a confusão existente entre o governo e o grupo, por conta de uma estreita relação entre eles.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Notadamente no caso da Aplicação da Convenção do Genocídio, em 2007, para. 393.

<sup>105</sup> Uma crítica a essa cautela será feita adiante, item 3.4.

comportamento do Estado para com este grupo, sob pena de se considerar uma substancial continuidade das atividades sob o direito internacional (Palchetti, 2007, p. 201)<sup>106</sup>.

Similarmente, pode-se dizer o mesmo a respeito de um posterior reconhecimento do Estado quanto à qualidade de órgão do grupo, podendo esse elemento servir como critério para se interpretar retroativamente o comportamento que o Estado mantinha com o grupo.

Vale ressaltar, por fim, que o fato de ter ocorrido um rompimento formal do Estado com o grupo não faz surgir uma presunção relativa de que existe uma relação orgânica de fato, devendo o Estado provar que houve uma ruptura também no seu comportamento com o grupo. Contrariamente, esse dado serve para ajudar a embasar a comprovação dessa relação orgânica, juntamente com os outros elementos já estudados (Palchetti, 2007, pp. 201-202)<sup>107</sup>.

A prática internacional demonstra não ser um elemento determinante se antes ou depois do fato havia o reconhecimento formal do Estado. Porém, ainda subsiste a dúvida se a intenção de usar o direito interno de modo fraudulento é relevante. Em outras palavras, pode haver importância o fato de haver uma ruptura formal entre o Estado e o grupo, enquanto no fato se mantém a mesma relação de antes, com a intenção de se esquivar da própria responsabilidade. Deve-se analisar, portanto, se esse elemento subjetivo é relevante na valoração desse elemento.

Em alguns casos, essa intenção foi considerada uma condição necessária, ainda que não seja a única, para fins de atribuição. Segundo a Câmara de Julgamento de primeira instância, no caso Tadic, o efeito legal do transferimento de parte do próprio exército seria viciado pela intenção fraudulenta da Iugoslávia (1997, ICTY, p. 216)<sup>108</sup>. Portanto, para fins de atribuição, segundo essa câmara, deve-se provar a existência de uma intenção fraudulenta no ato formal de excluir ou reconhecer o status de órgão, o que não foi provado, no caso Tadic, nessa instância. A intenção, portanto, é negar efeitos jurídicos com base no vício do ato.

Também na Comissão de Direito Internacional foi debatida a exigência de haver uma intenção de se esquivar da responsabilidade ao não reconhecer o ente como órgão no direito interno. Especificamente, Yamada se manifestou a favor dessa necessidade (1998-I, ICTY, p. 242)<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Prosecutor v. Tadic, International Criminal Tribunal for the Ex-Yugoslavia, Câmara de Julgamento de primeira instância, 1997.

<sup>109</sup> "If in a particular State an entity had not been accorded for all practicable purposes the status of an organ of the State, either by domestic organizational law or by other laws, including those conferring on State employees

Entretanto, essa posição pode ser criticada, a fim de reconhecer que não há necessidade de se provar a intenção do Estado de se esquivar da própria responsabilidade. A própria Comissão de Direito Internacional (a parte essa posição divergente), embora não expressamente, reconhece a desnecessidade do elemento subjetivo, ao codificar o artigo 4 do Projeto de Artigos de 2001, o qual não condiciona a identificação do órgão de fato do Estado à intenção deste de se esquivar da própria responsabilidade internacional.

Um último elemento a ser analisado (não exaurindo o elenco de possíveis elementos que devem ser levados em conta para solucionar o problema da atribuição) é o papel que o direito interno tem sobre a identificação do órgão de fato. Com base na teoria geral, apontada no item 1.4, compreende-se que não existe diferença entre órgãos reconhecidos formalmente pelo Estado e órgãos que possuem somente uma relação orgânica de fato com o Estado.

Isso porque, ao contrário do que pode se pensar, a formalidade do direito interno serve apenas como elemento probatório da relação de fato existente entre o grupo e o Estado. Basta exemplificar, por exemplo, como os órgãos formais de um Estado, se forem cedidos a serviço de outro Estado, será somente este último responsável pelas suas condutas. Isso porque esse grupo é, na verdade, um órgão de fato do segundo Estado, que possui controle sobre esse. Pode, também, ser desconsiderado o reconhecimento formal do órgão quando este faz parte de um movimento insurrecional. São hipóteses em que há um dispositivo legal conferindo ao grupo um status de órgão, mas no fato ele não é.

Existe, isso sim, uma diferença no nível probatório entre grupos reconhecidos como órgãos e os que não o são. O elemento do direito interno pode ser, e de fato é, muitas vezes decisivo para se provar o controle que existe sobre o grupo; porém, este é somente um dos elementos de fato que devem ser analisados para atestar a relação orgânica existente entre o grupo e o Estado. Assim, pois, uma série de elementos fáticos que comprovam que não há nenhuma relação entre as condutas do órgão e o Estado, pode-se afastar essa qualidade do grupo em questão. É o que ocorre nos dois casos mencionados logo acima (Palchetti, 2007, pp. 291-294)<sup>110</sup>.

---

the status of public servant, or by the practice, and if the State had no intention in its treatment of the entity to escape its responsibility, then the act of such an entity could not be attributed to the State. He hoped that the Special Rapporteur would provide a full and detailed commentary on the role of the bona fide domestic organization of the State's structure" In: Yearbook of the International Law Commission, 1998, v. 1.

<sup>110</sup> Palchetti, op. cit.

Portanto, é uma análise conjunta de todos esses elementos, sem excluir outros que possam surgir em um caso concreto, que, ponderados, resultam numa qualificação do grupo agente.

## **CAPÍTULO 2 – Os casos de atribuição de ato ilícito na prática internacional**

A Comissão de Direito Internacional não analisou todos os possíveis casos de atribuição, deixando de lado a análise de atos ilícitos de grupos terroristas, partidos políticos, entidades religiosas, etc. Portanto, como mencionado no item 1.3, se faz necessária uma análise de casos da jurisprudência e prática internacional, com ênfase em alguns casos da jurisprudência, para se ter uma visão mais ampla do problema da atribuição.

Outros casos da prática, em que é relevante determinar a referibilidade de uma conduta ao Estado, não serão analisados, uma vez que, primeiro, há uma gama considerável de casos em que se direcionou o problema da atribuição, e segundo, analisar casos com problemas distintos pode levar a conclusões sofismáticas.

Katherine Del Mar, corroborando com a tese de que os critérios de atribuição a serem utilizados são variáveis conforme o objetivo, afirma que os testes a serem aplicados servem para um propósito específico, não podendo servir para um outro propósito diferente do qual foi inicialmente projetado (Mar, 2010, pp. 116-117)<sup>111</sup>.

Logo, é preferível utilizar o método utilizado pela Comissão de Direito Internacional, porquanto se evita de aplicar à atribuição de ato ilícito critérios que foram desenvolvidos para resolver outros problemas.

### **2.1. O caso Nicarágua julgado pela Corte Internacional de Justiça e o critério do controle efetivo**

Na década de 80, face à vitória da revolução sandinista, surgiu um movimento contra-revolucionário, guerrilheiros cuja denominação ficou conhecida como *Contras*. Eles eram um grupo paramilitar que fazia frente ao partido que estava no poder, a FSLN (Frente Sandinista de Libertação Nacional). Cresceram com apoio da Cia e, secretamente, de alguns membros do

---

<sup>111</sup> Del Mar, K. The Requirement of 'belonging' under International Humanitarian Law. In: The European Journal of International Law, v. 21, 2010. Para a autora, contudo, essa heterogeneidade na aplicação de testes, não significa uma fragmentação do direito internacional. Serve, não obstante, para aplicar cada teste para o propósito ao qual foi criado.

governo Americano. Esse grupo, pois, recebia apoio logístico, financeiro, treinamento militar, etc.

Insatisfeitos com a invasão dos Estados Unidos da América nos assuntos internos da Nicarágua, houve a instauração de um processo perante a Corte Internacional de Justiça pedindo a responsabilização do governo Americano, o que só seria possível se fosse admitida a hipótese de atribuir aos EUA a conduta dos *Contras*.

A CIJ, analisando o caso, tratou de três tipos de indivíduos. Os atos de um deles, os órgãos formais do Estado, são indubitavelmente atribuíveis aos EUA. O segundo tipo de indivíduos, os UCLA (Unilaterally Controlled Latino Assets), ao agirem sob instruções específicas do Estado, também têm suas condutas a este atribuídas. Já no terceiro agrupamento, os *Contras*, a Corte definiu que os EUA deveriam exercer um controle efetivo sobre o grupo para que se lhe atribuissem as condutas do grupo (Cassese, *International Law*, 2005, p. 248)<sup>112</sup>.

No acórdão proferido nesse caso, a Corte evitou de explicitar o conteúdo dos critérios de atribuição utilizados para atribuir as condutas do grupo contra-revolucionário *Contras* aos Estados Unidos da América. Sendo o conteúdo do acórdão um tanto obscuro, houve diversas interpretações a respeito da real posição da Corte. Inicialmente, a posição majoritária entendia que a Corte baseou sua decisão somente com base no critério da existência de um controle do Estado sobre as condutas do grupo armado. Porém, no caso da Aplicação da Convenção de Genocídio, em 2007, a própria Corte retomou seu posicionamento, explicando que a não atribuição dos atos dos *Contras* aos Eua se deu com base em um exame de duas etapas.

Primeiramente, se reconstruiu a estrutura de organização do grupo paramilitar, na tentativa de identificar o seu grau de dependência com os Eua. Esse exame parte da premissa de que, em determinadas circunstâncias, a subordinação pode justificar, como ocorre com os órgãos do Estado, a referibilidade de seus atos como atos do Estado. Ou seja, se admitiu que o problema da atribuição possa ser resolvido com base em uma equiparação dos *Contras* a um órgão dos Estados Unidos. Somente com base na falta de provas é que se excluiu a referibilidade das condutas do grupo como se estes fossem um órgão dos Eua.

Diz, o acórdão, com efeito, que

---

<sup>112</sup> Cassese, A. *International Law*, 2ª Edição, Nova York, Oxford University Press Inc., 2005

“Em resumo, a evidência disponível na Corte indica que as várias formas de assistência fornecida aos *contras* pelos Estados Unidos foram cruciais para o prosseguimento de suas atividades, mas é insuficiente para demonstrar a **completa dependência** deles na ajuda dos Estados Unidos” (ICJ, 1986, p. 100, para. 101, grifo nosso)<sup>113</sup>.

Com isso, a Corte entendeu que a evidência de que dispunha era insuficiente para demonstrar essa completa dependência a que se refere. Não havia, pois, como entender que os *Contras* eram um órgão de fato dos Estados Unidos da América, motivo pelo qual, ao final, se rejeitou o pleito da Nicarágua de atribuir toda e qualquer conduta ao governo americano (Brant, 2005, p. 867)<sup>114</sup>.

Terminando essa primeira etapa, não sendo o caso de se atribuir as condutas dos *Contras* aos Estados Unidos, a Corte partiu para a análise de atos específicos do grupo em violação ao direito humanitário. O órgão julgador passou a averiguar o grau de dependência dos *Contras* aos Eua em relação a algumas específicas condutas, admitindo, assim, a aplicabilidade do critério de instrução, exigindo para tal um efetivo controle do Estado sobre o grupo (Palchetti, 2007, pp. 104-106)<sup>115</sup>.

A Corte, ao admitir a possibilidade de atribuir ao Estado condutas de um grupo de indivíduos, ainda que não tenha havido instruções específicas para cada conduta, condicionou a aplicabilidade desse critério de atribuição a condições muito difíceis de satisfazer. Assim, a Corte entendeu necessário um grau muito alto de dependência dos *Contras* com os EUA para que se possa considerá-los um órgão deste último.

Segundo o julgamento, não foi suficiente reconhecer que alguns comandantes do grupo paramilitar foram selecionados pelos Estados Unidos, que os contra-revolucionários receberam armamentos, equipamentos e treino, e que estes dependiam fortemente do suporte logístico e financeiro daquele Estado. Argumentou-se que o grupo em questão não foi criado pelos Eua, talvez com o propósito de apontar uma dissemelhança de objetivos entre a entidade e o Estado.

---

<sup>113</sup> In sum, the evidence available to the Court indicates that the various forms of assistance provided to the *contras* by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid. Acórdão: Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicarágua. CIJ, 1986.

<sup>114</sup> Brant, L. N. C. A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional, Belo Horizonte, CEDIN, 2005

<sup>115</sup> Palchetti, op. cit.

De fato, a Corte considerou que não havia elementos suficientes para provar que a atividade dos *Contras* fosse, em qualquer estágio, parte da estratégia dos Eua, ou por eles decidida.

## **2.2. O caso Dusko Tadic julgado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia e o critério do controle geral**

Depois de 1992, os vários conflitos ocorridos no âmbito territorial da Bósnia-Herzegovina ganharam destaque no Tribunal Penal Internacional pela Ex-Iugoslávia, pois uma questão preliminar discutida em casos levados ao tribunal ad-hoc era exatamente a natureza dos conflitos ocorridos. Ora, se fosse reconhecido que determinado conflito fosse assunto interno do Estado, não se teria a jurisdição necessária para julgar os casos levados ao tribunal; porém, considerando a natureza internacional dos envolvidos – e, portanto, do conflito – então a preliminar estaria ultrapassada.

No caso *Prosecutor v. Duško Tadić* (ICTY, 1999), os ataques ocorridos na cidade de Prijedor, supostamente comandado pelo acusado neste julgamento, foi levado ao Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia.

A Câmara de Julgamento, de primeira instância, em 1997, julgou não existir elementos suficientes que demonstrem um controle efetivo da República Federal da Iugoslávia sobre a República Srpska, e conseqüentemente este ente não seria um órgão de fato da Iugoslávia.

Em sede de apelo, 2 anos mais tarde, a Câmara de Apelo, partindo da análise da jurisprudência da CIJ, definiu três testes alternativos de atribuição. Ou os indivíduos não-organizados agem sob instrução específica do Estado (ou obtém aprovação pública da conduta), ou o grupo organizado está submetido a um controle geral do Estado (sem a necessidade de se provar instruções sob cada ato praticado), ou, ainda, se admitiria a atribuição quando o ente age dentro da estrutura organizacional do Estado (Cassese, *International Law*, 2005, pp. 248-249) <sup>116</sup>

<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Cassese, op. cit.

<sup>117</sup> Também separou o *modus operandi* da Câmara assim, entre outros, o italiano Conforti, In: *Diritto Internazionale*. 9ª Edição, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 351.



O Tribunal, então, entendeu a questão **não com base na noção de órgão de fato**, mas sim sobre o controle global que o Estado poderia exercer sobre aquele ente. E, com esse fundamento, a câmara recursal entendeu referível à Iugoslávia os atos da República Srpska.

Para fundamentar o critério de atribuição utilizado – o controle global – o Tribunal ad-hoc entendeu relevante analisar se o Estado tinha condições de exercer um controle na esfera política, militar e econômica da República Srpska; e, para fins específicos de atribuição das atividades militares, se o Estado podia coordenar e contribuir à conduta dessas atividades<sup>118</sup>.

Não só foi analisado o fato de um controle sobre a República Srpska, mas também não se ignorou o caráter fictício que esse possuía, tendo em vista que, segundo a Câmara de Apelo, a República Federal da Iugoslávia criou um ente, aparentemente autônomo, que servia aos interesses da Iugoslávia nos conflitos internos da Bósnia. Sobretudo no perfil militar, o Tribunal internacional viu uma absoluta continuidade de comando e controle sobre o exército que foi dissolvido para posteriormente ser integrado em dois grupos militares diversos<sup>119</sup>.

Importante mencionar, também, a opinião dissidente do juiz Shahabudden. Ele apontou a diferença de finalidade entre os casos em questão (Nicarágua e Tadic). Enquanto o primeiro tratava de responsabilidade do Estado, o último analisava a responsabilidade criminal individual. Essa visão teria sido aceita pela Comissão de Direito Internacional, no artigo 8 do Projeto de 2001. Isso porque, dos comentários da Comissão sobre este artigo, James Crawford aceitou essa visão expressa da CIJ (Cassese, *International Law*, 2005, p. 249)<sup>120</sup>.

Porém, ainda que se reconheça o caráter fictício da criação da República Srpska, o TPIY evitou de fundamentar sua decisão com base na ligação orgânica existente, mesmo em se tratando da noção de órgão de fato.

---

<sup>118</sup> Outro elemento analisado pela corte ad-hoc foi a sujeição daquele ente ao Estado quanto à adoção do tratado de paz de Dayton.

<sup>119</sup> No final, a Câmara decidiu que “for the period material to this case (1992), the armed forces of the Republika Srpska were to be regarded as acting under the overall control of and on behalf of the FRY. Hence, even after 19 May 1992 the armed conflict in Bosnia and Herzegovina between the Bosnian Serbs and the central authorities of Bosnia and Herzegovina must be classified as an international armed conflict.” In: *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Acórdão: Prosecutor v. Dusko Tadic, 1999*

<sup>120</sup> Cassese, op. cit.

### 2.3. Outros casos da prática internacional sobre atribuição de ato ilícito

Existe uma série de outros casos que lidaram com a atribuição de ato ilícito, como dito no início deste capítulo. Separando-os em categorias, se analisará algumas delas, conforme convém ao estudo, começando por atos de partidos políticos.

Em princípio, os atos dos partidos políticos não são atribuíveis ao Estado, pois eles são entes privados, distintos do Estado em si. Porém, quando um partido político assume o governo do País, dando origem, assim, a um governo totalitário (como na China, na URSS e tantos outros exemplos), então a atribuíbilidade dos atos tende a ser mais aceita.

A análise dos critérios de atribuição se basam no reconhecimento formal do partido como líder do Estado, mas, também, na efetiva relação orgânica existente no partido político, que ocupava a posição de órgão supremo do Estado. Por isso, a análise da atribuição parece passar exclusivamente pela relação orgânica entre o partido político e o Estado, na medida em que o exercício dos poderes deste último é feito, justamente, pelo partido. E, sendo assim, em nada importa a posição formal que esse partido ocupa dentro do Estado, servindo meramente de subsídio para a análise do critério de atribuição (Palchetti, 2007, pp. 58-59)<sup>121</sup>.

As discussões que aconteceram no âmbito da Comissão de Direito Internacional resultaram, por fim, no artigo 7, § 2, do Projeto de Artigos adotado em primeira leitura, posteriormente ratificado no Projeto de 2001, em seu artigo 5.

Tais artigos prevêem a necessidade de se formalizar, no ordenamento jurídico interno do Estado, a posição ocupada pelo partido político que cometeu o ato que poderá ser atribuído ao Estado. A prática internacional neste assunto é muito mais presente em tomadas de decisões de Estados do que em jurisprudência dos tribunais internacionais.

Dentre vários exemplos, se verifica a importância da previsão legislativa que dá ao partido único do Estado amplos poderes para agirem em seu nome. Essa prática, que aparentemente está conforme a previsão dos projetos de artigos, encontra uma importante exceção, quando a União Soviética foi considerada pelos países como responsável pela Terceira Internacional.

Essa tomada de decisão ocorreu somente com base na relação orgânica existente entre a TI e a União Soviética, e não no reconhecimento formal que aquela teria, pois, além de não haver

---

<sup>121</sup> Palchetti, op. cit.

tal reconhecimento, a União Soviética se utilizou desse argumento para afirmar categoricamente que a TI não representa os interesses do Estado (Palchetti, 2007, pp. 66-67)<sup>122</sup>.

Além de partidos políticos, também é interessante analisar o caso de atribuição de fatos de uma organização religiosa ao Estado.

Similarmente ao que ocorre com o caso dos partidos políticos, a princípio não se teria como atribuir seus atos. A discussão de atribuição de atos feitos por organizações religiosas toma corpo quando a autoridade máxima (líder religioso da comunidade) é, também, chefe de estado. Isso porque, em princípio, poderia se esquivar da atribuição da conduta ao Estado afirmando que tal ato foi cometido pela pessoa infratora enquanto autoridade religiosa, e não política.

Na mesma esteira da discussão sobre partidos políticos unitários, parece ser mais prudente analisar se a pessoa dotada de poderes de autoridade religiosa do Estado está agindo, de fato, como autoridade política, independente do reconhecimento formal dessa situação<sup>123</sup>. Outro argumento utilizado para se reconhecer a atribuibilidade de atos cometidos por líderes religioso e político é que o fato dessas condutas serem feitas por essas autoridades não exime o Estado de cumprir com sua obrigação de assegurar os direitos concedidos aos seus cidadãos (1992/93, apud PALCHETTI, 2007, p. 71)<sup>124</sup>.

Uma outra hipótese na qual geralmente o assunto de atribuição é tratado é quando um governo exercita um poder de fato sobre outro Estado, retirando a sua independência e submetendo as vontades deste às do Estado primitivo.

Também aqui a questão se trata de uma noção de órgão de fato, pois os dados formais não reconhecem a submissão de vontades de um Estado a outro. E, para analisar essa dependência criada, a prática internacional já delineou alguns dos elementos que devem ser levados em conta: o impulso determinante do Estado estrangeiro na criação de um novo Estado ou governo, a ausência de apoio popular, a dependência econômica com o Estado estrangeiro, a presença, nos altos cargos, de pessoas indicadas por ele, a sua influência nas decisões internas e internacionais, e ainda a presunção de que a ocupação militar dentro de um outro Estado constitua um ente fictício completamente dependente do Estado ocupante (Palchetti, 2007, p. 73)<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Ibid

<sup>123</sup> Tanto isso é verdade que a Corte Internacional de Justiça, no caso da proteção diplomática no Teerã, procurou identificar Khomeini como “o líder religioso do país” (ICJ Reports, 1980, In: Palchetti, op. cit.)

<sup>124</sup> Official Records of the Human Rights Committee, 1992/93, In: Palchetti, op. cit.

<sup>125</sup> Palchetti, op. cit.

O interesse de um Estado dominante de criar um governo ou ente fictício em um Estado dominado é a de agir ilegalmente (ou seja, inobservância das regras do regime de ocupação) no âmbito da ocupação deste Estado para se eximir de responsabilidade internacional. Isso, porém, é considerado como ato do Estado dominante, sendo este diretamente responsável pelo fato, tornando, assim, internacional um conflito aparentemente interno.

Por fim, ocorre que, sendo o governo do Estado dominante um simples dado formal fictício, dando aparência de legalidade aos atos internamente praticados, quando na realidade há uma completa dependência deste Estado com o dominante, não há como não reconhecer o governo “fantoche” como um simples órgão de fato de quem o instituiu.

De um ponto de vista teórico, a distinção entre essas duas responsabilidades é clara. De um lado, têm-se as hipóteses nas quais um Estado, influenciado por outro, mas dotado de autonomia, age ilicitamente – caso em que o Estado influenciante não responde pelos atos do terceiro, a menos que tenha agido de modo mais incisivo, dirigindo ou controlando aquele Estado –; de outro lado, se o Estado dominante age conforme sua própria vontade no Estado dominado, porque privo, este último, de autonomia subjetiva, ele responde por ato próprio (Palchetti, 2007, p. 76)<sup>126</sup>.

Na prática internacional, porém, a classificação da responsabilidade se torna mais difícil, tanto mais porque a doutrina se divide quanto à questão da soberania dos Estados. Uma parte da doutrina acredita que em uma situação de dependência não se pode responsabilizar o Estado dominante por fato de terceiro. Isso porque, quando maior o controle exercido sobre outro Estado, menos este terá sua qualidade de soberania, sendo, portanto, inarredável responsabilizar o Estado dominante por fato próprio, basando-se na qualidade que o governo fantoche possui de órgão de fato do Estado (1968, apud PALCHETTI, 2007, p. 77)<sup>127</sup>.

Outra parte da doutrina, em oposição a esse posicionamento, acredita haver possibilidade de responsabilização por fato próprio, quando o ente dependente é equiparável a órgão de fato do Estado dominante, e por fato de terceiro, quando se exerce uma dominação somente sobre uma particular esfera de atividade do dominado. Nessa última hipótese, porém, somente se responsabiliza o Estado que exerce controle sobre aquela esfera de atividade quando o fato ilícito decorre precisamente dessa mesma esfera.

---

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> R. Quadri, in *Diritto Internazionale Pubblico*, 1968, In: Palchetti, op. cit.

O então relator especial da Comissão de Direito Internacional, Ago, posicionou-se sobre o caso, apontando a importância que teria o grau de dependência entre o Estado fantoche e aquele dominante. A Comissão, ao analisar a prática internacional, constatou que a maior parte dos casos revela a existência de um grau de dependência parcial, dando origem à responsabilização por fato de terceiro. Não há tantos casos em que a dependência é tal a considerar o governo como um órgão de fato do Estado dominante (Palchetti, 2007, pp. 79-80)<sup>128</sup>.

Posteriormente, no segundo Projeto de Artigos, adotado em 2001, o relator especial Crawford tentou afastar as causas de responsabilidade por fato de terceiros, dando origem, assim, a um artigo 17 muito mais restrito em relação ao artigo 28 do Projeto de 1996. Comentou-se que na maior parte dos casos de dependência, o Estado dependente, ainda que possua personalidade jurídica internacional, não é um Estado em si.

O referido artigo 17, em matéria de atribuição de atos de entes dependentes, traz ainda um requisito para que os atos destes sejam atribuíveis ao Estado dominante, qual seja, que o ato ilícito tenha sido cometido especificamente em relação aos poderes de direção e controle que o Estado exercia. Esta é uma mudança importante ocorrida entre os projetos de artigos adotados pela Comissão de Direito Internacional, o que trouxe, por fim, um certo paralelismo entre este e o artigo 8, ambos do atual projeto. É que o Estado, na tentativa de cometer atos ilícitos com aparência de legalidade, pode se valer tanto de indivíduos e grupos, na esteira do artigo 8, ou de Estados, conforme o artigo 17, seguindo a mesma relação orgânica de fato em ambos os casos (Palchetti, 2007, pp. 82-83)<sup>129</sup>.

Essa situação parecia ser dotada de certa incerteza, por conta de interpretações contrastantes, mas a tendência é de aceitar cada vez menos situações enquadráveis no artigo 17 para trazê-las no bojo dos artigos 4 ou 8 do Projeto de 2001.

Durante a Segunda Guerra Mundial, não faltaram exemplos de governos fantoches, criados com os mais diversos intuitos, e a grande maioria deles tende para o reconhecimento da dominação exercida por certos Estados e, conseqüentemente, para a responsabilização destes.

Foi o caso, por exemplo, da responsabilização do Japão em relação aos fatos ocorridos em Manchukuo, na China; ou das diversas acusações surgidas no território da Iugoslávia, a exemplo da Croácia e da Eslováquia, controladas pela Alemanha, sendo o país Dominante reconhecido

---

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Ibid.

como responsável pelos fatos ali ocorridos. Uma exceção a essa leva de decisões num mesmo sentido foi o caso da França e Itália, no qual não se admitiu que a Itália estivesse agindo sob controle da Alemanha, pois se provou que a Itália teria autonomia suficiente para agir por conta própria, e não a comando de outro Estado (Palchetti, 2007, pp. 84-89)<sup>130</sup>.

No caso da República Turca do Chipre do Norte, a Corte Européia de Direitos Humanos – sem dar dados precisos de qual foi o critério de atribuição aplicado – entendeu referível os atos dessa república à Turquia em si, com base na falta de subjetividade internacional de tal ente. A atribuição se deu por conta do controle efetivo que a Turquia, por conta da presença de tropas no território – exercitava sobre o território. E, ainda, ao mencionar que um Estado deve assegurar o respeito aos direitos e liberdades previstos na Convenção, a corte reconheceu a república do norte do Chipre como um ente extra-territorial da Turquia.

Analogamente, no caso do movimento separatista instaurado na região moldava, a Corte Européia de Direitos Humanos atribuiu os atos desse movimento à Rússia, com base na decisiva influência deste Estado aos separatistas. E, ainda que a Corte não tenha se referido ao movimento separatista como uma administração local subordinada à Rússia, o critério de atribuição parece ser o mesmo, com base no controle efetivo exercido sobre o ente (Palchetti, 2007, pp. 89-93)<sup>131</sup>.

Um outro problema de atribuição surge quando um Estado, por meios próprios, cria um outro Estado dentro de seu território, não lhe dando, porém, o poder soberano de fato. Serve, esse novo Estado soberano – fictício, portanto – para agir em nome de quem o instituiu.

Na prática internacional, há um caso importante sobre o assunto. A África do Sul, por meio de um ato formal, constituiu os Bantustões, relacionados a um determinado grupo étnico. Estes, porém, não obtiveram o reconhecimento dos Estados de suas condições de Estados soberanos, seja por que se sabia a real intenção da África do Sul, seja por alegações de racismo. O que importa para o presente trabalho, porém, é o fato de que o não reconhecimento dessa condição culmina na impossibilidade de se lhe atribuir condutas dos seus órgãos a algum Bantustão, sendo a África do Sul a real responsável por esses atos.

A negativa dos países em reconhecer os países instituídos foi confirmada em diversas situações, nas quais os Estados se recusavam a se direcionar a um bantustão, tratando diretamente com a África do Sul sobre algum fato ocorrido. A comissão criada no âmbito da Organização

---

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid.

Internacional do Trabalho confirmou que os atos desses entes instituídos seriam referíveis ao Estado que os instituiu (1992, apud PALCHETTI, p. 101)<sup>132</sup>.

Mais uma vez se confirma a regra de que Estados ou governos fantoche não atraem para si a responsabilidade que originalmente seria atribuída ao Estado originário (Palchetti, 2007, pp. 97-101)<sup>133</sup>.

Uma outra categoria que se insere nos casos em que a atribuição ganha um destaque é a de grupos paramilitares. Este é, geralmente, um conceito utilizado para referenciar grupos armados de indivíduos dotados de uma organização interna mais ou menos desenvolvida. Um Estado pode lhes delegar a função de polícia ou militar, funcionando paralelamente à função desenvolvida pelos órgãos do Estado. Quando há um reconhecimento formal de que o grupo paramilitar está agindo para o Estado, a atribuição de seus atos não encontra alguma dificuldade. Na maioria dos casos, porém, não há um reconhecimento formal, na tentativa de dissimular a relação existente entre o Estado e o grupo paramilitar, o qual agirá nos interesses daquele (Palchetti, 2007, pp. 101-102)<sup>134</sup>.

Na prática internacional, porém, o caso paradigmático que tratou do problema da atribuição já foi estudado acima, no item 2.1. É o caso *Nicarágua v. EUA* (acórdão de 1986), e posteriormente, também, o caso da aplicação da Convenção do Genocídio (acórdão de 2007), os quais trabalharam a noção de órgão de fato. Porém, há outros casos que convém mencionar.

Em um deles, o caso *Yaeger*, os comitês revolucionários no Irã foram criados na transição entre o governo de Shia e o de Khomeini, e foram formados com a intenção de agir juntamente com o Estado, e com sua autorização, exercendo uma função de polícia.

Pouco tempo depois de sua formação, o governo iraniano reconheceu formalmente a sua existência, e depois dessa incorporação os atos cometidos por estes comitês eram atribuídos ao Estado com base no critério de atribuição que entende referível ao Estado os atos cometidos pelos seus órgãos de direito (*de jure*). Já os atos cometidos até que esse reconhecimento formal dos grupos fosse feito, o tribunal arbitral se valeu do critério de atribuição de atos cometidos por esses grupos no exercício da função de governo de fato.

---

<sup>132</sup> Rapport de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale, 1992, In: Palchetti, op. cit.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Ibid.

Ao concluir atribuível as condutas desses comitês ao Estado, o tribunal se fundou sob duas principais considerações – que eles exerciam um poder que era similar ao que o próprio Estado deveria exercer (polícia, controle de aeroporto, etc), e que houve aquiescência quanto aos atos praticados.

No entanto, percebe-se ainda uma terceira explicação para a atribuição dos seus atos ao Estado – o fato de haver uma identidade de funções exercidas antes e depois do reconhecimento formal deles. Isso implica dizer que, implicitamente, o tribunal deu uma grande importância ao direito interno para solucionar o problema (Palchetti, 2007, pp. 114-117)<sup>135</sup>.

Outros exemplos de casos de grupos paramilitares, nos quais se utilizou do critério da instrução para solucionar o problema da atribuição, são os casos do México v. Eua (caso Stephens) e Reino Unido v. Eua (caso Zafiro).

No primeiro deles, os fatos se originaram de um grupo de irregulares que, na ausência do exército regular Mexicano, exerciam o poder que competia a este. Este grupo matou um cidadão dos Estados Unidos, o que fez surgir o problema da atribuição dos atos do grupo de irregulares ao México. A comissão instituída entre os países entendeu atribuíveis tais condutas, pois entendeu que os poderes exercidos eram equiparáveis aos do exército regular. Entretanto, vale notar como, ainda que na ausência do órgão competente, o governo Mexicano tinha controle da região, uma vez que o autor do ato ilícito foi imediatamente preso pelas autoridades.

Ainda, a comissão, se valendo do caso Yaeger, explicado acima, entendeu referível ao Estado as condutas de tal grupo por conta da aquiescência do Estado de que o ente em questão estava exercendo o poder que originalmente deveria ser de função do exército nacional. Essa mesma comissão, sobre a questão de o ato ter sido cometido, ou não, sob instruções do México, limitou-se a apontar que o autor do fato estava agindo no exercício de suas funções. Não era necessário, portanto, que houvesse instrução específica para realizar aquele ato, pois a comissão entendeu que o grupo de irregulares era equiparável a um órgão do Estado (1927, apud PALCHETTI, 2007, pp. 117-119)<sup>136</sup>.

No caso Zafiro, o problema se colocava sobre a atribuição aos Estados Unidos de danos resultantes de um equipamento de um navio americano. Este se defendeu dizendo que o navio era matriculado como comercial, porém o tribunal arbitral instituído entre os Eua e o Reino Unido

---

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Iran-United States Claims Tribunal Report, 1927, In: Palchetti, op. cit.



entendeu não ser possível fazer referimento a esse dado formal, uma vez que, nos fatos, o navio servia como abastecimento à marinha militar americana, além de estar presente a bordo uma autoridade militar dos Estados Unidos (1925, apud PALCHETTI, 2007, pp. 119-120)<sup>137</sup>.

A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possuem julgados no sentido de definir atribuíbilidade de condutas. E, da análise destes, se extrai uma variedade de elementos utilizados para justificar a atribuição de atos dos paramilitares ao Estado. Muitos desses elementos são referenciáveis aos critérios adotados pela Comissão de Direito Internacional, mas na maior parte dos casos a atribuição se deu com base na existência de um reconhecimento formal do grupo. Além disso, um outro critério que foi utilizado é o de atribuição de atos específicos que foram instruídos por órgãos oficiais do Estado.

Um caso interessante da Corte é o dos Comerciantes v. Eua, no qual o governo Colombiano formalizou a existência de um grupo paramilitar, criando e regulando suas funções, mas depois, sob pressão internacional, acabou declarando o grupo ilegal, sem, contudo, interromper a colaboração com os paramilitares. No caso, a Corte entendeu atribuíveis as condutas feitas pelo grupo, entre outros motivos, também pelo fato de que os atos cometidos antes dessa declaração de ilegalidade seria cometida por um órgão.

Essa distância entre realidade fática e o quanto previsto no ordenamento jurídico interno foi apontada e criticada pela Corte, denunciando as ficções criadas pelo governo Colombiano, atribuindo, portanto, ao Estado as condutas dos paramilitares, mesmo após a declaração de sua ilegalidade. Os elementos que a Corte utilizou para referir os atos do grupo paramilitar a um Estado são a participação destes no perseguimento de objetivos gerais do governo e uma posição aberta de suporte e aquiescência ao grupo e suas condutas. A Corte, no fim, equiparou tal grupo a um órgão do Estado, por conta de uma relação muito forte entre a Colômbia e os paramilitares (2004, apud PALCHETTI, 2007, pp. 122-125)<sup>138</sup>.

No caso de Darfur, já fora do âmbito da corte interamericana, o problema posto à Comissão de Investigação instituído pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas era a responsabilização penal dos indivíduos por crimes internacionais cometidos no Darfur. Nessa região, os “Janjaweed” cometeram graves violações de direitos humanos, agindo em operações

---

<sup>137</sup> D. Earnshaw and other (Great Britain) v. United States (the Zafiro case), in Reports of International Arbitral Awards, 1925, In: Palchetti, op. cit.

<sup>138</sup> Comerciantes v. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, In: Palchetti, Op. cit.

conjuntas com o exército regular do Sudão, que inclusive forneceu armas, treinamento e auxílio logístico a esse grupo.

A Comissão instituída entendeu que o governo do Sudão deveria se responsabilizar pelos atos desses indivíduos, na medida em que foi provada as referidas assistências (2005, apud PALCHETTI, 2007, p. 127)<sup>139</sup>. A Comissão não se referiu expressamente à responsabilização do Sudão, mas essa conclusão é implícita de seu relatório. Aqui, mais uma vez, se encontra a tentativa de um Estado de se esquivar de suas obrigações internacionais agindo através de um grupo instituído para um fim específico de interesse do Estado.

Um último caso de paramilitares a ser analisado é o das violações de direitos humanos no Timor Leste, em que a Comissão das Nações Unidas pelas Violações de Direitos Humanos concluiu atribuíveis ao governo da Indonésia os atos cometidos pelo grupo paramilitar, com fundamento em provas densas que comprovavam o preenchimento dos requisitos reconhecidos pela Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua v. Eua. Ou seja, mesmo o rigoroso critério de atribuição aplicado pela CIJ não seria capaz de afastar a atribuição dos atos daquele grupo.

Segundo a Comissão, para satisfazer o critério de atribuição utilizado pela Corte no caso paradigmático, basta que haja uma completa dependência do Estado sobre o grupo, e não necessariamente que exista controle sobre cada conduta. Ainda, a Comissão explicou que esse critério poderia não ser adequado para a análise do caso do Timor Leste, pois neste, o grupo paramilitar agia dentro do próprio Estado, afastando a necessidade de se provar uma completa dependência do grupo com o Estado (2004, apud PALCHETTI, 2007, p. 130)<sup>140 141</sup>.

O último grupo de casos que devem ser analisados é o de atribuição de atos de terrorismo. Nesses, parte-se de pressupostos mas específicos, como o dever de *due diligence*, comentado largamente pela doutrina brasileira<sup>142</sup>. Porém, também nessa seara se encontram casos em que foram atribuídas a um Estado as condutas de um ato terrorista com fundamento de que o grupo terrorista seria um órgão do Estado, formalmente reconhecido, ou então sob o critério de

---

<sup>139</sup> Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary General, 2005, In: Palchetti, op. cit.

<sup>140</sup> Report on civil and political rights, including the questions of disappearances and summary executions, 2004, In: Palchetti, op. cit.

<sup>141</sup> Sobre o papel que o lugar onde o ato ilícito foi cometido exerce sobre o grau de controle necessário, ver *supra*, item 1.5, e *infra*, item 3.4.

<sup>142</sup> Esta, contudo, se refere ao *due diligence* como um pressuposto de todos os casos de atribuição, e não dentro da especificidade dos atos de terrorismo.

instruções específicas. Casos difíceis surgem quando se tenta atribuir seus atos com base na noção de órgão de fato.

No atentado de 2001, a questão se pôs de um modo mais específico. Nesse caso, apontou-se o dever de reprimir o terrorismo por parte do Estado, de não deixar que ele se instale em seu território, ou ser conivente com a mencionada instalação. Mas o que interessa notar foi que a relação entre o Al-Qaeda e o governo Talibã era tão forte na época que chegou-se a defini-los como dois lados da mesma moeda (2001, apud PALCHETTI, 2007, p. 138)<sup>143 144</sup>.

A relação se encontrava no fato de que havia um recíproco suporte e inter-dependência entre eles, uma comunhão de objetivos e às funções de fato atribuídas a seus membros, notadamente ao Osama Bin Laden.

Uma parte da doutrina seguiu uma tendência a referenciar ambas as organizações como se fossem distintas. Portanto, para se atribuir a conduta da Al-Qaeda ao Talibã, referenciou-se à tolerância da presença do grupo no território do Estado. É que, pela vontade dos Estados Unidos de justificar o uso da legítima defesa, fez-se uso de um critério de atribuição que é mais político que jurídico, porquanto essa atribuição serviria mais contra os terroristas que contra o Estado em si.

Outra parte da doutrina, entendendo que ambos os grupos são parte da mesma organização, entendeu atribuível os atos da organização ao Estado com base na equiparação da Al-Qaeda como órgão do Estado. Essa equiparação seria com base no artigo 4, parágrafo 2, do Projeto de Artigos de 2001, por conta da efetiva integração entre as organizações, e não com base no artigo 8 deste mesmo Projeto, com fundamento na relação hierárquica entre eles (Palchetti, 2007, pp. 138-143)<sup>145</sup>.

Posteriormente, em 2006, a organização Libanesa do Hezbollah praticou atos terroristas no território do Israel. A relação existente entre o grupo terrorista e o Estado não é tão forte quanto no caso da Al-Qaeda, não se exercia um poder tão incisivo a esse grupo, porém alguns

---

<sup>143</sup> Responsibility for the terrorist atrocities in the United State, 11 September, 2001 – an updated account, 2001, In: Palchetti, op. cit.

<sup>144</sup> Nesse mesmo sentido, Conforti diz que quando há uma certa cumplicidade entre o Estado e o grupo (como se é visto nesse caso, entre o grupo Al-Qaeda e o governo Talibã), pode-se fazer referimento ao Estado como responsável pelos atos praticados pelo grupo, sobretudo sob o dever de reprimir quaisquer ações terroristas, em respeito à Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo. In: Conforti, B. *Diritto Internazionale*. 9ª Edição, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 387.

<sup>145</sup> Palchetti, op. cit.

membros do grupo terrorista eram parte, também, da estrutura organizacional do Estado, além de sua base ser instaurada no território Libanês.

Parte da doutrina entendeu que se pode atribuir as condutas do grupo ao Estado na base da violação do dever básico de reprimir o terrorismo em seu território (2006, apud PALCHETTI, 2007, p. 144)<sup>146</sup>, porém, de fato se constata que não há um envolvimento do governo na projeção, preparação e organização dos atos do grupo terrorista, além de muitas vezes essas duas organizações serem vistas como antagonistas<sup>147</sup>. Não há, ademais, uma delegação ou repartição de poderes do governo que justificasse a atribuição dos fatos desse grupo ao Líbano.

---

<sup>146</sup> S. Kirchner, Third Party Liability for Hezbollah Attacks against Israel, 2006, In: Palchetti, op. cit.

<sup>147</sup> Nesse sentido foi a declaração do secretário geral das Nações Unidas, em intervenção no Conselho de Segurança, no dia 20 de Julho de 2006, In: Palchetti, op. cit., p. 145.

### **CAPITULO 3 – Divergências dos tribunais sobre o problema da atribuição nos casos Nicarágua e Tadic**

Após percorrer a teoria sobre atribuição de ato ilícito a um Estado e analisar alguns casos da prática estatal e jurisprudência, convém agora analisar a teoria de fundo utilizada pelos tribunais nos casos Nicarágua e Tadic, porquanto contraditórias entre si, e que fizeram referências expressas uns aos outros; após, se fará uma análise direta das divergências para, no fim, sugerir uma teoria que satisfaz as exigências de ambos os casos.

#### **3.1. A teoria do controle efetivo adotado pela CIJ**

Em pouco mais de 20 anos, a Corte Internacional de Justiça tratou de 3 casos de atribuição de condutas de grupos armados, seguindo uma mesma forma de determinar a atribuíbilidade desses atos.

O caso Nicarágua v. Eua (ICJ Reports 1986) foi o primeiro deles.

Segundo a Corte, existem dois diversos critérios que podem justificar a atribuição ao Estado da conduta desses grupos: primeiramente, se pergunta se o grupo militar é equiparável a um órgão do Estado, para fins de atribuição; na falta de uma relação orgânica de fato, se procede a determinar se os atos desse grupo foram realizados sob instrução ou controle efetivo do Estado, justificando, dessa forma, a atribuição de tais atos ao Estado (Palchetti, 2007, p. 103)<sup>148</sup>.

Similarmente, em casos futuros a este paradigmático, a Corte seguiu um posicionamento coerente com a própria jurisprudência.

Em 2005, por exemplo, a Corte não entendeu atribuível à Uganda os atos cometidos pelo Movimento de Liberação do Congo, com base nos mesmos argumentos utilizados no caso Nicarágua. Nesse acórdão, porém, a Corte deixou clara sua posição de fazer referimento aos artigos 4 e 8 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, uma vez que, quando da deliberação, esse projeto já fora adotado pela Comissão de Direito Internacional. Ao final, fazendo a análise dos dois critérios de atribuição referidos no caso Nicarágua, e confirmados

---

<sup>148</sup> Palchetti, op. cit.

neste, a Corte entendeu não haver prova suficiente de que o grupo havia sido criado pelo Estado (Palchetti, 2007, p. 108)<sup>149</sup>.

Pouco depois, em 2007, a Corte foi chamada a julgar o caso da Aplicação da Convenção sobre o Genocídio. Esta deveria determinar se a atividade da República Srpska, em particular de suas forças armadas, e de grupos militares deveria ser atribuída à Servia e Montenegro. O acórdão deste caso, ainda que não traga substanciais elementos novos, serve para analisar um quadro mais detalhado do conteúdo das regras de atribuição aplicáveis em relação à atividade de indivíduos que não são órgãos segundo as leis internas do Estado.

Aplicando ao caso os mesmos critérios utilizados no caso Nicarágua, a Corte procurou elementos que atestassem que a República Srpska e os paramilitares estivessem agindo como um órgão da Sérvia e Montenegro, negando tal situação com base na falta de prova do controle total que o Estado possuía sobre tais grupos. E, partindo à segunda etapa do exame de atribuíbilidade, também entendeu-se a não existência de instruções ou de um controle efetivo de órgãos do Estado (Palchetti, 2007, p. 110)<sup>150</sup>.

O julgamento deste caso, embora não seja muito inovador no que diz respeito à atribuição de condutas, indicou as situações nas quais é possível equiparar um indivíduo ou ente que não possui a qualificação formal de órgão a um órgão do Estado<sup>151</sup>. Se complementa, portanto, o acórdão do caso Nicarágua, o qual não deixara claro se o critério de total dependência usado era o mais adequado ou o único.

Ainda, consta no acórdão do caso da Aplicação da Convenção de Genocídio que a equiparação de entes a órgãos do Estado é uma situação excepcional, que só poderá ser reconhecida quando um alto grau de controle – ou seja, uma completa dependência – estiver sendo exercido sobre o grupo (ICJ, 2007, p. 166, para. 393)<sup>152</sup>. Esta é, portanto, a única situação de fato que justificaria tal equiparação.

---

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> No caso da Bósnia, de 2007, utilizando este critério, a Corte entendeu necessária uma relação hierárquica entre o Estado e o grupo paramilitar semelhante à havida entre aquela e as forças armadas.

<sup>152</sup> However, so to equate persons or entities with State organs when they do not have that status under internal law must be exceptional, for it requires proof of a particularly great degree of State control over them, a relationship which the Court's Judgment quoted above expressly described as "complete dependence". In: International Court of Justice. Acórdão: Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, 2007

No entanto, a Corte não parece demonstrar quais são as condições nas quais um indivíduo ou ente está sob completa dependência de um Estado. Ademais, a Corte não examinou o papel da Sérvia e Montenegro na criação da República Srpska e das forças armadas sérvio-bósnias para fins de qualificá-las como órgãos de fato da Sérvia e Montenegro, mas somente para fins de identificar se as forças armadas eram órgãos com base no direito interno. Isso é um ponto importante que diferencia esse acórdão dos outros dois precedentes analisados (Palchetti, 2007, pp. 111-112)<sup>153</sup>.

Não houve, igualmente, indicação satisfatória a respeito do grau de autonomia que um ente deve possuir para que se exclua a possibilidade de atribuir seus atos a um Estado.

Existem elementos, e a Corte reconhece, que atestam uma forte relação política, militar e logística entre a Sérvia e Montenegro e a República Srpska, mas os juízes entenderam, de outro lado, que essa relação não é suficiente para atrair a responsabilidade para o Estado. Na falta de considerações mais relevantes, apontou-se como elemento de convicção da Corte o fato de que, ainda que esporadicamente, as autoridades da Sérvia e Montenegro e da República Srpska distoaram.

Isso leva à conclusão que, para se atribuir a responsabilidade de atos de um indivíduo ou ente a um Estado, a Corte entende necessário um alto grau de controle sobre o grupo, de um modo tão rígido que, se um grupo demonstra, ainda que esporadicamente, divergir do Estado (o que configura um certo grau de autonomia do grupo), se exclui a possibilidade de se lhe conferir a condição de órgão de fato do Estado. Pode-se considerar, também, muito rigorosa essa posição quando se tem em mente que, ainda que um órgão de fato tenha agido fora de suas competências, ou em desacordo com instruções recebidas (portanto, havendo aquele grau de autonomia referido), tais condutas são igualmente atribuídas ao Estado, com base no artigo 7 do Projeto de Artigos de 2001 (Palchetti, 2007, pp. 112-113)<sup>154</sup>.

Porém, uma vez superado esse difícil teste, em termos gerais, as mesmas regras aplicadas à atribuição da conduta de órgão do Estado serão aplicadas em relação aos entes que possuem com o Estado somente uma relação orgânica de fato.

Implica dizer, portanto, que a diferença entre atos particulares e atos no exercício de suas funções também deve ser aplicada aos entes equiparáveis a órgãos do Estado. Igualmente, não é

---

<sup>153</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>154</sup> Ibid.

necessário demonstrar que o ente recebeu instruções específicas do Estado, ou estava submetido a um controle efetivo. E, ainda, na falta de pronunciamento em contrário, se entende que as condutas levadas a cabo por grupos equiparáveis a órgãos do Estado em contrariedade às instruções recebidas (atos *ultra vires*), contanto que seja no exercício de suas funções, também serão atribuíveis ao Estado (Palchetti, 2007, p. 178)<sup>155</sup>.

A posição da CIJ é um tanto parecida com o critério com o qual se pretende comparar, ou seja, a possibilidade de se equiparar entes ou indivíduos a órgãos do Estado. Porém, há muitas divergências entre esses critérios no âmbito prático e conceitual.

Uma primeira diferença levantada consiste na identificação dos elementos de fato que permitem equiparar um indivíduo a um órgão do Estado. A CIJ entende, como se viu nos casos de atribuição de condutas dos grupos paramilitares ao Estado, que os elementos de fato que permitem realizar tal equiparação são definidos com precisão e, conseqüentemente, são exaustivos. Seguindo essa abordagem, o critério de atribuição seria extremamente restritivo, reduzindo-se a casos em que há uma completa dependência do grupo aos órgãos do Estado (Palchetti, 2007, p. 179)<sup>156</sup>.

Esse critério utilizado pela Corte, ademais, não reflete a prática internacional, com exceção da própria jurisprudência. Ainda que o requisito da completa dependência possa ser às vezes utilizado, não se pode olvidar que a prática internacional aceita, também, outras situações nas quais uma conduta é atribuível ao Estado com base em diferentes graus de controle, chegando, inclusive, a admitir um caso em que o grupo é quem exerce um controle ao Estado, invertendo a lógica aceita pela CIJ<sup>157</sup>.

Um outro aspecto que se levanta é que existem diversos tipos de funções dentro da estrutura organizativa do Estado. Se, por exemplo, um soldado está submetido a um rígido controle do tipo hierárquico aos seus superiores, um magistrado, de outro lado, possui um alto grau de independência funcional, motivo pelo qual não há como aceitar que o critério da completa dependência seja o único possível. Devem existir, portanto, critérios que analisam o tipo de função ou posição designada ao grupo para determinar o grau de controle necessário para se atribuir suas condutas ao Estado.

---

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Refere-se, aqui, ao caso da relação existente entre o Taleban e a Al-Qaeda.



A posição da Corte parece provir de duas considerações – a primeira de que se reconhece a existência de entes equiparáveis a órgãos de fato do Estado, com a justificativa de impedir que o Estado se isente da responsabilidade internacional; a segunda é que, porém, esse reconhecimento deve ser usado somente em casos excepcionais, não podendo alargar demais a aplicação desse critério para atribuir condutas de entes que o Estado não considera formalmente como um seu órgão (Palchetti, 2007, pp. 180-181)<sup>158</sup>.

Finalmente, cumpre destacar um importante passo dado em direção ao reconhecimento de elementos fáticos que possam dar início à atribuição de ato ilícito ao Estado, contra a relevância exclusiva do direito interno. Porém, se tende muito mais a não reconhecer os grupos como órgãos de fato do Estado, na medida em que se requer uma completa dependência daqueles em relação ao Estado, de modo a deixar o reconhecimento dos órgãos de fato como uma situação particularmente insólita.

Significa, por fim, que a Corte Internacional de Justiça, em seus julgados, não deu uma solução satisfatória para o problema da atribuição de condutas de entes ou indivíduos que não são formalmente reconhecidos como órgãos do Estado.

### **3.2. A teoria do controle global adotado pela TPIY**

Uma série de teorias foram construídas com base na existência de critérios de fato que são diversos da instrução dada pelo Estado. Elas se diferenciam em alguns pontos, mas concordam que a prática internacional fornece critérios de atribuição que são diversos do critério do órgão e daquele da existência de instruções específicas.

A premissa básica dessas teorias é que órgão é um conceito restrito, somente podendo assim serem considerados aqueles que o são com base no direito interno. Portanto, excluída a referibilidade a uma noção mais ampla de órgão, devem-se analisar os diversos elementos dados pela prática internacional para justificar a atribuição da conduta de um indivíduo ao Estado.

O exemplo mais paradigmático é o já referenciado *Prosecutor v. Dusko Tadic*, do Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia. Nesse caso, a Câmara de Apelo afirmou que

---

<sup>158</sup> Ibid.

órgão é aquele com base no direito interno, portanto haveria 3 distintos critérios de atribuição com base em elementos fáticos (Palchetti, 2007, p. 165)<sup>159</sup>.

O primeiro deles é o critério da instrução, que somente é aplicável nos casos em que não há uma organização interna do grupo que cometeu um determinado ato; já o segundo, aplicado quando o grupo possui uma organização e uma hierarquia, é o critério do controle global, sendo este suficiente para se atribuir as condutas do grupo a um Estado; o terceiro critério, por fim, atribui as condutas de um indivíduo ao Estado quando aquele pode ser assimilado a órgão do Estado em razão de sua atividade dentro da estrutura organizativa do Estado<sup>160</sup>.

Em geral, as teses semelhantes a essa podem ser criticadas em dois pontos.

Uma primeira constatação que se faz é que, ao tentar resolver o problema da atribuição com base em um critério exaustivo de diversos elementos fáticos, essas teses vão de encontro com a prática internacional, que tende a considerar uma variedade de elementos de fato que podem, casuisticamente, ser valorados diferentemente. Consequentemente, dá-se uma indicação apenas parcial dos atos de indivíduos que não são órgãos do Estado, mas que devem ser considerados como fato deste.

Ainda, a câmara julgadora deste caso se valeu de outros julgados para explicar sua posição, porém, sem sucesso. É que, no caso *Loizidou*, por exemplo, a referência feita ao “controle global” da Turquia sobre o território do norte do Chipre, na verdade referencia o controle efetivo que se exercia sobre o território, sendo este o elemento de fato utilizado da Corte Européia de Direitos Humanos para se atribuir as condutas da República Turca do Chipre do Norte à Turquia. E, também, no caso *Yaeger*, não se fez referência ao controle de um sobre outro, mas se considerou a aquiescência do Estado sobre os atos praticados pelo grupo (Palchetti, 2007, pp. 166-167)<sup>161</sup>.

A segunda crítica que se pode fazer é sobre a utilidade de fazer essa separação entre o critério do órgão e o critério que se funda sobre a valorização dos elementos de fato além daquele critério fundado sobre a instrução específica. Esse critério, de novo, se funda sobre a premissa de que órgão é somente aquele que é reconhecido no direito interno; porém, não há razões

---

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> Este último critério, porém, parece estar em desconformidade com a tese que exclui a noção ampla de órgão de fato. Nesse sentido, ver Palchetti, op. cit.

<sup>161</sup> Palchetti, op. cit.

suficientes para acreditar que órgão não possa incluir, também, aquele constituído a partir da relação de fato existente entre um indivíduo e o Estado.

É dizer, na verdade, que esse critério do controle global, como explicado pelo TPIY, é, na realidade, uma base para se identificar os elementos de fato em presença das quais um indivíduo pode ser equiparado a um órgão do Estado (Palchetti, 2007, p. 168)<sup>162</sup>.

No caso Tadic, a Câmara de Apelo não explicitou qual regime jurídico acompanha a aplicação do critério do controle global, logo, não se sabe ao certo quais condutas seriam atribuíveis à Iugoslávia. Se, como parece ser, a câmara julgadora entende que o critério do controle global tem a mesma lógica do critério de instrução, então as condutas dos grupos não deveriam ser atribuídas pelo Estado. Deve-se identificar um elemento que distingue quais atos são atribuíveis ao Estado e quais não são.

Pode-se afirmar que a conduta que faz parte do plano geral definido pelo Estado é atribuível ao Estado, segundo essa teoria; e, da mesma forma, as atividades relativas a planos militares instituídos em Belgrado seriam atribuíveis ao Estado, com base na presunção de que todas as atividades feitas pelas forças militares serbo-bosníacas ou da República Srpska seriam baseadas nesse plano geral. Porém, o TPIY não se preocupou em definir o conteúdo exato de tais planos (Palchetti, 2007, p. 169)<sup>163</sup>.

A crítica de fundo ao acórdão desse tribunal é que as conclusões que a teoria do controle global chega são as mesmas que a noção de órgão de fato, em relação à atribuição de atos. É o que se confirma da própria Câmara de Apelo, ao reconhecer que, sendo o Estado responsável por atos de grupos – ainda que sem instruções, ou a despeito destas –, assemelha o grupo a órgãos do Estado (ICTY, 1999, para. 121)<sup>164</sup>. Portanto, as forças militares Sérvio-Bosníacas e a República Srpska seriam consideradas, para fins de atribuição, órgãos do Estado.

Isso significa dizer que o critério do controle global, diversamente do que diz a Câmara de Apelo, não pode ser considerado um critério autônomo, senão um elemento de fato a se considerar para identificar a relação orgânica existente entre um grupo de indivíduos e o Estado.

---

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Acórdão: Prosecutor v. Dusko Tadic, 1999.

### 3.3. Divergências apontadas nos tribunais internacionais

Inicialmente, importante apontar que, enquanto estes tribunais divergem entre si sob diversos aspectos, eles concordam que existem outros critérios de atribuição além da instrução específica e do controle efetivo, ambos sob o fundamento de que, caso não se admitisse a existência destes, se daria ao Estado a possibilidade de se esquivar das obrigações internacionais (1999, apud PALCHETTI, 2007, p. 264)<sup>165</sup>. Porém, os avanços eram limitados, sobretudo em virtude da solução da Corte Internacional de Justiça, a qual somente permite um alargamento muito estreito em relação aos critérios do controle efetivo ou da instrução específica.

Se, ao invés de exigir uma relação de dependência completa do grupo com o Estado, fosse necessário somente que o Estado contribua para o funcionamento efetivo do grupo, estes seriam mais cautelosos ao lidar com entes externos ao aparato estatal, sabendo de sua consequência jurídica, e, também, procurarão reprimir as condutas ilícitas que acontecem em certas situações, não se configurando a aquiescência que por vezes foi determinante para se atribuir a conduta do grupo ao Estado (Palchetti, 2007, p. 265)<sup>166</sup>.

Feita essa ponderação inicial, parte-se para a análise das divergências desses tribunais.

Controle efetivo, para Cassese, seria o caso em que um Estado emite “instruções específicas aos *Contras* em relação à perpetração de atos ilícitos em questão” (Cassese, 2005, p. 249)<sup>167</sup>. A Corte, no caso Nicarágua, utilizou três requisitos para se provar o controle efetivo. Primeiro, eles devem ser pagos ou financiados pelo Estado; segundo, as ações devem ser coordenadas e supervisionadas por este; terceiro, quando há instruções específicas em relação a cada ato ilícito praticado.

Cassese, porém, nota como é difícil se responsabilizar um Estado com base nesse critério, pois deve-se provar instrução sob cada conduta ilícita do grupo. Por isso que o Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia entendeu necessário somente um controle geral sobre o grupo, alargando os casos em que se pode atribuir as condutas de indivíduos desprovidos do vínculo formal de órgão ao Estado (Cassese, *International Law*, 2005, pp. 250-251)<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> “(...) the effective control of this State, namely that this State had issues specific instructions to the *contras* concerning the perpetration of the unlawful acts at issue”. In: Cassese, op. cit.

<sup>168</sup> Cassese, op. cit.

Além disso, extrai-se do julgado do caso Tadic, que:

“O requisito do direito internacional para a atribuição a Estados de atos feitos por pessoas privadas é que o Estado exerça controle sobre esses indivíduos. O nível de controle pode, todavia, variar de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso. A câmara de apelo não consegue enxergar por que em toda e qualquer circunstância o direito internacional deveria requerer um alto padrão para o teste de controle” (ICTY, 1999)<sup>169</sup>.

Quanto à aplicação do critério do controle global, aplicado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia, por outro lado, a Corte Internacional de Justiça entendeu não poder aplicar tal critério, pois ele alarga muito as situações nas quais um Estado é responsável por fatos ilícitos internacionais, desvirtuando o princípio fundamental do direito da responsabilidade internacional (2007, apud PALCHETTI, 2007, p. 113)<sup>170</sup>, segundo o qual um Estado somente responde por atos de seus órgãos ou por fatos de indivíduos que agem sob instruções ou sob controle efetivo de órgãos do Estado.

Em outras palavras, o fato de um Estado poder coordenar as atividades do grupo e de contribuir à programação geral dessa atividade – o que, segundo a TPIY, gera a situação de um controle global – não é um elemento suficiente para afirmar que o grupo esteja sob completa dependência do Estado.

Além disso, a Corte Internacional de Justiça, no caso da Aplicação da Convenção do Genocídio (2007), voltou a defender o critério utilizado no caso Nicarágua, afirmando que o critério utilizado pela TPIY seria útil apenas para definir a natureza internacional do conflito.

Respondendo a essa crítica, Antonio Cassese, então presidente do TPIY no caso Tadic, criticou o fato de a Corte Internacional de Justiça ter simplesmente rejeitado o critério do controle global, com a simples afirmação de que esta não serve para fins de atribuição. Segundo o autor e juiz, a Corte deveria ter demonstrado, como não o fez, que há inconsistência na prática estatal e

---

<sup>169</sup> “The requirement of international law for the attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case. The Appeals Chamber fails to see why in each and every circumstance international law should require a high threshold for the test of control”. Acórdão: *Prosecutor v. Dusko Tadic*. TPIY, 1999, para. 156.

<sup>170</sup> ICJ Reports, 2007, In: Palchetti, op. cit.

na jurisprudência da aceitação desse critério utilizado pela Câmara de Apelo (Cassese, 2007, p. 651)<sup>171</sup>.

Porém, longe de estar pacificado o assunto, Katherine Del Mar critica o modo como o teste do controle efetivo, utilizado pela Corte Internacional de Justiça objetivando atribuir uma conduta ao Estado, foi referenciado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia, objetivando determinar se determinado conflito era internacional ou não (Del Mar, 2010, pp. 114-115)<sup>172</sup>.

Segundo ela, há três principais motivos para se excluir a possibilidade de se utilizar o mesmo critério para fins de atribuição e de internacionalização do conflito. Primeiramente, no caso Tadic, julgado pelo TPIY, o tribunal confundiu a característica internacional do conflito com a classificação de indivíduos segundo o direito internacional humanitário, pois, conforme a Quarta Convenção de Genebra, as denominações de combatente, pessoa protegida e civil somente são cabíveis em conflitos internacionais. Também, parece haver uma presunção de que, sendo o conflito internacional, o Estado estrangeiro poderá ser responsável. Por último, a Câmara de Apelo exigiu um controle maior sobre o indivíduo para que este seja classificado como combatente (Del Mar, 2010, pp. 116-117)<sup>173</sup>.

Por outro lado, há, também, que se reconhecer as dificuldades que nascem com a aceitação do critério utilizado pela CIJ, pois dificilmente se conseguirá provar a completa dependência do grupo sobre o Estado, ou a existência de instruções específicas (Conforti, 2013, pp. 351-352)<sup>174</sup>.

Para justificar a utilização de critérios de atribuição que não se fundam sobre o controle específico de uma conduta, se argumentou que o critério do controle efetivo seria meio inidôneo para resolver o problema de atribuição, inaplicável em certos casos.

O Tribunal Penal Internacional pela Ex-Iugoslávia se posicionou acerca do assunto, dizendo que ambos os critérios são válidos, mas que possuem âmbitos de aplicação diversos, conforme o autor dos fatos ilícitos. Enquanto o critério do controle efetivo se aplica a casos nos quais um indivíduo ou grupo desorganizado são os agentes, o critério do controle global tem

---

<sup>171</sup> Cassese, A. The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia, In: The European Journal of International Law, v. 18, 2007.

<sup>172</sup> Del Mar, K., op. cit.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Conforti, op. cit.

lugar na referibilidade de atos praticados por grupos organizados e hierarquicamente estruturados.

Segundo o Tribunal, a teoria do controle global se aplica a grupos organizados por uma presunção de que indivíduos dentro de um grupo organizado agiriam conforme a vontade do grupo, e que esses teriam de responder perante a autoridade do grupo (1999, apud PALCHETTI, 2007, p. 152)<sup>175</sup>.

Confrontante com essa tese de aplicabilidade das teorias conforme o agente de cada caso, existe uma outra, suscitada pela Bósnia no caso da Aplicação da Convenção do Genocídio, a qual aplica um ou outro critério de atribuição segundo o tipo de fato ilícito em questão. Quando o ilícito cometido é um ato composto, tal qual o genocídio – o qual se constitui de uma série de fatos sucessivos –, deve-se aplicar o critério do controle efetivo, ou da instrução sobre cada ato cometido (2006/8, apud PALCHETTI, 2007, p. 152)<sup>176</sup>. Segundo essa tese, porém, existiriam 3 diferentes critérios de atribuição – o do controle efetivo, do controle global e o da noção de órgão de fato.

Essas teses, contudo, não são convincentes. Em relação à tese que diferencia a aplicabilidade dos critérios de atribuição segundo a qualidade do agente, percebe-se que não há confirmação na prática. De fato, a Corte Internacional de Justiça, no caso do Pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos no Teerã, não fez menção ao fato de que o grupo em questão não possuía uma organização. Da mesma maneira, a Comissão de Conciliação, no caso Stephens, referenciado acima, também não valorou o fato do autor da conduta ser membro de um grupo organizado. Igualmente, a Comissão de Direito Internacional também não referenciou tal elemento em seus trabalhos.

Do mesmo modo, não vingam a tese da diferenciação do critério segundo o tipo da conduta ilícita. O fato de uma atividade complexa, tal qual o genocídio, pressupor um planejamento geral, mais amplo, não significa que a atribuição dependa da existência de instruções sobre cada um desses atos cometidos pelo indivíduo (Palchetti, 2007, pp. 153-154)<sup>177</sup>.

Essas duas teses, portanto, se basam sobre uma dificuldade a qual pode surgir com a utilização do critério do controle efetivo. E, ao condicionar a atribuição à prova de que toda conduta foi realizada sob instruções ou controle específico de um órgão do Estado, se estaria

---

<sup>175</sup> Prosecutor v. Tadic, International Criminal Tribunal for the Ex-Yugoslavia, 1999, In Palchetti, op. cit.

<sup>176</sup> ICJ Verbatim Record, CR 2006/8, In: Palchetti, op. cit.

<sup>177</sup> Palchetti, op. cit.

desvirtuando o instituto da responsabilização internacional, pois o ônus da prova seria tão exigente que impossibilitaria a atribuíbilidade de condutas<sup>178</sup>.

Portanto, a reconstrução de um critério mais geral de atribuição, antes mesmo de encontrar uma justificativa na prática internacional, parece ser mais correta, por impedir que Estados possam agir ilicitamente através de órgãos não reconhecidos no direito interno.

Tanto a tese que entende aplicável um ou outro critério de atribuição conforme a natureza do ato, quanto a tese que diferencia o âmbito de aplicação dos critérios conforme a qualificação do agente, são elogiáveis pelo fato de excluírem a aplicação exclusiva do critério do controle efetivo. Por outro lado, elas são criticáveis por admitirem que em determinados casos se aplicaria o critério do controle efetivo. Se confunde a questão da prova em relação à aplicação de um critério de atribuição em determinadas situações com a questão do efetivo âmbito de aplicação desse critério.

Na verdade, tanto o critério do controle efetivo ou da instrução quanto o critério embasado na noção do órgão de fato são potencialmente aplicáveis a uma situação, aparentando serem complementares. Enquanto o critério da noção do órgão de fato se preocupa com a atribuição dos atos em geral do indivíduo ao Estado, quando se mantém com este uma relação de fato, o critério da instrução quer justificar a atribuíbilidade de determinados atos de um indivíduo ao Estado (Palchetti, 2007, pp. 155-156)<sup>179</sup>.

A tese firmada é que os critérios aqui estudados são complementares – não se excluem, portanto. O fato de se escolher um critério que atribui a conduta de indivíduos com base na sua qualidade de órgão e, portanto, todas as condutas seriam atribuídas, incluindo os atos *ultra-vires*, não exclui a possibilidade de, querendo, atribuir uma única conduta do indivíduo a um Estado com base nas instruções específicas dadas. São, portanto, critérios distintos, com âmbitos de aplicação distintas, mas que convivem entre si numa relação de complementariedade. Um ato pode ser atribuído ao Estado, portanto, por dois critérios diferentes.

A solução do problema de atribuição, portanto, é tentar encaixar o ato em três situações, sucessivamente: ou ele foi cometida por um órgão *de jure* do Estado, e nesse caso é relevante analisar se o direito interno confere essa qualidade ao agente; ou, na ausência desse elemento do direito interno, se analisa se o fato se originou de indivíduos que são equiparáveis a órgãos do

---

<sup>178</sup> Nesse sentido, ICJ Verbatim Record, CR 2006/10, In: Palchetti, op. cit., p. 155; e, igualmente, Prosecutor v. Tadic, International Criminal Tribunal for the Ex-Yugoslavia, 1999, In: ibidem.

<sup>179</sup> Palchetti, op. cit.



Estado, com base em elementos fáticos que atestem essa qualidade; ou, na ausência desses elementos fáticos ou jurídicos que confirmam ao agente a qualidade de órgão, se a conduta foi feita sob instruções específicas do Estado (Palchetti, 2007, pp. 156-158)<sup>180</sup>.

### **3.4. O âmbito de aplicação variável das teorias do controle**

O ponto central dessa noção do órgão de fato é que os elementos fáticos que permitirão a equiparação de entes a órgãos do Estado variam em tipo e grau. Isso não foi, porém, analisado pelo Tribunal Penal Internacional pela ex-Iugoslávia, no caso Tadic, limitando-se a criticar a abordagem restrita da Corte Internacional de Justiça. A Comissão de Direito Internacional, tentando apaziguar a divergência entre os tribunais, apontou como o modo de relacionar-se com o Estado era diferente entre o caso Nicarágua (criticado pela Corte) e o caso Tadic. Porém, a Comissão se embasou no artigo 8 do Projeto de Artigos de 2001, o que já foi objeto de crítica (2001, apud PALCHETTI, 2007, p. 263)<sup>181</sup>.

Tendo isso em mente, pode-se fazer uma reanálise dos elementos que identificam um órgão de fato.

Em relação ao lugar onde o fato ilícito ocorreu, cumpre destacar que, enquanto não se pode atribuir um ato ilícito ao Estado somente pelo fato da conduta ter ocorrido dentro de sua esfera territorial, pode-se dizer, por outro lado, que esse elemento serve para fundamentar um grau maior ou menor de controle necessário exercido pelo Estado para que se possa qualificar o agente como um seu órgão de fato. Significa, portanto, aceitar que condutas internas exijam um grau menor de controle exercido do que se o fato tivesse acontecido no território de outro Estado (Palchetti, 2007, p. 190)<sup>182</sup>.

Similarmente, o comportamento do Estado com relação ao fato ilícito constitui um requisito para se entender atribuível tal conduta ao Estado. Como dito anteriormente<sup>183</sup>, se um grau de controle muito baixo sobre o agente fosse exigido, se chegaria ao extremo de eliminar a diferença entre ato de privado e ato estatal, o que levou a Corte Internacional de Justiça, no caso

---

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Item 1.5.

da Aplicação da Convenção de Genocídio, a agir com cautela e, conseqüentemente, reforçar o alto grau de controle que se deve exigir, como foi exigido no caso Nicarágua.

Porém, o fato de haver uma cautela quanto ao grau de controle que se deve ter sobre o indivíduo para que se atribua aos Estados as suas condutas não significa que o mesmo grau de controle deve ser requerido em todas as situações que podem ocorrer no direito internacional. Essa é a principal crítica que essa tese faz em relação às mais diversas teses analisadas, entre as quais a posição tomada pela Corte Internacional de Justiça, quanto à rigidez em não se admitir que, variando a situação, também deve variar o grau de controle necessário sobre o grupo.

Analisando a prática internacional, essa é a única tese que é conforme a todos os casos analisados, pois diferente da posição entre “controle efetivo”, “controle global”, ou até o fato de ver o controle que o grupo exerce sobre as instituições formais do Estado, o fato é que ambos os três são aplicáveis, mas isso depende das circunstâncias específicas do caso analisado. Nessa perspectiva, o problema principal é saber quais são os elementos que influenciam a escolha mais adequada para o caso de qual o grau de controle que deve ser exercido sobre o grupo para que os atos deste sejam atribuíveis ao Estado (Palchetti, 2007, p. 195)<sup>184</sup>.

A modificação do grau de controle necessário para satisfazer o critério de atribuição fundado na noção de órgão de fato está presente numa prática internacional mais recente – caso Tadic, o qual, inclusive, rendeu a crítica mencionada do Tribunal Penal Internacional pela ex Iugoslávia à Corte Internacional de Justiça – no entanto ela já provém de uma prática muito anterior a esta, como no caso Yaeger. Entretanto, ainda com essas práticas, recentes e antigas, não se vê uma mudança substancial das regras gerais sobre atribuição de ato ilícito.

Dentre os inúmeros elementos que devem ser levados em conta para se analisar a atribuíbilidade de uma conduta, dois ganham um merecido destaque – o tipo de função exercido pelo grupo e o grau de integração deste na estrutura organizativa do Estado. Deve-se analisar se não seria útil criar dois critérios distintos de atribuição, segundo um dos elementos decisivos a ser analisado. Também, pode-se hipotizar se a análise do grau de integração, não seria, na realidade, uma mera variação do critério de atribuição de atos de grupos que agiram sob instrução ou direção do Estado (Palchetti, 2007, pp. 202-203)<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Palchetti, op. cit.

<sup>185</sup> Ibid.

Essa hipótese, apesar de restringir o número de casos de condutas de grupos não estatais atribuíveis ao Estado, não vai de encontro com a codificação da Comissão de Direito Internacional. Isso porque a Comissão pode ter tido uma intenção restritiva quanto à noção de órgão prevista no artigo 4 do Projeto de Artigos de 2001 e, portanto, se poderia fundamentar a atribuição com base no critério da instrução ou controle global previsto no artigo 8 do mesmo texto legal. Pode-se ilustrar esse cenário quando, nos casos Tadic, Yaeger e Loizidou, se determinou atribuível ao Estado as condutas do grupo na base do artigo 8 do projeto, sem, contudo, determinar se as condutas em questão foram objetos de instruções específicas do Estado ou não.

Implica dizer, ao final, que, admitindo-se essa hipótese de atribuição de condutas de um grupo que possui somente uma relação de fato com o Estado com base no artigo 8, valendo-se para tanto de elementos de fato, como parece ter sido o caso nos julgados mencionados, então deve-se estabelecer um critério para distinguir quando uma conduta seria atribuível ao Estado com base no artigo 4 e quando, porém, se lhe atribuiria com fundamento no artigo 8. Um critério possível para distinguir a aplicação destes dois artigos seria identificável na importância que possui, para fins de atribuição, o tipo de função exercido pelo grupo (no caso do artigo 4) ou no grau de controle exercitado sobre este (no caso do artigo 8) (Palchetti, 2007, pp. 203-204)<sup>186</sup>.

Essa hipótese trabalhada até aqui, porém, não parece ter utilidade, pois não há uma efetiva diferença entre um ou outro critério de atribuição (conforme o tipo de função ou ao grau de controle submetido). Isso se confirma da análise dos casos, nos quais não se operou essa distinção. É preferível, portanto, se valer de um critério único, qual seja, o da qualidade de órgão do grupo ou indivíduo agente.

Nem para fins pedagógicos seria justificável a utilização de dois critérios, pois, ainda que ela sirva para apontar elementos que demonstram uma relação orgânica de fato entre o grupo e o Estado, estes podem ser compreendidos como autônomos, quando na verdade existe uma estreita conexão entre eles.

Sabendo-se, então, que ambos os elementos fáticos devem ser analisados para identificar se há uma relação orgânica de fato entre o agente e o Estado, resta analisar qual desses é o mais importante. A prática internacional, e sobretudo a jurisprudência, parece se orientar a dar maior

---

<sup>186</sup> Ibid.

atenção à relação a nível organizativo entre o Estado e o grupo, pois esse elemento pressupõe a análise de dados relativamente certos e objetivos (Palchetti, 2007, pp. 204-206)<sup>187</sup>.

Por outro lado, quando se analisa o tipo de função exercida pelo grupo, se esbarra na dificuldade em saber quais funções teriam um carácter público – carácter esse que justificaria uma atribuição das condutas do grupo ao Estado. Porém, pode ocorrer, ainda, que a atenção vá lentamente mudando da relação entre o grupo e o Estado para a verificação do carácter público da função desenvolvida (Palchetti, 2007, p. 206)<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Ibid.

## CONCLUSÃO

Viu-se que a Comissão de Direito Internacional, após intensos debates, finalmente aprovou um Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos, mais de 40 anos depois do início dos trabalhos. Este trabalho final, porém, é geralmente aceito pelos Estados, elogiado pela Assembleia Geral da ONU, porém ainda não tem força de tratado, muito embora alguns artigos já sejam reconhecidos como direito costumeiro.

Analisou-se, posteriormente, como a doutrina brasileira não trata com a profundidade que merece o assunto da atribuição de condutas, termo que insistentemente é chamado de “imputabilidade”. Sabe-se, porém, que a doutrina estrangeira já teceu várias teses, algumas das quais já superadas, como a que pretende enxergar um critério de atribuição com referência exclusiva ao direito interno; e outras que excluem a relevância exclusiva do direito interno, baseando-se, contrariamente, em princípios ligados à efetividade.

Porém, há uma outra possibilidade a ser analisada, que é o critério único de atribuição consistente na verificação da qualidade de órgão do agente, quando preenchidos certos elementos de fato identificados na análise da prática internacional.

Posteriormente, se estudou a problemática do caso Nicarágua, no qual foi negada a possibilidade de se referir aos Contras como órgãos de fato dos Estados Unidos da América, e o caso Tadic, o qual, por outro vértice, se baseou em um outro critério, possibilitando, assim, a referência dos atos do grupo à Iugoslávia, tornando, portanto, o conflito internacional. Estudaram-se, também, diversos outros casos que auxiliaram na análise da problemática.

Por fim, confrontaram-se os critérios utilizados pelas Cortes Internacionais, os quais, apesar de serem divergentes ad aeternum, uma vez que a crítica de um tribunal leva à resposta de outro, e assim por diante, verificou-se que, no final, nenhum dos critérios é satisfatório para resolver o problema da atribuição. Verificou-se, porém, que é mais adequado solucionar o problema da atribuição segundo um critério fático que analisa os diversos elementos que possam ser relevantes no caso prático (portanto, podendo variar), dando diversa importância para cada um deles, conforme as exigências do caso concreto.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Accioly, H. (1995). Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva.
- Ago, R. (1971). Troisième rapport sur la responsabilité des Etats. Annuaire de la commission du droit international .
- Amador García, F. V. (1957). UN doc. A/CN.4/106, Second report.
- Barral, W. (2006). Direito Internacional: Normas e práticas. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Brant, L. N. (2005). A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional. Belo Horizonte: CEDIN.
- Cassese, A. (2005). International Law. Nova York: Oxford University Press Inc.
- \_\_\_\_\_ (2007). The Nicaragua and Tadic' Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. The European Journal of International Law , 18, 649-668.
- Conforti, B. (2013). Diritto Internazionale (9ª ed.). Napoli: Editoriale Scientifica.
- Crawford, J. (2012). Introductory Note- Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfil Acts. United Nations Audiovisual Library of International Law.
- Garcia, M. P. (Abril/Junho de 2004). Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. Revista de informação legislativa , 41 (162), pp. 273-285.
- Husek, C. R. (2015). Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: LTr.

ICJ, I. C. (1986). Acórdão: Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicarágua.

ICJ, I. C. (2007). Acórdão: Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide.

ICTY, I. C. (1999). Acórdão: Prosecutor v. Dusko Tadic.

ILC, I. L. (2001). Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (Vol. 2).

ILC, I. L. (1998). Yearbook of the International Law Commission (Vol. 1).

Kiss, A. (2007). State Responsibility and Liability for Nuclear Damage. Updating International Nuclear Law (pp. 67-83). Salzburg: Intersentia Publishers.

Mar, K. D. (2010). The Requirement of 'belonging' under International Humanitarian Law. *The European Journal of International Law* , 21, 105-124.

Mazzuoli, V. d. (2008). *Direito Internacional Público: Parte Geral (4ª Edição ed.)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mello, C. D. (2000). *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar.

Oliveira, D. P. (2009). *Regulamentação Internacional da Responsabilidade dos Estados: A Contribuição da Comissão de Direito Internacional*. Curitiba: Acervo Digital UFPR.

Palchetti, P. (2007). *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*. Macerata: Giuffrè.



Pellet, A. (2002). Les article de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin? *Annuaire français de droit internationale* , 48, 1-23.

Portela, P. H. (2011). *Direito Internacional Público e Privado*. Bahia: Editora Jus Podivm.

Ramos, A. d. (2004). *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar.

Rezek, J. F. (2014). *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva.

Riphagen, W. (1986). Seventh report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission* , 1-19.

Soares, G. F. (2003). O Terrorismo Internacional e a Corte Internacional de Justiça. In: L. N. Brant, *Terrorismo e Direito* (pp. 209-238). Rio de Janeiro: Editora Forense.

Touscoz, J. (1993). *Direito Internacional*. Mem Martins: Publicações Europa América Lda.

Villas Boas, N. (2010). *Responsabilidade internacional dos Estados pela violação de normas imperativas de Direito Internacional Geral*. Brasília: Conteúdo Jurídico.