

Codificação do Direito Internacional: o fim da bela era?*

International Law Codification: the end of a beautiful era?

Aslan Kh. Abashidze¹
A.M Solntsev²

Resumo

Este artigo discorre sobre o conceito de codificação do direito, e, mais precisamente, a do direito internacional, juntamente com a atividade da Comissão de Direito Internacional (CDI). Trata-se de um processo que se desenvolve com mais intensidade após a criação da CDI. A codificação tem um impacto positivo na efetividade do direito internacional. A CDI tem como função a codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional, dois conceitos esses que são intimamente interrelacionados. Por fim, o artigo trata dos temas trabalhados pela CDI, assim como questões abordadas sobre as suas atividades e necessidade.

Palavras-chave: Codificação do direito internacional. Comissão de Direito Internacional (CDI). Codificação e desenvolvimento progressivo.

Abstract

This Article discusses the concept of law codification and, more precisely, of international law codification, along with the activity of the International Law Commission (ILC). It is a process which is developed more intensively after the creation of the CDI. The codification has a positive impact on the effectiveness of international law. The CDI has the function of codification and progressive development of international law; these two concepts are closely interrelated. Finally, the article addresses the themes discussed by the CDI, as well as issues raised about its activities and need.

Keywords: International law codification. International Law Commission (ILC). Codification and progressive development

* Recebido em 17/07/2013.

Aprovado em 10/09/2013.

¹ PhD em Direito Internacional, Professor, Chefe do Departamento de Direito Internacional, Universidade Russa da Amizade dos Povos, Membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *E-mail:* abashidze_akh@pfur.ru

² PhD em Direito Internacional, Professor Associado, Vice-chefe do Departamento de Direito Internacional, Universidade Russa da Amizade dos Povos.

“E não é que eles estariam observando Lobachevski muito rigorosamente aqui, mas o mundo tirado a parte deve se estreitar em algum lugar, e aqui temos o fim da perspectiva Joseph Brodsky, “The End of a Beautiful Era”

1 Introdução

A codificação do direito internacional tornou-se o aspecto diferenciador do direito internacional tido como um sistema legal no século XX. A codificação de diversos ramos e campos do direito internacional tem aumentado o papel das normas de tratados no sistema de suas fontes.

Na doutrina do direito internacional por codificação é entendido como forma de sistematização das normas legais internacionais predominantemente normas de leis habituais executadas através de um processo de refinamento compreensivo, incluindo exclusão de elementos que estão ultrapassados e não são mais aplicáveis, para eliminar contradições internas e lacunas óbvias. Isto resulta na criação de um novo Ato legal sistematicamente interconectado e consolidado (geralmente na forma de um projeto de tratado internacional) que é mais qualitativo e progressivo.

O processo de codificação leva a uma combinação, em uma base regulatória qualitativamente elevada, de regras de um ramo específico do direito internacional ou normas de ramos distintos e campos governamentais, relações interrelacionadas de acordo com o nível de mentalidade jurídica atingida em um dado período histórico, e as normas são, por si só, formuladas com mais precisão. A conquista de tal forma mais coerente, clara e de melhor qualidade das regras de conduta adequada tem um impacto positivo na efetividade (MOVCHAN, 1972, p. 43-63) do direito internacional como um todo.

A Comissão de Direito Internacional (daqui por diante denominada “CDI” ou a “Comissão”), que foi estabelecida 65 anos atrás a partir da base da resolução 174 (II) de 21 de Novembro de 1947 da Assembléia Geral da ONU tem um papel central no processo de codificação (KOZEVNIKOV; KRIVCHIKOV, 1977, p. 6-14). As funções da Comissão incluem a codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. De acordo com os Estatutos da Comissão do direito internacional adotada em 1947, o termo “codificação” é definido como “uma formulação e sistematização mais precisa do direito naquelas áreas em que há regras estabelecidas por extensa prática dos estados, precedentes e da doutrina”,

e “desenvolvimento progressivo” é definido como “o esboçar de projetos de Convenções sobre questões que ainda não são regidas pelo direito internacional ou em que o direito ainda não é desenvolvido o suficiente na prática dos Estados”³. Pode-se ver, por essas definições, que os termos “codificação” e “desenvolvimento progressivo” estão intimamente relacionados em termos de seus conteúdos legais. Ademais, a codificação do direito internacional é inevitavelmente acompanhada pelo desenvolvimento progressivo.

O primeiro plano multianual da CDI foi desenvolvido pelo conhecido advogado internacional Britânico e Professor Hersch Lauterpacht. O Professor M. Koskenniemi escreveu: “em Abril de 1948, H. Lauterpacht chegou a Nova Iorque por três meses como conselheiro na questão da codificação do direito internacional no secretariado da ONU.” (KOSKENNIEMI, 1997, p. 252). Ele então desenvolveu um esboço de documento que se tornou o programa de trabalho da CDI em muitos dos anos seguintes. Em seu esboço⁴, o Professor H. Lauterpacht (1949) identificou 25 temas que, em sua opinião, precisavam de codificação. Pensou-se na época que isto poderia ser feito no subsequente período de 20 anos. Ao revisar o esboço, a Comissão⁵ selecionou 14 temas para serem tratados no período inicial de seu trabalho. O alto nível de profissionalismo do Professor Lauterpacht (1949) pode ser percebido em sua visão, quando ele preparou a lista de tópicos para codificação⁶, que mesmo após 65 anos ainda não foi exaurida. De fato, os seguintes tópicos ainda permanecem para codificação: o reconhecimento de estados e governos; a jurisdição para crimes cometidos fora do território do Estado; e a posição legal de estrangeiros e o direito a

3 O Estatuto da Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/040/35/IMG/NR004035.pdf?OpenElement>. Acesso em: março de 2013.

4 Survey of International Law in Relation to the Work of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/1.

5 Survey of International Law in Relation to the Work of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/1

6 Esses tópicos incluem: o reconhecimento dos Estados e governo; sucessão dos Estados e governos; imunidades jurisdicionais dos Estados e suas propriedades; jurisdição quanto a crimes cometidos fora do território do estado; regime em mar aberto; regime das águas territoriais; nacionalidade, incluindo apátrida; a posição legal de estrangeiros; o direito ao asilo; a lei dos tratados; relações diplomáticas e imunidades; relações consulares e imunidades; responsabilidade dos Estados e procedimentos arbitrários.

asilos. Deve ser notado que a codificação das áreas dos assuntos citados permanece em alta demanda tanto para propósitos práticos quanto de pesquisa do direito internacional⁷.

Além dos temas propostos em 1948 pelo Professor H. Lauterpacht, a CDI no processo de seu trabalho veio a identificar um número de outras áreas temáticas que precisam de codificação, como o direito de usos não-navegacionais de cursos de água internacionais, e a questão da fragmentação do direito internacional, entre outros⁸. Até esta data, a CDI considerou (incluindo tópicos ainda em processo de consideração) um pouco mais de 50 áreas temáticas. Em geral, a Comissão tem feito, e continua a fazer, uma contribuição significativa para o desenvolvimento do direito internacional no mar⁹, o direito penal internacional¹⁰, o direito dos tratados¹¹, o direito diplomático e consular¹², sucessão

estatal sob direito internacional¹³, responsabilidade sob direito internacional¹⁴.

Recentemente, a Comissão tem dado atenção especial aos problemas do direito ambiental internacional¹⁵. Considerando tal tópico hoje em dia, não há nenhum ato legal internacional governando relações junto aos Estados na área de proteção ambiental; ainda assim, a necessidade para tal ato já passou há muito, e um dos projetos das áreas temáticas futuras do trabalho da Comissão poderia ser o tema “a proteção internacional do meio ambiente”¹⁶. Nesta conexão, deve-se notar que a Comissão em 1996 incluiu em seu programa de longo prazo o tema sobre “o direito da proteção do meio ambiente: os direitos e deveres do Estado para a proteção do ambiente humano” e o “princípio precaucional”¹⁷, e em 2011 foi proposto para a codificação o tema “a Proteção do Meio Ambiente em Conexão com Conflitos Armados”¹⁸.

Meio século depois da adoção do plano de codificação do Professor H. Lauterpacht pela Comissão,

7 Ver: ABASHIDZE; SOLNTSEV, 2010, p. 66-75. Disponível em: <www.rau.su/observer/N10_2010/066_075.pdf.> Acesso em: 14 mai 2013. ABASHIDZE, 2011. Disponível em: <www.Rau.su/observer/N8_2007/079_086.pdf.> Acesso em: 8 mar 2013.

8 Para mais informações, ver uma versão eletrônica de “Analytical Guide to Activities of the International Law Commission” disponível em: untreaty.un.org/ilc/guide/gfra.htm.

9 Adotado: a Convenção sobre Mares Territoriais e Zonas Contíguas 1958; a Convenção sobre os Altos Mares 1958; a Convenção sobre Pesca e Conservação de Recursos Vivos em Alto Mar 1958; a Convenção sobre a Plataforma Continental 1958; e o Protocolo Opcional no tocante ao Estabelecimento Compulsório de Disputas 1958.

10 Adotado: os Princípios do Direito Internacional reconhecidos pela Carta Régia do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal 1950; o Código Esboço de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade 1996; o Estatuto Esboço da Corte Penal Internacional 1994; Sob consideração ainda: o Código esboço sobre a Obrigação de Extradicação ou Processo; o Código esboço sobre Imunidade dos Oficiais Estatais da Jurisdição Penal Internacional.

11 Os seguintes projetos foram adotados: A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados 1969; a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados e Organizações Internacionais 1986; Diretrizes, aplicáveis às Declarações Unilaterais dos Estados que podem levar a Obrigações Legais 2006; Relatórios sobre o grupo de estudo “a Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades surgindo da diversificação e expansão do escopo do direito internacional” 2006; Um Guia para a prática de “reservas aos tratados” 2008; e os Artigos esboços sobre o Impacto de Conflitos Armados sobre Tratados Internacionais 2011. Atualmente em desenvolvimento está o tema “Os Tratados através do prisma do tempo”.

12 Os seguintes projetos foram adotados: A Convenção de Viena sobre Relações Consulares 1961; o Protocolo Opcional para a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas 1961; a Convenção de Viena sobre Relações Consulares 1963; o Pro-

toloco Opcional para a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas 1963; o Protocolo Opcional sobre o Estabelecimento Compulsório de Disputas para a Convenção de Viena sobre Relações Consulares; a Convenção sobre Missões Especiais 1969; o Protocolo Opcional sobre o Estabelecimento Compulsório de Disputas sobre a Convenção sobre Missões Especiais 1969; a Convenção sobre Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas Protegidas Internacionalmente, incluindo Agentes Diplomáticos 1973; os Artigos esboço sobre o “Status do Mensageiro Diplomático e das Mensagens não acompanhadas pelo Mensageiro Diplomático” 1989.

13 Os seguintes projetos foram adotados: A Convenção de Viena sobre a Sucessão dos Estados em respeito as Tratados 1978; a Convenção de Viena sobre a Sucessão dos Estados em respeito à Propriedade Estatal, Arquivos e Débitos 1983; o Artigo esboço sobre “Nacionalidade em conexão com a Sucessão dos Estados” 1999 (atualmente sob revisão no sexto comitê da Assembléia Geral da ONU).

14 Os seguintes projetos foram adotados: O Artigo esboço sobre “a Responsabilidade dos Estados por Atos Errôneos Internacionalmente” 2001; Artigos Esboços sobre “a Prevenção do Dano Transfronteiriço de Atividades Perigosas” 2001; o Esboço de “os Princípios relacionados à Distribuição de Baixas no caso de Dano Transfronteiriço, causado por Atividades Perigosas” 2006; o Artigo Esboço sobre “a Responsabilidade das Organizações Internacionais”, 2011. Para mais detalhes sobre o status legal do trabalho da Comissão em questões de responsabilidade no direito internacional, ver: ABASHIDZE; SOLNTSEV, 2008, p. 70-72.

15 Para mais informação, ver: SOLNTSEV 2008: SPB, 2009, p.137-152; SOLNTSEV, 2006, p. 605-615.

16 Para mais informações, ver KOPYLOV; SOLNTSEV, 2010, p.110-130.

17 Ver UN Doc. A/51/10, 1996, p.135.

18 Ver UN Doc. A/66/10, 2011, Anexo E.

iniciou-se o trabalho para a seleção de novos tópicos para codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Nesta conexão, um Grupo de Trabalho foi criado na programação de longo prazo do trabalho da Comissão de Direito Internacional, que desde 1997 tem sido ativa e tem desenvolvido o critério para seleção de áreas-temas futuros: (a) A nova área-tema deve refletir as necessidades dos Estados em termos de desenvolvimento progressivo e codificação do direito internacional; (b) a nova área-tema deve ter cristalizado o bastante em termos de prática dos Estados para justificar a codificação e desenvolvimento progressivo; (c) O tema deve ser específico e alcançável em termos de desenvolvimento progressivo [e]... A Comissão não deve se limitar aos tópicos tradicionais, deve considerar também esses tópicos que refletem as novas mudanças no campo do direito internacional e interesses básicos da comunidade internacional¹⁹. Nesta conexão, o grupo trabalhador propôs os seguintes tópicos para codificação: “não-discriminação em direito internacional”; “o direito do estabelecimento pacífico de disputas internacionais”; “a imunidade jurisdicional de organizações internacionais”; “lei branda”; “proteção de dados pessoais durante a movimentação transfronteiriça de informações”; “jurisdição extraterritorial”; “o direito à segurança coletiva”; “aspectos legais da corrupção e práticas relacionadas”; “direito ambiental”; “o indivíduo no direito internacional”; “as conseqüências legais internacionais da violação dos direitos humanos”; “aspectos jurisdicionais do crime organizado transnacional”; assim como “a apropriação dos destroços e sua proteção além da jurisdição marítima nacional”.

Todos os tópicos listados são extremamente relevantes, tanto do ponto de vista prático quanto teórico. Ademais, vários desses tópicos têm relação direta com outros tópicos da agenda da Comissão. Por exemplo, a codificação do tema “o direito do estabelecimento pacífico de disputas internacionais” parece ser uma importante e lógica continuação do tema “fragmentação do direito internacional”, visto que no projeto da Comissão preparado em 2006 consideram-se apenas as questões da assim chamada “fragmentação material”, enquanto que as questões da assim chamada “fragmentação institucional” (hierarquia

entre meios pacíficos de estabelecimentos de disputas ou hierarquia entre instituições judiciais internacionais) (SM-BATJAN, 2008, pp. 140-150) foram omitidas²⁰.

É bastante conhecido o fato de que os materiais do trabalho da Comissão representam uma importante fonte base de disputas entre Estados e a Corte Internacional de Justiça da ONU. Em particular, a Corte Internacional de Justiça tem dependido de Artigos-Projetos sobre a responsabilidade dos Estados para atos ilegais internacionais, adotados em 2001, nos seguintes casos: ‘Atividades militares no território do Congo’²¹, ‘Fábricas de polpa e papel no rio Uruguai’²² e a ‘Convenção do Genocídio’²³. Na decisão do caso da “Estação Hidroelétrica Gabcikovo-Nagyymaros”²⁴ a Corte Internacional de Justiça (CIJ) dependeu da adotada, mas ainda não incorporada à força, Convenção do Direito dos usos não-navegacionais de cursos de água internacionais de 1997, esboçada pela Comissão de Direito Internacional em 1997. A CIJ também aplicou os Projetos de Arquivos sobre “proteção Diplomática” de 2006 no caso de “Ahmadou Sadio Diallo”²⁵. Assim como na decisão do caso “a disputa territorial e marítima entre a Nicarágua e Honduras no Mar do Caribe”²⁶, a Corte Internacional de Justiça fez uso dos mate-

20 Em particular, a Comissão percebeu o seguinte: em conexão com o processo de fragmentação “tanto os problemas institucionais quanto legais surgem. O primeiro trata da Competência de diversas instituições, aplicando normas legais, e as relações hierárquicas entre eles. A Comissão decidiu deixar essa questão de lado. Que a questão da competência institucional seja resolvida por essas próprias instituições.” Ver UN DOC A/CN.4/L. 682 datado em 04.13.2006, para. 13.

21 O caso das “atividades militares no território do Congo” (o Congo contra Ruanda), 2006 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=19&case=126&code=c-rw&p3=4>.

22 Medidas temporárias no caso da “fábrica de papel no rio Uruguai”, 2007 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=7>.

23 O caso da “aplicação da Convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio” (Bósnia e Herzegovina contra Sérvia e Montenegro), 2007 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f4&case=91&code=bhy&p3=4>

24 O caso da “Estação hidroelétrica Gabcikovo-nagyymaros”, 1997 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=8d&case=92&code=hs&p3=4>

25 O caso de “Ahmadou Sadio Diallo” (República da Guiné contra a República Democrática do Congo), 2007 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=7a&case=103&code=gc&p3=4>.

26 Disputa Territorial e Marítima entre a Nicarágua e Honduras no Mar do Caribe (Nicarágua contra Honduras), 2007 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=14&case=120&code=nh&p3=5>.

19 Anuário da Comissão de Direito Internacional para o ano de 1997, vol. II (Parte 2), p. 80.

riais preparatórios da CDI sobre a Convenção em mares territoriais e zonas contíguas de 1958.

Em termos gerais, o relacionamento entre a Comissão de Direito Internacional e a Corte de Justiça Internacional pode ser descrita como uma simbiose. Por um lado, a Corte depende de tratados internacionais e outros documentos preparados pela Comissão como uma evidência inquestionável de lei habitual. Por outro, a Comissão atribui grande importância para as práticas legais da CIJ. Por exemplo, durante seu trabalho na questão de “reservas dos tratados internacionais” e “responsabilidade de organizações internacionais”, a CDI, em diversas instâncias, esboçou suas normas com ligações diretas às decisões adotadas pela CIJ, ou com base nos argumentos que seguiram próximos às deliberações da CIJ²⁷. O relacionamento próximo entre a CIJ e a Comissão contribui para o fortalecimento do princípio da regra do direito, não apenas na base da aplicação direta e consistente das normas legais internacionais, mas também através da demonstração de que os vários corpos internacionais aplicam a mesma abordagem para a identificação das normas do direito internacional.

Cortes regionais internacionais e cortes nacionais também estão recorrendo aos Projetos de Arquivos, desenvolvidos pela Comissão, como evidência das normas do direito internacional. Por exemplo, os Projetos de Arquivos da CDI sobre “a responsabilidade de organizações internacionais”²⁸. Tais referências aumentam o status dos Projetos de Arquivos relevantes da Comissão e enfatiza a natureza prática do trabalho da Comissão.

Um dos elementos característicos da atividade da Comissão é a sequência lógica de desenvolvimento dos tópicos: tendo estudado e codificado os aspectos legais internacionais críticos dos Estados soberanos, como assuntos principais do direito internacional (tais como os tratados inter-estados, responsabilidade internacional dos Estados, imunidades jurisdicionais dos Estados e suas propriedades), a Comissão se dirige a uma discussão desses mesmos tópicos como aplicáveis às organizações internacionais como assuntos secundários do direito internacional (tais como tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações in-

ternacionais, as imunidades jurisdicionais de organizações internacionais, a responsabilidade da organização).

Outra característica positiva do trabalho da CDI é sua habilidade para auto-crítica, e isto é prova da maturidade da Comissão: por exemplo, 30 anos depois, a Comissão decidiu voltar ao refinamento do tópico da “cláusula sobre o tratamento da nação-mais-favorecida”. Não há dúvida de que a Comissão pode voltar a outros temas amplamente subdesenvolvidos, como “o reconhecimento de estados e governos” ou “jurisdição penal universal”.

Apesar dos aspectos positivos das atividades da CDI mencionados acima, hoje surge o questionamento: o trabalho de 65 anos da Comissão é tempo suficiente para determinar sua efetividade? Por um lado, sim; por outro, não. Não é tempo suficiente porque é difícil, no contexto de um único papel, avaliar objetivamente a contribuição da Comissão para o desenvolvimento do direito internacional, assim como a extensão da efetividade do seu trabalho na escolha e codificação das normas das áreas temáticas escolhidas. Essa tarefa é complicada devido a um número de críticas mal-vindas que surgiram contra as atividades da Comissão. Por exemplo, o Professor I.I. Lukashuk (2005) acreditava que a Comissão tornou-se vítima de seu recente sucesso tendo começado com o esboço da grande Convenção mundial, codificando os principais ramos do direito internacional, a Comissão prosseguiu para analisar outros tópicos mais marginais, e complexos; o resultado do qual pode ser apenas material doutrinal e rascunhos de códigos pertencentes ao assim chamado “direito leve”. O Professor I.I. Lukashuk (2005) também indica que o aumento em duas vezes do número dos membros da Comissão²⁹ resultou na redução do nível total de profissionalismo da Comissão, comparado com o passado, e isso teve um impacto negativo no trabalho da Comissão Internacional de Direito.

É nesse contexto que deve ser avaliadas as atividades da Comissão em relação à criação do assim chamado direito “leve”, que representa um elo de transição entre o direito habitual e os tratados internacionais. Documentos do direito “leve”, em diversos casos, contribuem para o processo de codificação; entretanto,

27 Documento da ONU A/66/10, 2011, p.52-172; A/66/10/Add.1, 2011

28 Resolução da Assembleia Geral da ONU 66/100, 9 de Dezembro de 2011.

29 Mantém-se em mente que em diferentes épocas a composição da Comissão incluiu 15 membros, 21 membros (1956), 25 membros (1961) e 34 dos membros (desde 1981).

não devem ser usados como um meio de evitar a elaboração, pela Comissão, de projetos de códigos com um caráter vinculativo. A prática de adoção de declarações ou direcionamentos, que são subsequentemente não especificados na forma de tratados internacionais vinculativos, representa uma tendência negativa no trabalho da Comissão de Direito Internacional, que “desacelera” o processo de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Então, em 2006, a Comissão completou seu trabalho inovador em dois temas importantes: “a fragmentação do direito internacional” e “atos unilaterais”. O resultado: a Assembléia Geral da ONU tomou nota delas e as arquivou nas prateleiras³⁰.

Um aspecto mais relevante do trabalho da Comissão, para o qual uma atenção maior é válida, é o fato do destino de diversos documentos (que a CIJ levou tanto tempo para elaborar) permanecer algo vago: os estados normalmente não estão prontos para adotar tratados internacionais vinculativos com base nesses Projetos de Arquivos. Por exemplo, na área temática de responsabilidade internacional, a pedra fundamental do direito internacional, a ILA trabalhou em quatro Projetos de Artigos. Entretanto, havia apenas adotado como anexos das resoluções da Assembléia Geral da ONU³¹. A Assembléia Geral da ONU indica que precisa de mais tempo para pensar sobre o destino final desses documentos. Isso pré-determinou uma abordagem cautelosa desses projetos por parte dos Estados membros da ONU.

30 Resolução da Assembléia Geral da ONU A/RES/61/34 de 12.18.2006 (ver parágrafo 4: “Tomar notas das diretrizes, aplicáveis às declarações unilaterais dos Estados que podem levar a compromissos legais... e notas com satisfação dessas determinações”; parágrafo. 5: “Também tomar nota das 42 conclusões do Grupo de Pesquisa da Comissão no tópico de ‘Fragmentação do direito internacional: dificuldades que surgem da diversificação e expansão do escopo do direito internacional... e o estudo analítico, no qual estão baseados”).

31 Ver: Resolução da Assembléia Geral da ONU A/RES/56/83 de 12.12.2001, o anexo que contém o texto do projeto de Artigo “a Responsabilidade dos Estados para Atos Ilegais Internacionais” 2001; Resolução da Assembléia Geral da ONU A/RES/62/68 de 12.06.2007, o anexo que contém o texto do projeto de Artigo sobre “a Prevenção de Dano Transfronteiriço de Atividades Perigosas” 2001.; Resolução da Assembléia Geral da ONU A/RES/61/36 de 12.04.2006, o anexo que contém o texto dos “Princípios relacionados à Distribuição de Baixas no caso de Dano Transfronteiriço causado por Atividades Perigosas” 2006, e a Resolução da Assembléia Geral da ONU A/RES/66/100 de 12.09.2011, o anexo que contém o projeto de Artigo “a Responsabilidade das Organizações Internacionais”.

O atual resultado do trabalho da CDI pode ser visto como um reflexo das discussões que tiveram início no começo do trabalho da Comissão, quando a questão a respeito de qual forma deve levar os resultados do trabalho de codificação da Comissão foi apresentada. Advogados soviéticos, em especial o Professor V.N. Durdenevski V.M. Koretski e S.B. Krilov tem advogado consistentemente que os “projetos de codificação, preparados pela Comissão, deveriam ter adquirido a forma de Convenções finais prontas para serem adotadas pelos Estados, visto que a codificação do direito internacional deveria ser conduzida através da adoção de uma Convenção, que seria instrumentos legalmente vinculados para os Estados Membros da ONU” (MOVCHAN, 1989, p. 231). Estudiosos ocidentais, em sua maioria ao contrário, eram da opinião de que o trabalho da Comissão deveria se limitar ao desenvolvimento de relatórios contendo apenas uma síntese de materiais que possam representar evidência da cristalização da norma do direito habitual em áreas relevantes (tais como compilações das práticas do Estado, decisões judiciais de cortes nacionais e internacionais).

Além disso, há outra questão de natureza prática: se ainda permanece apropriado e justificável, em um momento em que a maior parte dos campos do direito internacional tem sido codificada, a necessidade continua de uma Comissão de Direito Internacional que é composta por 34 membros e que anualmente se reúne em Genebra por 12 semanas, trabalhando sobre a codificação e desenvolvimento progressivo de diversos tópicos, quando já se sabe que no fim, a Comissão não vai além da adoção de “Projetos de Artigos”. Essa questão ganha ainda mais atualidade se considerarmos que a Comissão, hoje em dia, prefere trabalhar em tais tópicos, que não pressupõem o desenvolvimento de tratados internacionais, seja porque os Estados Membros da ONU não estariam preparados para adotar tratados internacionais com base nesses “Projetos de Artigos”, ou porque o trabalho é conduzido em áreas temáticas que, até mesmo se os Estados adotassem um Tratado Internacional, poderíamos dificilmente esperar que eles o assumissem com força³². O que foi mencionado é con-

32 Por exemplo, a Convenção sobre o Direito dos Usos não-Navegacionais dos Cursos de águas Internacionais foi adotado 15 anos atrás (em 1997), mas ainda não havia entrado em vigor até agora.

firmado, por exemplo, pela lista de tópicos na agendada Comissão de Direito Internacional da ONU em 2012: “a expulsão dos párias”; “a obrigação de extraditar ou processar (*aut dedere aut judicare*)”; “a proteção de indivíduos no caso de desastres”; “a imunidade de oficiais do Estado das jurisdições penais estrangeiras”; “os tratados através do prisma do tempo”; “a cláusula sobre o tratamento da nação-mais-favorecida”.

Problemas também permanecem em relação aos mecanismos internos e procedimentos do trabalho da Comissão. Em particular, dúvidas são levantadas a respeito da efetividade da prática da Comissão em tempos recentes de nomeação de relatores individuais ao invés da prática anterior de estabelecer grupos de trabalho. O fato é que a composição da Comissão é atualizada em uma base regular por várias razões e, conseqüentemente, relatores recém-eleitos precisam de tempo para acessar a essência das questões. Além disso, cada especialista tem sua abordagem individual para as questões conceituais sobre o tópico. Tudo isso tem atrasado o processo de desenvolvimento de vários tópicos na Comissão.

Logicamente, há uma questão diferente: qual é a eficiência da Comissão no século XXI? Qualquer resposta a essa pergunta deve levar em consideração também a abordagem doutrinária do direito internacional, segundo a qual a codificação é designada não apenas para consolidar o direito existente, mas também para melhorá-lo. De fato, a codificação deve dar ao direito maior certeza e fazer mais conveniente sua aplicação prática. Infelizmente, isso não pode ser dito com relação ao resultado do trabalho da CDI até agora. Diversos outros ramos têm contribuído para reduzir a eficiência da Comissão na codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Por exemplo, enquanto no passado, iniciativas e propostas concretas de codificação do direito internacional eram implementadas nas cúpulas de liderança dos Estados e outras conferências internacionais (inclusive no campo dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente), propostas muitas vezes para novos tratados são recebidas dos próprios Estados membros. Por exemplo, a Rússia propôs um projeto de Convenção sobre a supressão de atos de terrorismo nuclear, com base naquilo que o Comitê Especial da Assembleia Geral da ONU adotou como Convenção relevante.

Neste contexto, não se deve ignorar os esforços feitos no quadro da Associação do Direito Internacio-

nal, onde o trabalho é feito em grupos de pesquisa ou comitês³³ que incluem advogados internacionais e outros especialistas em específicas áreas limitadas do direito internacional³⁴. Em diversos aspectos o trabalho realizado por esta Associação também contribui para o trabalho da CDI.

Em vista da situação, vale ouvir o que o Professor I. I. Lukashuk (um membro da Comissão de Direito Internacional de 1995 a 2001) diz, tendo completado seu curso de dois volumes sobre direito internacional com uma seção intitulada “Prognósticos legais internacionais”. Ele nota que “o direito internacional é chamado para lidar com problemas cada vez mais complexos em vista do aumento do dinamismo da vida internacional. Isso aumenta o âmbito da ação das normas de direito internacional e faz com que projeção e planejamento sejam algumas das mais importantes tarefas do direito internacional”. Talvez seja lógico propor que o planejamento de tópicos para codificação futura na Comissão de Direito Internacional deva ser apoiada por projeções alcançáveis de resultados efetivos do trabalho da CDI. Por exemplo, a decisão sobre a questão da nomeação de um relator específico para um tópico específico deve ser baseada em uma projeção científica e sensata como resultado de suas atividades.

Infelizmente, é preciso concluir que as demandas

33 Direitos Humanos e Comerciais, Princípios de compromisso das cortes domésticas com direito internacional, Responsabilidade das Organizações Internacionais, Função dos Instrumentos do Direito Leve no Direito de Investimento Internacional, Investimento Socialmente Responsável, Insolvabilidade de Soberania, Ensino do Direito Internacional (Grupo de Interesse), A conduta de hostilidades sob direito humanitário internacional – desafios da guerra do século XXI, O uso de princípios do direito privado para o desenvolvimento do direito internacional.

34 Linhas de Base sob o Direito Internacional do Mar, Direito de Herança Cultural, Feminismo e Direito Internacional, Propriedade Intelectual e Direito Privado Internacional, Litígio Civil Internacional & os interesses do público, Arbitragem Comercial Internacional, Direito Familiar Internacional, Comitê de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional sobre Desenvolvimento Sustentável, Direito Monetário Internacional, Proteção de Consumidores Internacionais, Regulação de Segurança Internacional, Direito do Comércio Internacional, Direito Islâmico & Direito Internacional, Agentes Não-Estatais, Armas nucleares, não-proliferação & direito internacional contemporâneo, Reconhecimento/ Não-reconhecimento no Direito Internacional, Reparação para Vítimas de Conflitos Armados, Direitos dos Povos Indígenas, Direito Espacial, Os princípios Legais relacionados às Mudanças Climáticas, Uso da Força.

de desenvolvimento do direito moderno internacional não são equiparadas pelo nível correspondente do desempenho da Comissão de Direito. Ademais, existem motivos para afirmar que, em longo prazo, o trabalho da CDI será cada vez mais sobrecarregado se ele ainda concentrar suas atividades somente no estudo do direito habitual internacional existente. O fato é que o progresso científico e técnico e outros fatores de desenvolvimento moderno do mundo têm gradualmente mudado a forma tradicional, levando à codificação do direito habitual. O Direito do espaço é um exemplo de um campo do direito internacional que foi desenvolvido a partir do direito convencional, ao invés do direito habitual. De fato, esse é o tratado básico deste campo – o Tratado do Espaço de 1967 – que tem servido como base para a formação do direito habitual internacional como a regra de proibição de apropriação nacional do espaço exterior. Além disso, neste caso o elemento mandatório do direito habitual – a prática universal – no mundo interconectado de hoje requer a aceitação da regra (ou consentimento) de todos os Estados do mundo, independente de quando um Estado particular venha a iniciar suas atividades espaciais.

A resolução dos problemas especificados acima, no trabalho de codificação da Comissão de Direito Internacional, precisaria do estabelecimento de um Grupo Intergovernamental de especialistas altamente qualificados para prover sugestões sobre as formas de melhorar a efetividade do trabalho da Comissão de Direito Internacional na codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Esse grupo intergovernamental de especialistas iria, acima de tudo, responder à pergunta fundamental: a comunidade internacional está em constante necessidade de um organismo de especialistas como a CDI para trabalhar especificamente sobre questões do desenvolvimento progressivo e codificação do direito internacional? A resposta para essa pergunta deveria levar em consideração diversas circunstâncias.

Em primeiro lugar, hoje, há um monopólio da Comissão sobre a codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. De fato, a Comissão foi criada em condições históricas, quando não havia outras organizações internacionais envolvidas com a codificação do direito internacional, e o direito internacional em si era suficientemente homogêneo. Hoje, há um grande número de organizações e organismos intergovernamentais internacionais especializados nos quais o processo de codificação do direito internacional é

conduzido, assim como o processo de criação do direito “leve”. Por exemplo, o direito internacional sobre o Mar continua sendo codificado no quadro da Organização Marítima Internacional; o direito especial internacional, no quadro do Comitê sobre os usos pacíficos do espaço exterior. A UNESCO lida com questões de codificação do direito internacional na esfera da cooperação cultural, e o Conselho dos Direitos Humanos (até 2006, a Comissão dos Direitos Humanos) desenvolve projetos de tratados internacionais no campo da promoção e proteção dos direitos humanos, etc. Poderíamos dizer que o direito internacional tornou-se hoje um sistema heterogêneo, ameaçado pela assim chamada “fragmentação”, com crescente trabalho de codificação sendo realizado dentro de ramos mais específicos do direito internacional pelos respectivos órgãos e organizações, composição que inclui especialistas altamente treinados.

Segundo, o século XXI já criou um enorme banco de dados dos tratados, e hoje há mais um questionamento de fortificação de sua implementação a nível nacional; identificação do direito habitual internacional e o desenvolvimento do direito “leve”, ao invés da criação de um tudo novo e de novos tratados internacionais. Por exemplo, no campo do direito humanitário internacional há um grande número de convenções que, antes de tudo, têm sido implementadas diferentemente em diferentes Estados, e que não nos permitem mencionar a prática uniforme de sua implementação; e, em segundo lugar, essas Convenções ainda não se juntaram a diversos Estados. Nas condições prevalentes foi decidido e feito um grande trabalho sobre identificação das normas do direito habitual internacional na área do direito humanitário internacional, que está vinculado a todos os temas do direito internacional independente da ratificação de Convenções específicas (HENCKAERTS; DOSWALD-BECK, 2005). Neste contexto, deve-se notar que, no campo do direito internacional dos direitos humanos, há 10 órgãos de tratados de direitos humanos cuja missão é o monitoramento da implementação pelos Estados-partidos das provisões dos tratados dos direitos humanos internacionais relevantes, ao revisar relatórios dos Estados periodicamente e fazer recomendações, que são dirigidas à uniformidade na implementação das provisões dos tratados dos direitos humanos internacionais relevantes (o que isto contribui para o argumento?).

Outro argumento em favor do fim da era da codificação do direito internacional é o fato do crescimento

sem precedentes do direito “leve” em diversos ramos do direito internacional.

Portanto, no caso de uma resposta positiva à questão da necessidade contínua da CDI, objetivamente surge a seguinte problemática: a necessidade de ajuste da agenda da Comissão. O grupo de especialistas intergovernamental que estamos sugerindo iria, então, ser necessário para fazer o trabalho, realizado na época pelo Professor Lauterpacht, para criar uma nova lista de tópicos para codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional. Do contrário, haverá um número crescente de advogados internacionais céticos quanto à necessidade de preservar a antiga abordagem no trabalho da Comissão de Direito Internacional. Torna-se mais atrativa a ideia da necessidade de convocar a Comissão de Direito Internacional em uma base *ad hoc* de acordo com a dimensão necessária, e há ainda um número de questionamentos mais gerais do direito internacional que requer codificação. Essas questões poderiam, então, ser endereçadas no contexto do mecanismo *ad hoc* a fim de evitar a contínua fragmentação do direito internacional.

Em sua maioria, a comunidade científica amadurece a compreensão da necessidade de modificação das atividades da Comissão para adaptá-la às realidades do século XXI. Os autores deste artigo esperam que as considerações mencionadas sirvam de ímpeto para as discussões construtivas entre estudiosos e profissionais no caminho para voltar à era da grandiosidade da Comissão na codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Referências

ABASHIDZE, A. Kh. *Vsjeobljomljushee predlozenje ob uregulorovanj statusa Kosova*. The Observer 2007, n. 8, 2011. Disponível em: <www.Rau.su/observer/N8_2007/079_086.pdf>. Acesso em: 8 mar 2013.

ABASHIDZE A. Kh.; SOLNTSEV A.M. Balkani. *Achillesova pjata evroatlantscheskoj bezopasnosti* (Mezdunarodnj Sud OON j odnostononnee provozglashenie njezavisimosty Kosovo) The Balkans - The Jun pad of the Euro-Atlantic Security.

ABASHIDZE A. Kh.; SOLNTSEV A.M.; MILOVIDOV O.D. *Vaznji shag v kodifikasi instituta otvetstvennosti*. International Law Expert, n. 1, p. 70-72, 2008.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise (Ed.). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOPYLOV, M. N.; SOLNTSEV, A.M. “*Mezdunarodnoje Ekologicheskoe Prawo na Paroge Reform*”. Russian Journal of International Law, Moscou, v. 2, p.110-130, 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, EJIL European Journal of International Law, v. 8, n. 2, p. 215-263, 1997.

KOZEVNIKOV F.I, KRIVCHIKOV E.C. *Komissia mezdunarodnogo prava OON - funkci j dejatelnost*. Moskva : Izdatelstvo “Meždunarodnye Otnošenija, 1977.

LUKASHUK I.I.. *Mezdunarodnoe pravo*. Moscou: Izdatel'stvo “Meždunarodnye otnošenija”, 2005.

MOVCHAN, B. P. *Kodifikasia j progressivnoe razvitie mezdunarodnogo prava*. Moscow: Iuridicheskaja literatura, 1972.

MOVCHAN, A.P. *Kodifikasja j progressivnoe rasvitie mezdunarodnogo prava*. Moscou: 1989. v. 1.

SMBATJAN A.S. *Uvelitchenie chisla organow mezdunarodnogo pravosudja j jch vljanja na systemy mezdunarodnogo prava*, Relatório Russo de Direito Internacional, n. 3, v.71, p.140-150, 2008.

SOLNTSEV, A.M. *Activity of the International Law Commission on the Codification and Progressive Development of International Ecological Law*. Sudebnik, v. 11, n. 3-4, p. 605-615, sept. /dec. 2006.

SOLNTSEV, A.M. *K jubileju Komissii mezdunarodnogo prava OON*. Vklad v kodifikasju j progresivnoe razvitie mezdunarodnogo prava. Russian Yearbook of International Law, SPB, p.137-152, 2009.