

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATOS DE PARTICULARES NOS CONTENCIOSOS “OMISSÃO DO ESTADO ARGENTINO” (MERCOSUL) E “TECMED V. MÉXICO” (CIRDI)

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS PARTICULARES EN LOS CONTENCIOSOS “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO” (MERCOSUR) Y “TECMED V. MÉXICO” (CIRDI)

*Ana Cristina Paulo Pereira**

Resumo: Os casos, “Omisión del Estado Argentino”, submetido ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, e “Tecmed v. México”, objeto de arbitragem no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Diferendos sobre Investimentos (CIRDI), trouxeram à tona a questão da responsabilidade internacional do Estado em virtude de atos praticados por particulares, os quais, em última análise, levaram a uma situação de ilícito internacional, causando prejuízos a terceiros. Respeitadas as particularidades de cada um dos casos, as partes reclamantes tentaram imputar aos respectivos Estados reclamados a própria autoria dos atos, ou, ao menos, sua complacência com os mesmos, em violação de sua obrigação de diligência devida. No tocante a esse aspecto, os contenciosos em voga tiveram desfechos distintos: um pela responsabilização e o outro não. Duas questões atreladas ao tema merecem destaque: de um lado, saber em que medida um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por atos praticados por pessoas estranhas à sua estrutura organizacional e, de outro, se o Estado pode eximir-se de sua responsabilidade quando estiver agindo em atendimento ao clamor de seus jurisdicionados para proteger um interesse público legítimo.

Resumen: Los casos, “Omisión del Estado Argentino”, presentado al mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, y “Tecmed v.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). E-mail: crispereira@openlink.com.br

México”, sometido a arbitraje bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), trajo a colación el tema de la responsabilidad internacional del Estado en virtud de los actos cometidos por particulares, que en última instancia condujo a una situación de ilícito internacional y produjo daños a terceros. Respetando las particularidades de cada caso, los demandantes intentaron imputar a los Estados reclamados la autoría de los hechos, o al menos, su conformidad con los mismos, en violación de su obligación de diligencia debida. En cuanto a este aspecto, las dos disputas tienen resultados distintos: uno por la responsabilidad, el otro no. Cabe destacar dos cuestiones vinculadas al tema: por un lado, el grado en que un Estado puede ser internacionalmente responsable por los actos cometidos por personas ajenas a su estructura organizativa y, en el otro, si el Estado puede eximirse de su responsabilidad al actuar en respuesta al clamor de sus jurisdiccionales a favor de un interés público legítimo.

Palavras-chave: Responsabilidade internacional do Estado, Atos de particulares, Isenção da responsabilidade

Palabras clave: Responsabilidad internacional del Estado, Actos de los particulares, Exención de responsabilidad

1. INTRODUÇÃO

Na acepção mais clássica do instituto da responsabilidade internacional do Estado, a imputabilidade é um de seus elementos imprescindíveis, sendo regra de origem costumeira, refletida no Artigo 4 do *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* de 2001 (doravante *Draft Articles 2001*), adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2001¹. Dessa forma, para que um Estado venha a ser responsabilizado internacionalmente é necessário que a conduta ilícita, comissiva ou omissiva, seja atribuída a pessoas ou entidades que atuem no exercício do poder público ou que, de alguma forma, estejam conectadas ao Estado.

Os casos “*Omisión del Estado Argentino*” e “*Tecmed v. México*”, embora submetidos a instâncias distintas e inseridos em diferentes contextos, tem em comum, além das partes reclamadas serem países

1 O documento, embora na sua origem tenha caráter de recomendação (*guideline*), veio a ser definitivamente consagrado na prática dos Estados em suas relações recíprocas e na jurisprudência internacional, eis que, em realidade, compila regras costumeiras de direito internacional público em matéria de responsabilidade internacional do Estado. A Assembléia Geral da ONU tomou nota do documento na Resolução A/RES/56/83 de 12/12/2001 e em várias resoluções posteriores sugere aos Estados que o considerem (vide Resoluções: 59/35 de 2 de dezembro 2004; 62/61 de 06 de dezembro 2007; 65/19 de 06 de dezembro 2010; e 68/104 de 18 de dezembro 2013).

latino-americanos, o fato de versarem sobre investimentos e a questão da conduta do Estado em face de manifestações realizadas por particulares, as quais, direta ou indiretamente, acarretaram prejuízos econômicos a pessoas sob proteção de terceiros Estados.

Vale esclarecer que nos casos em voga os atos que se pretendem imputar aos respectivos Estados reclamados não são de *per si* atos ilícitos, mas sim as conseqüências deles advindas, porquanto levaram ao descumprimento de obrigação assumida internacionalmente.

No caso “*Omisión del Estado Argentino*”, submetido pelo Uruguai ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, discutiu-se a conduta do governo argentino *vis-à-vis* dos protestos constantes e de grande amplitude da população argentina contra a instalação de fábricas de celulose às margens do Rio Uruguay. Essas manifestações populares ocorreram em vias de grande tráfego e impactaram fortemente a circulação de bens e pessoas entre as duas partes no conflito, causando prejuízo a operadores econômicos de ambos os lados. Segundo o Uruguai, a Argentina teria contribuído para esse resultado na medida em que não adotou medidas eficazes para conter as referidas manifestações.

O caso “*Tecmed v. México*”, submetido a um tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)², tem como principal objeto a “expropriação indireta” pelo governo mexicano dos bens da empresa espanhola Tecmed. Dentre outras condutas ilícitas imputadas ao México pela parte reclamante, estaria a suposta leniência e incitação de autoridades públicas às manifestações populares contra o aterro de resíduos perigosos operado pela Cytrar, empresa pertencente à Tecmed. De acordo com a reclamante, essas manifestações levaram à recusa ilegítima da renovação da licença de exploração do aterro, além de afetarem significativamente a atividade desenvolvida e a reputação da empresa, causando-lhe prejuízo.

Ao revisitar os casos em voga, o presente trabalho pretende primeiramente averiguar em que medida um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, seja por atuação direta, seja por simples falta de diligência devida, pela prática de particulares quando esta conduzir à negação de uma obrigação internacional. Em segundo plano, importa verificar se a existência de um interesse público legítimo pode justificar a conduta de um Estado, eximindo-o de sua responsabilidade, apesar dos prejuízos causados a terceiros.

2. A ESSÊNCIA DOS CONFLITOS

Embora os dois casos tenham surgido em contextos diferentes,

² Também conhecido pela sigla inglesa ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*).

eles possuem algumas características comuns que permitem abordagem conjunta, notadamente no que diz respeito ao tema da responsabilidade internacional do Estado. Com efeito, ambos incidem sobre aspectos econômicos (comércio/investimentos) e questionam a conduta de Governos latino-americanos em face de atos praticados por particulares, os quais, em última análise, conduziram os respectivos Estados reclamados a uma situação de “ilícito” internacional.

Contudo, enquanto no caso “*Tecmed v. México*” a questão da responsabilidade internacional do Estado por ato de particulares é subsidiária, porquanto a principal acusação contra a reclamada é a de expropriação ilícita, alegadamente motivada pelo clamor de particulares, no caso “*Omisión del Estado Argentino*” os bloqueios pelos cidadãos das vias de comunicação entre os Estados em conflito estão no cerne mesmo da disputa por serem a causa direta da restrição ao comércio.

Dessa forma, como observar-se-á, a questão em apreço será analisada pelos respectivos órgãos judicantes sob diferentes perspectivas, o que poderia justificar os diferentes desfechos em cada um dos casos analisados.

2.1. O caso “*Omisión del Estado Argentino*” no MERCOSUL³

A reclamação proposta pelo Uruguai no âmbito do Mecanismo de Solução de Controvérsias do MERCOSUL tem como principal fundamento o Artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991, o qual estabelece a livre circulação de bens, serviços e pessoas no bloco, composto atualmente por cinco Estados Partes⁴.

Segundo a reclamante, a atitude ineficaz do Governo argentino para impedir/controlar os bloqueios de vias de comunicação entre os dois países caracterizava uma medida restritiva de comércio nos termos do Artigo 2º, alínea b, do Anexo I ao Tratado de Assunção de 1991, que assim considera “qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza mediante a qual o Estado impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco”.

Lembre-se que esses movimentos surgiram como forma de protesto contra a autorização emitida em 2005 pelo Governo uruguaio para a instalação de fábricas de celulose às margens do Rio Uruguay, limítrofe aos dois países. Os bloqueios aconteciam de forma regular, e por longo período de tempo, nas principais vias de acesso entre a Argentina e o Uruguai⁵, e tiveram como consequência a redução considerável do

3 “*Omisión del Estado Argentino en Adoptar Medidas Apropriadas para Prevenir y/o Hacer Cesar los Impedimentos a la Libre Circulación Derivados de los Cortes en Territorio Argentino de Vías de Acceso a los Puentes Internacionales Gral. Sant Martin e Gral. Artigas que Ünen la República Argentina com la República Oriental del Uruguay*”.

4 Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

5 Rodovia 136: acesso à ponte internacional General San Martin (bloqueios entre 19/12/2005

fluxo de pessoas e mercadorias entre os dois países, causando prejuízo aos operadores econômicos e transtornos aos moradores locais.

De acordo com o Uruguai, a conduta do Governo argentino devia ser interpretada como ato de complacência, leniência e até mesmo de cumplicidade, o que, como ver-se-á a seguir, não foi exatamente o caso.

A Argentina, em sua defesa, alega que essas manifestações não lhe eram imputáveis, de modo que não poderia ser responsabilizada por tratar-se de ato espontâneo da sociedade civil, e não do Estado argentino. Não obstante, o país acabou sendo responsabilizado no laudo arbitral proferido pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) do MERCOSUL, datado de 06 de setembro de 2006⁶.

2.2. O caso “TECMED v. México” no CIRDI

Com base na cláusula compromissória prevista no Tratado Bilateral de Promoção e Proteção de Investimentos, celebrado entre o México e a Espanha, em 23 de junho de 1995⁷ (doravante Tratado de Investimento de 1995), a empresa mexicana com 99% de capital espanhol, Técnica Medioambientales de Mexico (Tecmed), solicita, em 28 de julho de 2000, ao CIRDI, a instauração de um tribunal arbitral para julgar a responsabilidade do Estado mexicano pela expropriação ilícita indireta da empresa.

A origem do conflito remonta a 06 de fevereiro de 1996, quando a Tecmed obtém, mediante processo de licitação, o direito de aterrar com resíduos perigosos o terreno de *Las Viboras*, localizado no Município de Hermosillo, no Estado de Sonora, México. Concomitantemente, a Tecmed adquire o terreno, as instalações e demais instrumentos já existentes no local. Para levar a cabo essa atividade específica, a Tecmed constitui, em 16 de abril de 1996, uma nova empresa, a Cytrar, cuja autorização para operar o aterro podia ser renovada a cada ano, mediante solicitação da Tecmed submetida 30 dias antes da expiração da autorização precedente. Ocorre que, em 25 de novembro de 1998, as autoridades mexicanas recusaram renovar a licença da Cytrar que havia expirado em 19 de novembro de 1998.

A conduta das autoridades mexicanas, de acordo com a reclamante,

a 02/05/2006, com algumas interrupções) e Rodovia 135: acesso à ponte internacional General Artigas (bloqueios de 30/12/2005 a 18/04/2006, com algumas interrupções).

6 *Omisión del Estado Argentino e Adoptar Medidas Apropriadas para Prevenir y/o Hacer Cesar los Impedimentos a la Libre Circulación Derivados de los Cortes en Territorio Argentino de Vías de Acceso a los Puentes Internacionales Gral. Sant Martin e Gral. Artigas que Unen la República Argentina com la República Oriental del Uruguay*”. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/Laudo%20de%20Cortes%20de%20Ruta%20-%20ES.pdf?contentid=375&version=1&filename=Laudo%20de%20Cortes%20de%20Ruta%20-%20ES.pdf> (Acesso em 05/03/2015).

7 O Tratado entrou em vigor em 18/12/1998, tendo sido substituído por outro, assinado em 10/10/2006, em vigor desde 03/04/2008.

violava o Tratado de Investimento de 1995, por constituir expropriação indireta de seus investimentos, causando-lhe prejuízos no tocante à renda e aos benefícios decorrentes da exploração da atividade. Com efeito, embora não tivesse havido transferência de propriedades ou bens para os cofres públicos mexicanos, a recusa em renovar a licença de exploração colocava fim a uma atividade econômica regular da Tecmed (exercida através da Cytrar), que somente poderia ser exercida mediante permissão expressa das autoridades pública mexicanas.

Em laudo proferido em 29 de maio de 2003⁸, o Tribunal Arbitral reconheceu preliminarmente a jurisdição do CIRDI⁹ e acatou a tese da expropriação indireta, condenando o México ao pagamento de indenização no valor de US \$ 5.5 mi¹⁰, diga-se, muito aquém do pretendido pela autora (US \$ 52 mi). Entendeu o tribunal que a conduta mexicana de não renovar a licença contradizia seu comportamento precedente, frustrando real e legítima expectativa da Tecmed, em violação ao princípio da boa-fé¹¹. Finalmente, concluiu o tribunal que a conduta mexicana correspondia a uma expropriação de fato, tendo em vista seus efeitos e características¹².

Por outro lado, a reclamante não obteve satisfação na sua demanda acessória relacionada à suposta cumplicidade das autoridades mexicanas com as manifestações populares contra a empresa, as quais, segundo a autora, teriam sido o real motivo da expropriação e lhe teriam

8 ICSID, ARB (AF)/00/2, Award. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caselId=C186

9 O Tribunal entendeu que a Resolução mexicana que não renovou a licença de exploração do aterro, embora anterior a dezembro de 1998, poderia ser objeto de reclamação junto ao CIRDI por ter persistido no tempo após a entrada em vigor do Tratado de Investimento de 1995. De fato, após a entrada em vigor do referido Tratado, uma regulamentação adotada pelo Instituto Nacional para Resíduos Perigosos do México (INE) determinava que o terreno usado pela Tecmed seria definitivamente desativado de forma irrevogável e totalmente destruído, acabando com qualquer possibilidade de reativação do mesmo. Só então, teria ficado claro o real motivo da recusa da renovação do licenciamento.

10 Sobre esse valor incidiu juros de 6% ao ano, pagos anualmente, que começaram a ser contados a partir do dia 25/11/1998, até o pagamento efetivo pelo México de todos os valores devidos. Por sua vez, após receber todo o valor acima, a Tecmed devia transferir ao México a propriedade do aterro e todos os bens e instrumentos que aí se encontravam.

11 De acordo com o Tribunal, a conduta das autoridades mexicanas não fora coerente, clara e transparente, como manda a obrigação do tratamento justo e equitativo, de modo a não frustrar as expectativas justas que foram levadas em conta pelo investidor no momento do investimento e que servem para planejar suas ações a longo prazo. Nesse sentido, o Tribunal observou que, em momento algum, antes da Resolução do INE, a Tecmed, ou a Cytrar, foi informada de que as falhas da empresa em sua *performance* poderiam levar a não obtenção da renovação da licença; ao contrário, as autoridades mexicanas deram a entender que a Cytrar poderia operar no terreno *Las Viboras* até a realocação da atividade para novo terreno.

12 Quanto aos efeitos, observou que a medida tornara impossível a exploração da atividade, retirando-lhe qualquer valor econômico, eis que a Cytrar não teria mais nenhuma serventia e o terreno perdera valor de mercado por ter acumulado resíduos perigosos por mais de dez anos. Quanto às características, a medida era desproporcional ao interesse a ser protegido (no caso, o meio ambiente), pois resultou na destruição total do valor do investimento, sem que nenhuma compensação fosse dada à empresa.

causado prejuízos adicionais de ordem material e moral. O afastamento da responsabilidade do México nesse quesito o livrou de condenação provavelmente mais onerosa, eis que, em suas pretensões, a autora também demandara indenização pelos danos causados à reputação da empresa em decorrência de tais protestos¹³.

Embora nos dois casos em voga os respectivos tribunais tivessem que decidir sobre a responsabilidade internacional do Estado por ato de particulares, note-se que essa questão ocupou lugares diferentes em cada um deles: secundária no caso “*Tecmed v. México*”, e principal no caso “*Omisión del Estado Argentino*”. Independentemente da importância atribuída a essa questão nos respectivos casos, importa analisar quais as reais obrigações impostas pelo direito internacional nas duas situações aventadas, tendo em vista o elemento da imputabilidade ao Estado.

3. ATOS DE PARTICULARES E IMPUTABILIDADE AO ESTADO

Nos termos do Artigo 2(a) do *Draft Articles 2001*, para que um Estado possa ser responsabilizado internacionalmente é necessário que a conduta descumpridora de obrigação internacional, por ação ou omissão, lhe seja atribuída.

Conforme observa Celso Mello¹⁴, o *Draft Articles 2001* preferiu usar a expressão “atribuição”, em vez de imputabilidade, que nada mais é do que o nexa que liga o ilícito a quem é responsável por ele, sabendo-se que nem sempre o real autor do ilícito será o efetivo responsável. Segundo o autor, “a atribuição a um Estado de um ato não é uma ‘operação legal do direito internacional’, o que este o faz é imputar ao Estado as conseqüências legais de tal ato”¹⁵.

A situação mais clássica de atribuição de responsabilidade ao Estado ocorre quando a conduta comissiva ou omissiva está vinculada a órgãos públicos ou a seus agentes, pouco importando, com base no princípio da unidade do Estado, o nível federativo que ocupam (municipal, estadual ou federal) ou a esfera de poder em que atuam (legislativo, executivo ou judiciário)¹⁶, conforme Artigo 4.1 do *Draft Articles 2001*. Contudo, é necessário que o autor do ato o tenha praticado (ou deixado de) com respaldo em sua autoridade governamental/pública, i.e. o agente valeu-se das prerrogativas da função pública, utilizando-se dos meios

13 O entendimento favorável ao México nesse quesito também pode ter influenciado na decisão do tribunal de dividir entre as partes os custos do processo em valores iguais, eis que nenhuma delas teve obtido total sucesso em suas pretensões, lembrando que cada parte deveria arcar com seus próprios custos.

14 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (1º Volume), p. 506.

15 Ídem.

16 No Brasil, a responsabilidade internacional recairá sobre a União, eis que lhe compete representar o Estado nas suas relações externas, conforme Artigo 21.I da Constituição Federal de 1988.

inerentes a sua competência, para praticar o ato, ou deixar de fazê-lo, quando o deveria.

Outrossim, o Estado também poderá ser imputável ainda que a conduta violadora do direito internacional tenha sido adotada por ente não estatal. Com efeito, o *Draft Articles 2001* prevê diferentes hipóteses de imputabilidade ao Estado, as quais possuem em comum o fato de apresentarem algum tipo de conexão, direta ou indireta, entre o Estado e o ente que, estranho à estrutura organizacional do Estado, seja o real autor do ato causador do prejuízo.

De modo geral, a conectividade entre Estado e particular pode ser verificada nas seguintes situações: quando o ente tenha sido autorizado legalmente pelo Estado imputado a exercer atividades imbuídas da autoridade governamental; quando o ente é órgão público de outro Estado colocado à disposição do Estado imputado, estando aquele sob o controle deste; quando o ente tenha agido sob instrução, direção ou controle do Estado imputado; quando o ente exerça de fato atividade de autoridade governamental na ausência ou falha das autoridades oficiais do Estado imputado em face de circunstâncias que demandavam tal autoridade; quando o ato ilícito tiver sido adotado por movimento insurgente que dera origem ao surgimento do novo Estado imputado; e quando o Estado imputado tiver reconhecido como sua própria conduta ato/omissão adotado por outro ente.

Das situações acima elencadas, importa para a presente análise a prevista no Artigo 8º do *Draft Articles 2001*, ou seja, a que responsabiliza o Estado por conduta adotada por ente(s) privado(s) sob instrução, direção ou seu controle. Embora se trate de conduta adotada por pessoa ou grupo de pessoas privadas, físicas ou jurídicas, ela será atribuída ao Estado desde que fique estabelecida de forma real a relação factual entre o ente privado e a máquina estatal, conforme explica Crawford¹⁷. Contudo, a atribuição da responsabilidade do Estado vai variar conforme se trate de conduta adotada, por um lado, sob sua instrução, ou, de outro, sob sua direção ou controle, sendo essa última mais complexa.

Na primeira circunstância, quando o ente age sob instrução do Estado, a conduta internacionalmente ilícita foi diretamente “encomendada” pelo Estado no âmbito de uma missão específica, não importando se fora praticada no exercício da autoridade governamental ou não, de acordo com Crawford¹⁸. Sendo assim, o simples fato de o ente privado praticar, a mando do Estado, um ilícito internacional é suficiente para que a conduta em questão seja atribuída ao Estado; é como se o ente tivesse agido em nome do próprio Estado, muito embora não fizesse parte de sua estrutura oficial. Esse seria, por exemplo, o caso

17 CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005, p. 110.

18 Idem.

da “contratação” pelo Estado de pessoas para prática no exterior do crime de tortura, quando essas pessoas não fazem parte de suas forças armadas ou órgãos imbuídos do poder de polícia.

Na segunda circunstância, de caráter mais geral - quando o ente privado age sob direção ou controle do Estado - a conduta somente será imputada ao Estado se a mesma for parte integral da operação designada ao particular. Uma vez que o Estado transfere, direta ou indiretamente, a um ente privado, o exercício de uma atividade que lhe cabe originalmente, transfere a esse ente o exercício do poder público, mas deve assegurar-se de que a atividade será realizada de forma adequada, eficaz e dentro dos parâmetros legais¹⁹.

Por outro lado, o Estado não será responsabilizado no caso de o ato ilícito ser incidental ou estar apenas periféricamente associado à operação, escapando da direção ou do controle do Estado, ou ainda, no caso da primeira circunstância, extrapolar o que foi instruído pelo Estado, conforme Crawford²⁰. Em realidade, tudo vai depender do grau de controle que o Estado exerce sobre a conduta do particular, i.e, se era capaz, ou não, de agir para impedir a conduta ilícita. Logo, em caso de excesso/abuso ou desvirtuamento de conduta pelo particular no âmbito de sua missão/operação, o Estado poderá vir a ser responsabilizado se ficar demonstrado que tinha efetivo controle sobre as pessoas quanto ao exercício da atividade em questão.

Em algumas ocasiões, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) teve que mensurar o grau de controle exercido por um Estado sobre atos de particulares para decidir se poderia ou não responsabilizá-lo internacionalmente.

No caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicarágua*, embora a CIJ tenha condenado os EUA pelo planejamento, direção e auxílio aos “contra” (para-militares) durante o golpe de estado na Nicarágua, em clara violação do princípio da não ingerência nos assuntos domésticos, isentou o país de qualquer responsabilidade em relação às violações generalizadas do direito humanitário, por entender que os EUA não tinham efetivo controle sobre os *contra*²¹. Portanto, apesar dos subsídios e apoio massivo dados pelos EUA à revolução na

19 No Brasil, por exemplo, a Lei n.º 8.080 de 1990 autoriza a utilização de instituições privadas para complementar o dever do Estado de prover assistência médica, mediante pagamento pelo serviço prestado. Vale lembrar que a falha do governo brasileiro no seu dever de fiscalizar e controlar instituições privadas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) lhe valeu uma condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 04/07/2006, que o responsabilizara pelos maus tratos, seguidos de morte, de Damião Ximenes Lopes durante sua permanência na Clínica particular de Guararapes, Sobral, no estado do Ceará. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf (acesso em 05/06/2015).

20 CRAWFORD, James. Op. Cit., p. 113.

21 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicarágua* (1984), (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ, *Merits, Judgment of 27.06.1986, para. 113*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. (Acesso em 10.06.2015).

Nicarágua, nem todas as condutas dos “contra” foram atribuídas aos EUA, porquanto não ficara claramente demonstrado que o país tinha efetivo controle sobre todas as suas esferas de atuação.

A posição ambígua da CIJ repetiu-se duas décadas depois no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, em que analisa a conduta do então Estado da Sérvia-Montenegro em relação à prática de genocídio perpetrado contra os bósnios-herzegovinos durante o conflito armado que culminou com o desmembramento da antiga República Federativa Socialista Iugoslava. Com efeito, embora a Corte tenha condenado a República Sérvia por não ter adotado medidas para prevenir o genocídio, obrigação que lhe incumbia devido ao elevado poder de influência que exercia sobre os para-militares, entendeu que o Estado não era imputável pela prática de tal crime²². Nesse sentido, decidiu a Corte que os grupos armados em questão não eram órgãos do Estado da República Sérvia e nem agiram sob sua instrução, direção ou controle²³. Tampouco, a Corte vislumbrara qualquer cumplicidade do Estado na prática de tal ato, uma vez que não ficou demonstrado ter dado assistência ou ajuda aos grupos que efetivamente praticaram o massacre perpetrado na cidade de Srebrenica, Bósnia²⁴.

Diferentemente da jurisprudência da CIJ, a prática internacional revelou-se muito mais flexível para estabelecer a cumplicidade entre Estado e particulares na prática de um ilícito, como demonstrou o uso da força generalizada pelos Estados Unidos contra o governo do Talibã no Afeganistão, no exercício de seu direito de legítima defesa em reação aos ataques terroristas praticados em território norte-americano no dia 11 de setembro de 2001 pelo grupo *Al-Qaeda*, liderado por Osama Bin-Laden. Embora a conduta do Talibã de permitir a presença do grupo terrorista em seu território, sem exercer qualquer controle sobre suas atividades ilícitas, seja contrária a seu dever de cooperação na luta contra o terrorismo, atribuir-lhe cumplicidade nos atos terroristas de 11 de setembro não encontra fundamento no atual regime da

22 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1993) (Bosnia Herzegovina v. República Serbia and Montenegro)*, ICJ, Merits, judgment of 26.02.2007. par. 438. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. (Acesso em 08.06.2015).

23 “*The Applicant has not proved that instructions were issued by the federal authorities in Belgrade, or by any other organ of the FRY, to commit the massacres*”... “*The acts constituting genocide were not committed by persons or entities which, while not being organs of the FRY, were empowered by it to exercise elements of the governmental authority (art. 5), nor by organs placed at the Respondent’s disposal by another State (art. 6), nor by persons in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities of the Respondent (art. 9); finally, the Respondent has not acknowledged and adopted the conduct of the perpetrators of the acts of genocide as its own (art. 11)*”. *Ibid.*, p. 413-414.

24 “*It has therefore not been conclusively established that, at the crucial time, the FRY supplied aid to the perpetrators of the genocide in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide*”. (par. 423). *Ibid.*, p. 423-424.

responsabilidade internacional do Estado, eis que, preferencialmente, ocorrerá aí “simples” omissão, responsabilidade passível de “sanção” menos severa²⁵.

O fato é que, apesar de não ter ficado claramente estabelecido se o Governo Talibã estava ciente da perpetração de tais atos e dera efetivo suporte ao grupo terrorista *Al-Quaeda*, os EUA lhe infringiram, com o respaldo da comunidade internacional, a mais grave das retaliações, que culminou com a queda do Governo. Das duas uma: ou os EUA teriam extrapolado seu direito de legítima defesa, agindo contra o governo Talibã de forma desproporcional a falta cometida, ou o regime atual da responsabilidade internacional do Estado sofre de desatualização, não mais correspondendo à noção de justiça da sociedade internacional²⁶.

Ao nos reportarmos aos contenciosos ora em análise, verifica-se que, muito embora as partes reclamantes tivessem alegado que os Estados reclamados teriam contribuído para as manifestações populares que levariam aos respectivos ilícitos internacionais (expropriação, no caso *Tecmed v. México*, e restrição ao livre comércio, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”), não conseguiram demonstrar a conexão entre tais movimentos e os Estados do México e da Argentina, respectivamente.

No caso *Tecmed v. México*, a reclamante alegou que as autoridades da Municipalidade de Hermosillo, apoiadas pelas autoridades do estado de Sonora, teriam encorajado o movimento dos cidadãos contra a atividade exercida no terreno *Las Viboras*, com o intuito de retirar ou não renovar a licença de exploração e fechar o terreno. Essas manifestações geraram confronto com a comunidade local e, em algumas ocasiões, bloquearam o acesso ao terreno, paralisando temporariamente a atividade da empresa²⁷.

Em realidade, a reclamante deixava subentendido que as próprias autoridades mexicanas teriam incitado as manifestações a fim de criar uma situação que, em seguida, serviria para justificar a não renovação da licença de exploração em atendimento ao clamor social.

Contrariamente ao que sustentara a *Tecmed*, o Tribunal Arbitral considerou que a reclamante não havia apresentado prova de que as autoridades mexicanas teriam participado dos protestos e/ou

25 René Värk, em abordagem mais liberal, entende que o grau da contra-medida vai depender da boa fé do Estado, i.e. se sua conduta omissa deve-se a sua real incapacidade de lidar com a questão ou se decorre simplesmente de decisão política, violadora de sua obrigação de não permitir o uso de seu território de modo a causar prejuízo a outros Estados, notadamente para servir de base para operações terroristas. VÄRK, René. *Terrorism, State Responsibility and the Use of Armed Force: Selected Works* [online], 2011. p. 90. [acesso em 15/06/2015] Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=rene_vark>

26 René Värk propõe que, em se tratando de risco à segurança nacional, o Estado realmente ameaçado por grupos terroristas situados em território estrangeiro possa adotar medidas pontuais e proporcionais contra esse grupo quando o Estado territorial for omissivo/incapaz de prevenir o terrorismo. *Idem*, p. 92.

27 *ICSID, ARB (AF)/00/2*. Op. Cit., p. 42

encorajado, fomentado, ou apoiado as pessoas ou grupos de pessoas que conduziram a comunidade e os movimentos políticos a se manifestarem contra o aterro. Assim sendo, com base no direito internacional, concluiu o Tribunal que não havia ficado suficientemente demonstrado a imputabilidade de tais atos ao Estado mexicano²⁸.

Quanto ao caso “*Omisión del Estado Argentino*”, em momento algum cogitou-se imputar à Argentina os bloqueios das vias de comunicação, de modo que não há o que se falar de responsabilidade direta do Estado por atos de particulares. Estava em discussão, isso sim, se a conduta adotada pela reclamada para fazer face a esses atos estava à altura das obrigações assumidas no âmbito do MERCOSUL. Nesse sentido, refutando a defesa argentina de que não poderia ser responsabilizada por atos de particulares, o TAH esclareceu que não se tratava de responsabilidade por ato alheio, mas sim por ato próprio do Estado, i.e. se teria faltado com a diligência devida para prevenir ou corrigir atos de particulares que pudessem causar prejuízo a outro Estado. Esclarece o TAH que nessa situação “*no estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino frente a una responsabilidad por hecho propio*”²⁹.

Uma vez que nenhuma das circunstâncias aventadas no Artigo 8º do *Draft Articles 2001* aplicava-se aos contenciosos em análise, porquanto as manifestações populares não puderem ser atribuídas aos respectivos Estados reclamadas devido a ausência de vínculo real entre estes e os particulares que efetivamente realizaram tais manifestações, cabia decidir se o comportamento estatal em cada um dos casos caracterizaria a responsabilidade por omissão.

4. A OBRIGAÇÃO DE CONDUTA ADEQUADA EM FACE DE ATOS DE PARTICULARES

Como visto, o atual regime da responsabilidade internacional exige algum tipo de relação entre a máquina estatal e o real autor do ato ilícito para que o Estado possa ser responsabilizado internacionalmente. Portanto, excetuados os casos específicos em que o próprio Estado tenha assumido expressamente a responsabilidade por atos de particulares, não cabe imputar a um Estado a prática de atos perpetrados de forma totalmente autônoma por um particular³⁰.

Não obstante, embora o ato ilícito em si não seja atribuído ao Estado, este poderá vir a ser responsabilizado pela conduta que tiver adotado em face do mesmo sempre que tiver falhado na obrigação de

28 *Ibid.*, p. 176.

29 “*Omission del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 116.

30 A doutrina do “risco de vizinhança por atividade ultra-perigosa” seria exceção à regra, eis que propugna pela responsabilidade absoluta do Estado, ainda que o dano tenha sido causado por particular.

preveni-lo. Enquanto a responsabilidade por cumplicidade implica ação positiva do Estado (ajuda ou assistência), a falha em prevenir um ato ilícito implica responsabilidade por inação, i.e a falta de adoção de medidas capazes de impedir sua prática³¹.

Dessa forma, a fim de responsabilizar internacionalmente um Estado pelo prejuízo causado por um particular, torna-se necessário analisar se o referido Estado cumpriu sua obrigação de diligência em matéria de fiscalização e controle, conforme esclarece Scovazzi³².

Jaye Ellis enfatiza que o Estado não é, via de regra, responsável pelos atos praticados pelos particulares, esclarecendo que:

While...in a few exceptional cases, the state may be held responsible at once for the act of an individual, it is usually necessary to show an illegality on the part of the State. The State cannot be regarded as an absolute guarantor of the proper conduct of all persons within its bounds. Before its responsibility may be engage, it is necessary to show an illegality of its own; and this involves simply the question of what duties are laid upon the state with regard to individuals within its boundaries by positive international law³³.

A obrigação internacional de conferir proteção especial a certos bens/pessoas implica, de modo geral, na adoção de legislação que proíba o ato em questão, no controle eficaz e abrangente e, por fim, na existência de meios administrativos/judiciais que permitam responsabilizar civil e/ou penalmente o infrator.

À guisa de exemplo, pode-se dizer que, com base na obrigação prevista no Parágrafo 2 do Artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961³⁴, um Estado não será responsável pela ocupação de uma embaixada estrangeira por ativistas locais, mas sim

31 De forma um tanto quanto deturpada, essa abordagem poderia justificar a condenação do Canadá no polêmico caso *Trail Smelter*, julgado em 1941 por um Tribunal Arbitral *ad hoc*. Com efeito, embora não se tenha podido determinar a violação do direito internacional pelo Canadá, o Tribunal o condenou ao pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados às plantações de agricultores norte-americanos em decorrência da poluição atmosférica gerada pela fundição de ferro privada situada em território canadense. Porém, de acordo com Hanquin Xue, a decisão do Canadá de arcar com essa responsabilidade foi sobretudo política, eis que raramente os Estados interpretam essa responsabilidade como derivada do direito internacional (HANQUIN, Xue, *Transboundary Damages in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 75).

32 SCOVAZZI, Tullio. "Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection". Em: Maurizio Ragazzi (edi). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 216.

33 ELLIS, Jaye. *Has International Law Outgrown Trail Smelter?* Em: BRATSPIES, Rebecca and MILLER, Russel (eds). *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 60.

34 Vide entendimento da CIJ no caso *United States Diplomatic and consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, ICJ Merits, *Judgement of 24 may 1980*, par. 61.

por ter falhado em adotar todas as medidas necessárias para proteger a embaixada da ocupação ou retomar o controle sobre a mesma. Da mesma forma, no tocante à poluição do meio marinho, um Estado não será imputável, por exemplo, pelo derramamento de óleo no mar territorial de outro Estado por um navio que arvore sua bandeira, porém poderá ser responsabilizado internacionalmente se não tiver exercido de forma adequada sua obrigação de adotar medidas preventivas, conforme se depreende de diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, notadamente dos Artigos 194.2, 207, 208, 212, 222.

Note-se, contudo, que a responsabilidade internacional do Estado por falha na sua obrigação de diligência devida implica normalmente a que o particular esteja de alguma forma sob jurisdição do Estado responsabilizado, seja pelo critério da territorialidade, seja pelo critério da nacionalidade. No entanto, mais recentemente, no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, a CIJ baseou-se no critério do “elevado poder de influência sobre os perpetradores do genocídio” para responsabilizar a Sérvia por não ter adotado medidas preventivas do genocídio dos bósnios-herzegovinos³⁵.

Por outro lado, no tocante especialmente à responsabilidade de prevenir, trata-se de obrigação de meio (de conduta), não de resultado, avaliada conforme parâmetro da diligência devida. O dever de prevenção consiste, portanto, em adotar todas as providências razoavelmente disponíveis para evitar, tanto quanto possível, a ocorrência do ilícito ou, ao menos, mitigar seus efeitos danosos. O que definitivamente não é aceitável é o Estado mostrar-se mero expectador diante de um ilícito, atual ou iminente, praticado por particular.

Se o Estado agiu conforme dele se esperava, empregando todos os meios disponíveis e eficazes para prevenir, amenizar os efeitos ou, em última análise, permitir a reparação devida ao ente lesado, terá cumprido com sua obrigação, ficando isento de responsabilidade. Deve-se, portanto, investigar se o Estado empregou todos os meios possíveis e razoáveis para atingir o resultado ou, ao contrário, se assumiu atitude leniente *vis-à-vis* do comportamento de particulares, permitindo a prática danosa ou adotando medidas meramente superficiais.

Em qualquer caso, a obrigação de conduta caracteriza a responsabilidade por omissão e não por cumplicidade, que deriva de ato comissivo, como visto anteriormente. Trata-se, portanto, de falha no cumprimento de uma obrigação estatal e não propriamente da prática de um delito.

Nos casos ora em voga, a análise da conduta adequada adotada

³⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1993) (Bosnia Herzegovina v. República Serbia and Montenegro)*. Op. Cit., p. 438.

pelos respectivos Estados reclamados para fazer face aos movimentos de pessoas privadas levou a conclusões diferentes: enquanto o México teria agido de acordo com suas obrigações internacionais, ficando isento de responsabilidade no tocante aos alegados danos causados à empresa em decorrência das manifestações populares, a Argentina fora considerada omissa e, por conseguinte, responsabilizada por ter falhado na sua obrigação, como ver-se-á adiante.

No caso *Tecmed v. México*, a reclamante sustentou que o México tinha violado a obrigação prevista no Artigo 3.1 do Tratado de Investimentos de 1995, o qual estabelece que o Estado deve proteger os investimentos realizados em seu território³⁶. De acordo com a reclamante, as autoridades mexicanas, incluindo a polícia e as autoridades judiciais, não teriam agido tão rapidamente, eficientemente e exaustivamente como deveriam para prevenir ou colocar fim às manifestações sociais adversas que causaram perturbações nas operações realizadas no terreno e no acesso ao mesmo, bem como transtornos ao pessoal da segurança e à liberdade de locomoção dos funcionários da Cytrar.

Em sua defesa, o México alegou que o município, o estado e as autoridades federais, bem como as forças de segurança e tribunais acionados pela Cytrar, agiram de forma diligente e de maneira consistente com suas obrigações previstas no Tratado de Investimentos de 1995. Nesse sentido, o México sustenta ter oferecido a devida segurança à Cytrar, a seu pessoal e aos investimentos da reclamante face às diferentes formas de pressão exercidas por grupos e indivíduos contrários às atividades realizadas no terreno, além de ter procurado encontrar soluções para os problemas relativos a tais pressões sociais³⁷.

O Tribunal Arbitral, acatando a defesa mexicana, reconheceu que a garantia plena de proteção e segurança não é absoluta e tampouco impõe uma responsabilidade objetiva ao Estado. Ademais, observou que não havia provas suficientes para sustentar a alegação da reclamante de que o as autoridades mexicanas, sejam municipais, estaduais ou federais, não teriam agido de forma razoável, de acordo com os parâmetros inerentes a um Estado democrático, em relação aos movimentos realizados pelas pessoas contrárias ao aterro *Las Víboras*³⁸.

Tendo em vista a improcedência do pedido da reclamante nesse quesito, não lhe coube nenhuma compensação por danos morais, como pleiteado, entendendo o Tribunal Arbitral que não havia provas de que as alegadas ações imputáveis à reclamada teriam causado perda de negócios

36 "Article 3(1): Each Contracting Party shall accord full protection and security to the investments made by the other Contracting Party's investors, in accordance with international law and shall not, through legally groundless actions or discriminatory measures, hinder the management, maintenance, development, usage, enjoyment, expansion, sale, or, where applicable, disposition of such investments."

37 ICSID, ARB (AF)/00/2, Award. Op. Cit., p. 50.

38 *Ibid.*, p. 177.

à reclamante e tampouco de que teria fomentado a cobertura negativa da imprensa supostamente atentatória contra a reputação da empresa³⁹. Por outro lado, haja vista que nem todas as reclamações da reclamante forma confirmadas, cada parte teve que suportar suas próprias custas, despesas e honorários advocatícios, cabendo-lhes dividir igualmente os custos do Tribunal Arbitral⁴⁰.

De forma bem diferente entendeu o Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) do MERCOSUL em relação à reclamação feita pelo Uruguai no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, ao determinar que a Argentina teria descumprido sua obrigação de garantir o livre comércio no bloco, prejudicado pelas manifestações populares.

Certamente, alguns aspectos da defesa argentina não poderiam ter prosperado, como, por exemplo, o que tenta eximir sua responsabilidade sob a alegação de que não podia interferir em áreas de competência “provinciais” a menos que houvesse alteração do sistema político democrático na Província de Entre Ríos⁴¹. Com efeito, o atual regime de responsabilidade internacional do Estado pauta-se no princípio da unidade do Estado, de modo que pouco importa sua divisão interna de poder: quando um Estado assume uma obrigação internacional deve garantir seu cumprimento por todos os seus entes (municipais, estaduais e federais) e em todas as esferas de poder (executivo, legislativo e judiciário). Conforme Crawford⁴², tampouco importa se a unidade da federação possui autonomia para legislar sobre o assunto ou se a Constituição do Estado nega ao Governo central o direito de controlar as entidades federadas ou o direito de exigir delas o cumprimento do direito internacional⁴³.

Menos evidente fora a decisão do TAH de refutar a defesa argentina de que teria agido da maneira mais eficaz possível para minimizar os efeitos das manifestações. Nesse sentido, a reclamada demonstrou que, no intuito de garantir o fluxo normal de comércio entre os dois países, aumentara o número de funcionários nos postos de serviço de aduana e migração localizados nas fronteiras das vias alternativas de comunicação, as quais restavam opções válidas para assegurar o trânsito na região⁴⁴.

Por outro lado, argumentou a reclamada que, por tratar-se de

39 *Ibid.*, p. 198.

40 *Ibid.*, p. 200.

41 “*Omisión del Estado Argentino*”. *Op. Cit.*, p. 55.

42 Crawford, James. *Op. Cit.*, p. 97.

43 Os EUA foram recorrentemente responsabilizados pela CIJ por não terem garantido a aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 por seus estados, possuidores de autonomia penal, restando-lhes, ao final, a única alternativa de denunciá-la após a última condenação, em 31 de março de 2004, no caso *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ, 2003, *Merits, judgement of 31 March 2004*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf> (Acesso em 17/03/2015).

44 “*Omisión del Estado Argentino*”. *Op. Cit.*, p. 94.

manifestações populares pacíficas, não teria sido proporcional usar a força para dissuadir os cidadãos que simplesmente exerciam seu direito fundamental de liberdade de expressão, de modo que não cabia comparar seu comportamento nesse caso com àquele adotado em situações anteriores que envolveram ações violentas dos manifestantes⁴⁵. Ademais, sustentou que, ir mais além do que tentar dissuadir os protestos e minimizar seus efeitos, implicaria usar a força, o que, por sua vez, poderia criar reações difíceis de controlar e provocar graves alterações na ordem pública⁴⁶. A defesa argentina, contudo, foi refutada pelo TAH, que entendeu não haver provas que sustentassem suas alegações⁴⁷.

A questão que passaria então a ser investigada era se a Argentina teria agido dentro dos limites impostos pelos padrões aceitáveis de um Estado democrático de direito, como sustenta em sua defesa, ou teria sido demasiadamente complacente e leniente com as manifestações. Cabia, portanto, à Argentina demonstrar que ao agir de maneira supostamente “comedida” estaria agindo conforme seu direito público interno e, principalmente, com sua obrigação internacional de proteger direitos humanos fundamentais, como o direito de reunião pacífica, corolário do direito de liberdade de expressão.

Em realidade, em ambos os casos em análise, importava saber se as manifestações populares, que tem como motivação originária a proteção do meio ambiente, supostamente ameaçado pelos investimentos realizados respectivamente às margens do Rio Uruguay e no México, teriam propiciado o surgimento de um “estado de necessidade” capaz de eximir os Estados reclamados de suas obrigações internacionais.

5. PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO LEGÍTIMO E INTERESSE ECONÔMICO

O atual regime da responsabilidade internacional do Estado pressupõe que certos valores assumem posição hierárquica superior, de modo a eximir o Estado de responsabilidade quando tiver agido, em violação a uma obrigação internacional, para salvaguardar interesse essencial do Estado (ou da comunidade internacional) que se encontre em perigo atual ou iminente.

Contudo, conforme se depreende dos parágrafos 1 e 2 do Artigo 25 do *Draft Article 2001*, o “estado de necessidade” (*état de nécessité*) deve ser interpretado de maneira estrita, bem como ater-se a certas condições, para que não dê ensejo à utilização abusiva ou de má fé⁴⁸.

45 *Ibíd.*, p. 59

46 *Ibíd.*, p. 124.

47 *Ibíd.*, p. 129.

48 No caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*, a CIJ referindo-se, a pedido das partes, às condições estabelecidas no Artigo 33 do *Draft Articles* em sua primeira leitura (1996), determinou que os perigos ao meio ambiente invocados pela Hungria, sem ter avaliado suas possíveis “gravidades”,

Em primeiro lugar, o valor a ser protegido deve ser legítimo e realmente essencial, ocupando posição hierárquica superior àquele imbuído na obrigação internacional, que seria de menor importância e menos urgente. Embora Crawford⁴⁹ afirme que a qualificação de “valor essencial” dependa de todas as circunstâncias do caso concreto, é comum inserir nessa categoria a proteção do meio ambiente, da saúde e vida das pessoas e de outros direitos fundamentais⁵⁰. Em realidade, afora as situações expressamente estabelecidas, deve-se fazer uma ponderação entre os diferentes valores envolvidos, prevalecendo aquele que for mais importante e essencial para o Estado, desde que a medida em causa não prejudique interesse igualmente essencial e de igual importância de outro Estado.

Por outro lado, a conduta assumida pelo Estado deve ser o único meio capaz de salvaguardar o interesse essencial legítimo, não podendo extrapolar o estritamente necessário para alcançar o fim pretendido. Ao exigir do Estado obediência ao critério da proporcionalidade, buscase limitar os efeitos de sua conduta no cumprimento da obrigação internacional.

Por conseguinte, cumpre verificar em que medida o estado de necessidade poderia servir para justificar o descumprimento da obrigação internacional assumida pelos Estados reclamados em cada um dos casos, i. e. se tais Estados, ao atenderem ao clamor das manifestações populares ou ao permitir que a sociedade civil se expressasse livremente a favor de uma causa legítima, estariam isentos de responsabilidade internacional por terem agido imbuídos da obrigação de garantir a preservação de um bem superior àquele afetado.

Embora em ambos os casos os movimentos sociais tenham tido com motivação a proteção do meio ambiente, o que indubitavelmente representa um interesse essencial de todos os Estados⁵¹, há que se distinguir a real importância do tema no âmbito de cada um deles: enquanto no caso *Tecmed v. México* discutia-se a existência, ou não, de interesse público legítimo na Resolução do INE que negara a

não ficaram suficientemente estabelecidos, nem eram “iminentes” para justificar o abandono das obras previstas no Tratado celebrado em 1977 com a então Checoslováquia. Contudo, a Corte esclareceu que a incerteza quanto ao futuro não necessariamente desqualifica o Estado a invocar o estado de necessidade, desde que o perigo fique claramente estabelecido com base em provas razoáveis disponíveis no momento em que é invocado (*The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, 1993, (Hungary/Slovakia), CIJ, *Merits, Judgment of 25 September 1997*, par. 57). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (Acesso em 10/06/2015).

49 CRAWFORD, James. Op. Cit., p. 183.

50 Nesse sentido, o Artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) permite a adoção de medidas restritivas de comércio para a proteção dos valores enumerados nas subsequentes alíneas, desde que respeitadas as condições estabelecidas em seu *caput*.

51 Nesse sentido, no caso *The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, a CIJ retoma os Comentários da Comissão de Direito Internacional ao *Draft Articles* aprovado em primeira leitura (1996), expressando que “*It’s primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States*”. Op. Cit., p. 53.

renovação da licença de exploração do aterro de resíduos perigosos de *Las Víboras*, no caso “*Omisión del Estado Argentino*” indagava-se sobre a legitimidade da conduta das autoridades argentinas com fulcro no direito fundamental da liberdade de expressão.

Como dito anteriormente, no caso “*Tecmed v. México*” a conduta do reclamado em face das manifestações da sociedade civil foi considerada adequada ao que se espera de um Estado democrático na proteção do direito de expressão. Por conseguinte, o que realmente se questionava era se a pressão popular em favor do meio ambiente poderia servir de justificativa legítima para negar à Cytrar a renovação de sua licença de exploração do aterro *Las Víboras*.

Vale lembrar que a questão do interesse público ou do estado de necessidade foi trazida ao caso *Tecmed v. México* para determinar se a medida que negara a renovação da licença de exploração à Cytrar era um ato de expropriação, passível de indenização, muito embora não tenha havido transferência de propriedade como *sole* acontecer. No entender do Tribunal Arbitral, a questão central residia em saber se tal medida era proporcional à proteção do interesse público, tendo em vista seus efeitos econômicos negativos sobre o investimento realizado pela empresa⁵².

Em sua defesa, o México alegou que a atitude negativa da comunidade em torno da atividade realizada no terreno devido a sua localização próxima ao centro urbano, bem como a alta crítica sobre o modo como a Cytrar realizava o transporte e confinamento do lixo tóxico perigoso procedente da antiga usina de reciclagem e recuperação de chumbo, a Alco Pacífico de México S.A. de C.V., localizada em Tijuana, Baja Califórnia, reforçavam a necessidade de garantir o estrito respeito das condições de operação previstas na licença acordada à Cytrar em 19 de novembro de 1997⁵³.

A Tecmed, por sua vez, sustentou que a não renovação da licença de exploração do aterro *Las Víboras* deveu-se a motivos estritamente políticos, e não ambientais, relacionados essencialmente a mudanças na administração da Municipalidade de Hermosillo e de outros municípios do estado de Sonora, decorrentes das eleições de novos prefeitos nas eleições mexicanas de julho 1997⁵⁴. De acordo com a reclamante, o INE, órgão federal que negara a renovação da licença, não teria conseguido resistir às pressões conjuntas exercidas pelo município de Hermosillo, do estado de Sonora e da própria população local⁵⁵. A reclamante sublinhou, ainda, que na qualidade de investidor estrangeiro, encontrava-se em posição de inferioridade, eis que impossibilitada de exercer direitos

52 *ICSID, ARB (AF)/00/2, Award, Op. Cit.*, p. 122.

53 *Ibid.*, p. 49.

54 *Ibid.*, p. 42.

55 *Ibid.*, p. 43.

políticos, apenas reservados aos nacionais, como, por exemplo, de votar nas eleições locais, em ocorrência nas autoridades às quais compete a adoção de medidas relacionadas aos investimentos⁵⁶.

Segundo a reclamante, a conduta mexicana era arbitrária e violava o direito internacional, especificamente o Tratado de Investimentos de 1995, eis que alterava as condições da concessão ou venda do terreno ou dos ativos a ela relativos, bem como afetava negativamente o investimento realizado. Com efeito, expôs a reclamante que a medida contrariava o próprio direito mexicano, eis que não havia justificativa válida para recusar a renovação da licença de exploração da Cytrar. A reclamante lembra que as faltas cometidas pela empresa durante a operação de aterro (e.g. falta de segurança na eliminação de resíduos perigosos) foram devidamente investigadas pela Procuradoria Federal de Proteção do Meio Ambiente, tendo sido qualificadas como leves, porquanto lhe valeram apenas o pagamento de multa de baixo valor. Caso contrário, argumenta a reclamante, o órgão federal mexicano lhe teria aplicado sanções mais severas, como, por exemplo, a revogação da licença de operação da Cytrar⁵⁷.

Por outro lado, a Tecmed contesta a alegação da demandada de que a não renovação deveu-se ao fato de não ter ainda realocado, naquele momento, sua atividade para outro terreno, às suas próprias expensas, como se comprometera expressamente em acordo celebrado em julho de 1998 com autoridades mexicanas. De acordo com a Tecmed, a obrigação então assumida estaria condicionada à futura renovação da licença de exploração⁵⁸.

No entender da reclamante, a conduta mexicana de recusar a licença de exploração do terreno *Las Víboras* violava sua obrigação de não frustrar expectativa legítima do investidor. Nesse sentido, alega que, embora tivesse ciência de que sua licença de exploração não era infinita, e devia ser renovada a cada ano, tinha expectativa de um investimento de longo prazo, pautado na amortização dos valores investidos e no retorno estimado pela exploração do terreno durante todo o seu tempo útil de vida⁵⁹. A seu favor, a reclamante refere-se à Declaração sobre Impacto Ambiental de 1994, a qual projetava para dez anos o tempo útil do aterro⁶⁰, documento que serviu de fundamento para a emissão da primeira autorização para operar o aterro, datada de maio de 1994, bem como das permissões subsequentes acordadas pelo INE. Em realidade, a reclamante tentava demonstrar que a conduta mexicana violava o princípio da “vedação do comportamento contraditório” (*venire contra actum proprium*), embora não tenha se referido expressamente a ele.

56 *Ibíd.*, p. 122.

57 *Ibíd.*, p. 43.

58 *Ibíd.*, p. 44.

59 *Ibíd.*, p. 149.

60 *Ibíd.*, p. 150.

De modo geral, o México argumentou que a decisão de renovar ou negar a permissão de operar uma atividade releva do poder discricionário das autoridades mexicanas (no caso, o INE), matéria que, segundo a reclamada, é regida pelo direito interno e não pelo direito internacional. A decisão não foi nem arbitrária, nem discriminatória, mas sim uma medida regulatória, que constitui expressão ordinária do exercício do poder político do Estado em um setor amplamente regulado e extremamente sensível da proteção ambiental e da proteção da saúde. Logo, a Resolução do INE é uma ação legítima do Estado e não uma expropriação contrária ao direito internacional.

Contrariamente às alegações da reclamada, o Tribunal Arbitral consagra a regra de que o direito internacional possui primazia sobre o direito interno, conforme preceitua o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Em complemento, o Tribunal afirma que um ato é internacionalmente ilícito quando contraria obrigação assumida internacionalmente (em ocorrência o Tratado de Investimento de 1995), pouco importando o que diz seu direito interno e que esse seja benéfico para a sociedade como um todo – como a proteção do meio ambiente –, particularmente se o impacto econômico da ação estatal sobre a situação financeira do investidor tiver sido suficiente para neutralizar o valor total ou o uso econômico ou comercial de seus investimentos sem que receba qualquer tipo de compensação⁶¹. Em suma, tudo dependia da proporcionalidade entre a medida de proteção do interesse público e seu impacto efetivo sobre o investimento.

Para reforçar seu posicionamento, o Tribunal Arbitral reportou-se à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁶², retomando o entendimento de que a condição de equilíbrio não estará preenchida se a pessoa afetada tiver que suportar um prejuízo individual e excessivo, sabendo-se que, no entender do Tribunal, os não nacionais são mais vulneráveis à legislação doméstica do que os nacionais, eis que não participam das eleições políticas e nem são consultados antes da adoção de medidas legais ou administrativas⁶³.

Tendo essas considerações em mente, o Tribunal Arbitral entendeu que a Resolução que negara a renovação da licença de exploração não mencionava eventual conduta “indevida ou inapropriada” da empresa durante sua operação, mas simplesmente a necessidade de fechar o terreno *Las Víboras* devido a sua proximidade ao centro urbano da Municipalidade de Hermosillo e o conseqüente efeito sobre o meio ambiente e a saúde dos moradores locais.

Embora o México tenha alegado que as razões que o levaram a essa atitude extrema tenham sido, de um lado, a proteção do meio

61 *Ibid.*, p. 121.

62 Caso *James and Others*, *Judgement of February 21*, 1986, 50, p. 19-20 e p. 63.

63 *ICSID, ARB (AF)/00/2, Award*. Op. Cit., p. 122.

ambiente e da saúde pública, e, de outro, a necessidade de dar uma resposta às pressões da comunidade contra a localização do aterro e às infrações cometidas pela Cytrar, consideradas por alguns como danosas ao meio ambiente e à saúde pública e geradoras de mal estar social em Hermosillo, o Tribunal Arbitral não vislumbrara na Resolução do INE nenhuma razão de interesse público, uso público ou necessidade pública que a legitimasse⁶⁴.

Com efeito, embora o Tribunal Arbitral tenha verificado que a Resolução em causa continha referência genérica às infrações cometidas pela Cytrar e um breve comentário sobre o compromisso assumido pela empresa de realocar sua atividade para outro terreno, conclui que o que estava em causa era basicamente a localização do terreno, de modo que teria bastado condicionar a licença de exploração à realocação da atividade de aterro de resíduos perigosos para outra localidade. Segundo o Tribunal, não é proporcional uma medida que, sem prever qualquer tipo de compensação, despoja totalmente a empresa de seu investimento, neutralizando seu valor econômico/comercial e o retorno esperado, em frustração de suas expectativas legítimas de lucro⁶⁵.

Certamente, há que se reconhecer que a decisão mexicana de não renovar a licença de exploração da Cytrar foi fortemente influenciada pelos movimentos sociais que demandavam o fechamento do aterro *Las Viboras* e não podia ter sido prevista pela Cytrar tendo em vista o comportamento, um tanto ambíguo, das autoridades públicas competentes. Contudo, não ficou claro se a não renovação da licença de exploração do aterro foi considerada expropriação, passível de indenização, pelos efeitos que causara (desprover totalmente o investimento de qualquer valor econômico/comercial) ou pela ausência de interesse público legítimo (em vez de proteger o meio ambiente almejava em realidade dar satisfação aos cidadãos locais tendo em vista interesses políticos).

Em realidade, a questão que se coloca é a de saber se o Tribunal Arbitral teria eximido o México de qualquer responsabilidade, livrando-o do pagamento da indenização, se a recusa em renovar a licença de exploração tivesse sido claramente motivada pelo comportamento indevido da Cytrar na operação do aterro na medida em que estaria colocando em risco, atual ou iminente, o equilíbrio ecológico ou a saúde das pessoas. A resposta mais provável é de que, ainda assim, haveria condenação, tendo em vista a qualificação do ato mexicano como uma “expropriação”.

De fato, o que realmente importou para a condenação do México foi a ausência de compensação à Tecmed pelos efeitos econômicos causados pela Resolução do INE. A questão do interesse público legítimo

64 *Ibíd.*, p. 125.

65 *Ibíd.*, p. 140 e 145

veio à tona simplesmente para reforçar a ideia de que sua conduta fora arbitrária e imprevisível, cujos efeitos caracterizavam uma expropriação indireta conforme deduz-se da expressão “medidas com características ou efeitos similares” prevista no Artigo 5 do Tratado de Investimentos de 1995.

A posição do Tribunal Arbitral no caso *‘Tecmed v. México’* parece ter acolhido a teoria do resultado ilícito, eis que, em princípio, não havia antijuridicidade na Resolução do INE que negara a renovação da licença, porquanto a necessidade de renovação anual estava expressamente prevista na precedente licença auferida à Cytrar. Porém, para chegar ao “resultado ilícito” o Tribunal Arbitral teve que caracterizar a medida como ato de expropriação, ao qual corresponde o dever de indenizar pelo Estado, ainda que haja interesse público legítimo⁶⁶.

Contudo, de acordo com Fernando Almeida, é preciso distinguir o que se considera um simples resultado indesejado de um resultado ilícito de uma medida limitadora do direito de propriedade com base no interesse público, sendo que no primeiro caso o dever do Estado de indenizar só existe se estiver previsto em lei⁶⁷. O autor esclarece que, via de regra, o sacrifício de direitos decorrente de norma de caráter geral (e.g. restrições ambientais ou urbanísticas e servidão instituída por força de lei) não é indenizável; diferentemente do sacrifício imposto em caráter específico (e.g. expropriação)⁶⁸. Com esse entendimento, o autor pretende evitar exageros nas condenações do Estado a indenizar, o que, em suas palavras, “sobrevvalorizam o sentido individual da propriedade em detrimento de sua função social”⁶⁹.

Diferentemente do caso *“Tecmed v. México”*, a questão do interesse público legítimo teve lugar de destaque na defesa da Argentina no caso *“Omisión del Estado Argentino”*, com a ressalva de que o bem ao qual o Estado reclamado alegava proteção não era o meio ambiente, muito embora a causa ambiental pudesse ter conferido legitimidade

66 Conforme Lori F. DAMROSCH (e outros) do ponto de vista de um tribunal arbitral o fato de a empresa perder seu valor ou uso econômico é crucial para distinguir uma medida regulatória, que é a expressão ordinária do exercício do poder de polícia do Estado que acarreta diminuição de seus direitos e ativos, de uma expropriação *de facto*, que priva esses direitos e ativos de qualquer substância real. Em, DAMROSCH, Lori Fisler; HENKIN, Louis; MURPHY, Sean D.; SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. Chapter 14. 5th ed. St. Paul, USA: Thomson Reuters, 2009. p. 1073

67 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Lícitos: Ensaio em homenagem a Guido Soares”. Em: CASELLA, Paulo Borba (*et al.*) (ed), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

68 *Ibid.*, p. 21.

69 *Ibid.* p. 22. Para reforçar sua posição, o autor transcreve o entendimento moderado de Charles DEBBASH de que: “*Il ne faut toutefois pas être un partisan inconditionnel de la responsabilité sans faute. Elle ne peut être légitime que si elle est cantonnée dans des hypothèses judicieusement choisies. Et cela non seulement en raison de ce qu’est le sentiment le plus élémentaire de la justice, mais aussi (c’est tou aussi important) pour éviter que ne s’accrédite l’idée que (...) on peut se croire tout permis, dès lors qu’on est en mesure de payer*” (p. 23).

às manifestações populares. Com efeito, a discussão no referido caso versava sobre a ponderação entre as obrigações do Estado de garantir, de um lado, o direito fundamental de liberdade de expressão e, de outro, a livre circulação no MERCOSUL.

De acordo com a Argentina, as normas internacionais em matéria de direitos humanos possuem em sua ordem jurídica valor constitucional, ao passo que as normas de integração possuem apenas valor infraconstitucional⁷⁰. Segundo a reclamada, uma repressão mais vigorosa das manifestações populares levaria à violação de disposições do direito público argentino⁷¹. Para a Argentina as manifestações populares realizadas de forma intermitentes em suas vias públicas constituíam uma “amostra da livre expressão cidadã”, que é um “direito humano fundamental reconhecido em todos os ordenamentos constitucionais e em tratados internacionais sobre direitos humanos”⁷².

Curioso notar que ambas as partes no caso “*Omisión del Estado Argentino*” recorreram à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu (TJE) para sustentar teses opostas no que tange à hierarquia que ocupa o princípio da livre circulação em uma área de integração econômica face ao direito fundamental de expressão e reunião pacífica. O Uruguai, defensor da primazia do princípio, referiu-se à decisão proferida no caso *Comissão v. França*⁷³, na qual o TJE responsabilizou a França por não ter adotado medidas capazes de evitar as ações dos agricultores franceses que, em última análise, afetaram a livre circulação de mercadorias no bloco. Por sua vez, a Argentina, propugnando pela primazia do direito de expressão e reunião pacífica, baseou-se na decisão prolatada no caso *Schmidberg*⁷⁴, na qual o TJE não vislumbrara qualquer falta da Áustria em face das manifestações de ambientalistas, embora tivessem restringido a circulação de bens na região.

De acordo com Lixinski⁷⁵, as diferentes posições do TJE nos dois casos em que se opunham, de um lado, uma liberdade econômica e, de outro, uma liberdade fundamental, explicam-se, em parte, pelas distintas motivações que levaram às manifestações populares, sendo a legitimidade elemento essencial para determinar se uma restrição à livre circulação pode ser justificada.

70 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 44.

71 *Ibid.*, p. 53.

72 *Ibid.*, p. 72

73 Caso C-265/95, (Contencioso), “*Comissão v. França*”, julgado em 09/12/1997.

74 Caso C-112/00 (Reenvio Prejudicial), “*Schmidberger*”, Julgado em 12/06/2003.

75 LIXINSKI, Lucas. “Limitando la Libertad de Asamblea con Base em Daños a Terceros: el balance de libertades económicas y derechos fundamentales en la Unión Europea y en el Mercosur” [online]. *Revista de Derecho Privado e Comunitario*. 2008, n° 811, p. 811-831 [acesso em 25/06/2015]. Disponível em: <http://www.academia.edu/8291853/Limitando_la_libertad_de_asamblea_con_base_en_da%C3%B1os_a_terceros_El_balance_de_libertades_econ%C3%B3micas_y_derechos_fundamentales_en_la_Uni%C3%B3n_Europea_y_en_el_Mercosur._2008_3_Revista_de_Derecho_Privado_y_Comunitario_811_2008>

No caso *Comissão v. França*, os protestos foram a forma encontrada pelos agricultores franceses para demonstrar seu descontentamento com a concorrência alegadamente “desleal” de produtos originários de outros Estados Membros da União Europeia, materializando-se em ações consideradas “criminosas”, tais como: a destruição de bens e meios de transportes, ameaças aos comerciantes que vendiam produtos agrícolas estrangeiros, estragos aos produtos agrícolas estrangeiros expostos nas lojas e violência física contra os condutores que transportavam produtos estrangeiros⁷⁶.

A seu turno, no caso *Schmidberg*, que versava sobre os bloqueios do tráfego na auto-estrada de Brennen, na qual circula praticamente todo o tráfego do norte ao sul da Europa, realizados por ativistas ecológicos a fim de chamar a atenção para a alta poluição da área, o TJE entendeu, com base em dois aspectos, que a conduta da Áustria estava conforme suas obrigações: primeiramente porque a interferência na livre circulação de bens estava justificada pelo caráter legítimo do objetivo visado pelas manifestações; em segundo lugar porque a Áustria, no exercício de sua margem de discricção, teria usado os meios apropriados para garantir o direito de expressão e minimizar seus efeitos na livre circulação de bens⁷⁷, lembrando que as manifestações foram autorizadas pelas autoridades públicas, divulgadas previamente e uma rota alternativa fora habilitada⁷⁸.

O TAH, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, diferentemente da orientação seguida pelo TJE, parece não ter dado muita relevância à motivação dos manifestantes, embora as tivesse considerado como legítimas. Por outro lado, entendeu não ser cabível, a título de referência jurisprudencial, qualquer comparação com o caso *Schmidberg* para sustentar a tese argentina de que o direito à livre expressão de pensamento possuía primazia sobre o direito à livre circulação⁷⁹. Com efeito, o TAH explicou que, no referido caso, a interrupção do tráfego fora apenas de 28 horas, e não de três meses como no caso *sub judice*, se produzira em uma única oportunidade e fora anunciado e autorizado pela autoridade competente com hora de início e fim⁸⁰.

Por outro lado, o TAH também refutara a defesa argentina da legalidade de sua conduta à luz de seu direito interno, por ser contrária ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1961, já visto anteriormente. Dessa forma, entendeu o TAH que a Argentina não podia invocar normas de seu direito interno, inclusive as normas constitucionais, para justificar o descumprimento de seus compromissos

76 Caso C-265/95. Op. Cit., p. 5 e 3, respectivamente.

77 Caso C-112/00. Op. Cit., p. 93.

78 *Ibid.*, p. 17.

79 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 51.

80 *Ibid.*, p. 153.

internacionais⁸¹.

Restava saber se com base nos tratados de direitos humanos a Argentina encontraria respaldo para justificar sua conduta “moderada” para fazer face aos bloqueios das vias de comunicação entre os dois países em conflito.

Em que pese ter reconhecido o direito de expressão como um direito fundamental, o TAH recorreu ao critério da proporcionalidade para verificar se a conduta argentina teria sido adequada para manter o equilíbrio entre a preservação desse direito e o direito à livre circulação no MERCOSUL. Em vez de anular um direito em favor de outro, o TAH preferiu ater-se à análise dos prejuízos causados pelas manifestações populares para, ao final, decidir se teriam, ou não, penalizado sobremaneira uma parte da população. Tratava-se, portanto, de decidir se a Argentina, embora preservando o direito de liberdade de expressão, poderia ter agido de forma mais eficaz para evitar ou, ao menos, mitigar os prejuízos causados a pessoas e agentes econômicos que tinham na livre circulação no MERCOSUL um direito já inserido em sua rotina.

Embora o TAH tenha reconhecido a existência, em abstrato, de princípios e valores hierarquicamente superiores a outros, que devem prevalecer quando não for possível ou extremamente dificultoso harmonizar todos os interesses em jogo⁸², parece ter dado mais importância ao direito que encerra valor econômico do que àquele que contempla um direito fundamental do homem.

Com efeito, ao fazer uma ponderação entre os direitos envolvidos, o TAH parece ter auferido mais peso ao direito de livre circulação, concebendo-o como um objetivo essencial do Tratado de Assunção de 1991, sem o qual não poderia funcionar um Mercado Comum⁸³. Entendeu que a arbitrariedade e imprevisibilidade dos bloqueios das vias de comunicação, bem como as alternâncias e duração de sua prática, foram tão variáveis e de tal envergadura que o TAH não poderia deixar de considerá-las como uma violação ao Artigo 1º do Tratado de Assunção, eis que realmente restringiram à circulação de bens e serviços na região⁸⁴. Para o TAH, a livre circulação ficara efetivamente prejudicada pela intermitência, insistência e continuidade dos bloqueios, forçando os cidadãos e agentes econômicos a se adaptarem à nova situação mediante a adoção de estratégias mais custosas haja vista que as rotas alternativas alongavam os trajetos⁸⁵.

Outrossim, o TAH inferiu de dispositivos inseridos em diversos diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos⁸⁶, todos

81 *Ibíd.*, p. 128 e 129.

82 *Ibíd.*, p. 133.

83 *Ibíd.*, p. 108.

84 *Ibíd.*, p. 114.

85 *Ibíd.*

86 Art. 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; art. 32.2 da Convenção

internalizados na Ordem Jurídica argentina, bem como da própria Constituição da Nação Argentina⁸⁷, que o direito de protesto não era absoluto, devendo ser limitado quando afetar direito de terceiros⁸⁸.

A nosso ver, o raciocínio adotado pelo TAH, embora válido, também poderia servir de forma invertida para sustentar a ideia de que a obrigação de garantir a livre circulação no MERCOSUL não poderia ser um obstáculo para assegurar o direito de expressão e reunião pacífica dos cidadãos que buscam, por esse intermédio, pressionar as autoridades públicas a protegerem um bem hierarquicamente superior, no caso, o meio ambiente e a saúde das pessoas.

Ao que parece, o TAH teria interpretado de forma extensiva a noção de “direitos e liberdades de outrem” prevista no Artigo 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁸⁹, quando, talvez, o dispositivo esteja se referindo a outros direitos fundamentais de igual valor. O fato é que não há manifestação pública que não afete, em menor ou maior escala, direitos de terceiros, inclusive dos próprios cidadãos e agentes econômicos locais. Com efeito, os transtornos e incômodos gerados fazem parte da estratégia para chamar a atenção da população e das autoridades para uma causa que se pretende justa. Na verdade, o direito de expressão, no sentido amplo do termo, é um dos poucos instrumentos democráticos que restam ao cidadão comum para manifestar sua posição acerca de uma questão ou situações que lhe é relevante.

Vale dizer que o TAH chegou a admitir que a restrição à livre circulação poderia ser tolerada em alguns casos, mas desde que fossem adotadas medidas preventivas necessárias para minorar os inconvenientes gerados e se realizassem em períodos curtos para não prejudicar ou causar graves danos a outrem: os bloqueios se dilataram por mais de três meses e em plena temporada estival de férias, quando se acentua o turismo na região⁹⁰. Em suma, o TAH podia aceitar em favor do direito fundamental de liberdade de expressão algum tipo de restrição à liberdade de circulação, mas não uma restrição absoluta⁹¹.

Claramente o TAH sobrevalorizou os efeitos econômicos das manifestações, eis que não se podia afirmar que a livre circulação entre os dois países tenha ficado totalmente anulada durante os protestos na Argentina, haja vista a disponibilidade de rotas alternativas, em que

Americana sobre Direitos Humanos de 1969; e, em especial, os artigos 19, parágrafos 2 e 3, e 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

87 Art. 28.

88 *Omisión del Estado Argentino*. Op. Cit., p. 137-139.

89 Art. 21: “É reconhecido o direito de reunião pacífica. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições, previstas na lei, necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou da ordem pública ou para proteger a saúde e a moral públicas ou os direitos e liberdades de outrem”

90 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 134

91 *Ibíd.*, p. 133.

pesem serem mais longas e custosas. O TAH, porém, sem mencionar valores concretos, entendeu que os danos e prejuízos causados foram demasiadamente elevados em virtude da falta de equilíbrio na aplicação dos direitos que se opunham: a Argentina teria se preocupado em preservar totalmente o direito de liberdade de expressão e reunião, relegando a um segundo plano a livre circulação no MERCOSUL, além de não ter logrado demonstrar a impossibilidade de adotar medidas mais eficazes para conter os efeitos negativos dos protestos.

Em realidade, o TAH não reconheceu o direito discricionário da Argentina de lidar com as manifestações populares conforme seus princípios e tradições na matéria, embora o Artigo 50, alínea b, do Tratado de Montevidéu de 1980, ao qual faz referência expressa o Artigo 2º do Anexo I ao Tratado de Assunção de 1991, autorize os Estados a adotarem medidas que garantam a aplicação de suas leis e regulamentos de segurança, ainda que, para tanto, gerem obstáculo à livre circulação no MERCOSUL⁹².

Em que pese a boa fé com a qual as autoridades argentinas pudessem ter agido para preservar o direito de liberdade de expressão e reunião pacífica⁹³, o que, no caso em tela, era irrelevante, o TAH vislumbrou na conduta argentina uma violação de sua obrigação internacional de garantir e manter a livre circulação no MERCOSUL⁹⁴.

Por outro lado, em respeito ao princípio da não ingerência nos assuntos domésticos, o TAH preferiu apenas declarar que houve “falta de diligência devida”, sem, contudo, determinar as medidas concretas que deveriam ser adotadas pelo Estado faltoso para que tal direito não voltasse a ficar prejudicado em situação similar⁹⁵. Assim procedendo, o TAH entende ter mantido um equilíbrio entre os Estados Partes do MERCOSUL, refutando o pedido da parte reclamante⁹⁶.

Interessante notar que, diferentemente do caso *Tecmed v. México*, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, não coube ao Estado “faltoso” o pagamento de qualquer indenização, eis que essa modalidade de sanção não está prevista no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, lembrando que, inclusive, as partes no conflito devem, via de regra, dividir o valor do pagamento relativo às custas processuais, nos termos do Artigo 36 do Protocolo de Olivos de 2002.

92 Artigo 50: *Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à...b): Aplicação de leis e regulamentos de segurança.*

93 “*Omisión del Estado Argentino*”, Op. Cit., p. 146.

94 *Ibid.*, p. 176.

95 *Ibid.*, p. 185.

96 *Ibid.*, p. 191.

CONCLUSÃO

Em ambos os casos estudados, verificou-se que tanto o Tribunal Arbitral constituído no âmbito do CIRDI – caso “*Tecmed v. Mexico*” – quanto o TAH, instituído no âmbito do MERCOSUL – caso “*Omisión del Estado Argentino*” – não atribuíram aos respectivos Estados reclamados os atos praticados pelos particulares, isso porque, em nenhum deles, ficou demonstrado qualquer tipo de participação estatal nas manifestações populares.

Não obstante, no que concerne à conduta do Estado para fazer frente a tais movimentos, seja para evitá-los, seja para minimizar seus efeitos nefastos, que se consubstancia na obrigação de diligência devida, os desfechos foram bem diferentes, embora em ambos os casos tais movimentos tivessem sido considerados legítimos. Como visto, no caso *Tecmed v. México*, o Tribunal Arbitral entendeu que o México agira conforme se espera de um Estado democrático de direito ao permitir que seus cidadãos manifestassem publicamente seu descontentamento contra o aterro de resíduos perigosos Las Víboras, explorado pela empresa Cytrar. Assim sendo, nesse aspecto, o reclamado não foi considerado responsável pelos alegados efeitos negativos causados às atividades da empresa em virtude de tais protestos. De forma distinta entendeu o TAH no caso “*Omisión del Estado Argentino*” ao concluir que a Argentina teria faltado a sua obrigação de garantir a livre circulação no MERCOSUL em virtude de postura omissiva em face dos protestos realizados pelos cidadãos argentinos, o que, em última análise, facilitou o bloqueio do tráfego em vias de comunicação importantes para o comércio intra-MERCOSUL.

Os resultados diversos podem ser facilmente explicados pelo fato de, no caso *Tecmed v. México*, os prejuízos infligidos à Cytrar terem derivado de ato diretamente imputável ao Governo mexicano, qual seja, a Resolução do INE que negara a renovação da licença de exploração do aterro *Las Víboras* pela Cytrar, muito embora as manifestações populares tivessem fortemente motivado a conduta mexicana. Já no caso “*Omisión del Estado Argentino*” foram as próprias manifestações populares as causadoras dos prejuízos incorridos pelos agentes econômicos.

Porém, uma vez que as distintas manifestações tinham como causa a proteção de um valor superior legítimo, poderiam ter sido consideradas como justificadoras tanto da conduta do México, como da Argentina; o que não sucedeu.

No caso “*Tecmed v. México*”, o Tribunal Arbitral entendeu que a conduta mexicana teria sido motivada não pela preocupação em proteger o meio-ambiente, mas sim por questões políticas, eis que, em realidade, as autoridades buscavam, de fato, aceitação popular. De qualquer forma, ainda que o Tribunal Arbitral tivesse reconhecido um

interesse público legítimo no ato mexicano, os prejuízos decorrentes da negativa de renovar a licença de exploração da Cytrar deveriam ser compensados financeiramente pelo fato de tal ato ter sido caracterizado como uma expropriação indireta, conforme Lori F. Damrosch (*et al.*)⁹⁷. Já no caso “*Omisión del Estado Argentino*” o TAH considerou que a conduta leniente das autoridades argentinas não encontrava abrigo na sua obrigação de garantir o direito de liberdade de expressão e reunião pacífica, porquanto teria anulado o direito de liberdade de circulação no MERCOSUL.

Em ambos os casos, os órgãos judicantes seguiram a mesma orientação no sentido de dar primazia ao direito internacional em detrimento do direito interno das partes reclamadas, referindo-se ao Artigo 27 da CVDT. Por conseguinte, foi negado aos respectivos Estados reclamados o poder discricionário de suas autoridades públicas na regulação das matérias versadas nos respectivos conflitos, quais sejam, proteção ambiental no México, e manutenção da ordem pública, com respaldo no direito de expressão, na Argentina.

Por outro lado, ambos os tribunais valeram-se do critério da proporcionalidade para finalmente decidir que os efeitos econômicos negativos causados pela conduta dos Estados reclamados penalizaram sobremaneira os agentes econômicos. Para ambos os tribunais, as condutas dos respectivos Estados foram muito mais além do necessário para preservar o bem que supostamente estariam protegendo.

Em conclusão, pode-se afirmar que o fator de maior relevância usado para decidir pela responsabilidade internacional dos respectivos Estados reclamados foi o do prejuízo econômico causado, ficando relegada a um segundo plano a importância da preservação de valores de outra ordem, como a proteção do meio ambiente, no caso “*Tecmed v. México*”, e a garantia da liberdade de expressão em seu sentido amplo, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Lícitos: Ensaio em homenagem a Guido Soares”. Em: CASELLA, Paulo Borba (*et al.*) (ed). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DAMROSCH, Lori Fisler; HENKIN, Louis; MURPHY, Sean D.; SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. Chapter 14 5th ed. St. Paul, USA: Thomson Reuters, 2009.

97 DAMROSCH, L. Fisler et al. Op. Cit., p. 1080.

ELLIS, Jaye. *Has International Law Outgrown Trail Smelter?* Em: BRATSPIES, Rebecca and MILLER, Russel (eds). *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 60.

HANQUIN, Xue. *Transboundary Damages in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LIXINSKI, Lucas. "Limitando la Libertad de Asamblea com Base em Daños a Terceros: el balance de libertades económicas y derechos fundamentales en la Unión Europea y en el Mercosur" [online]. *Revista de Derecho Privado e Comunitario*. 2008, nº 811, p. 811-831 [acesso em 25/06/2015]. Disponível em: <http://www.academia.edu/8291853/Limitando_la_libertad_de_asamblea_con_base_en_da%C3%B1os_a_terceros_El_balance_de_libertades_econ%C3%B3micas_y_derechos_fundamentales_en_la_Uni%C3%B3n_Europea_y_en_el_Mercosur_2008_3_Revista_de_Derecho_Privado_y_Comunitario_811_2008>.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (1º Volume).

SCOVAZZI, Tullio. "Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection". Em: Maurizio Ragazzi (ed). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

VÄRK, René. *Terrorism, State Responsibility and the Use of Armed Force: Selected Works* [online], 2011 [acesso em 15/06/2015]. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=rene_vark>.