

DCI...
Presidencia
1-1-1981
RB101...
2-1-81

**CURSO DE DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

Celso D. de Albuquerque Mello

*Livre-docente de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor da mesma disciplina
na PUC/RJ, UERJ, UGF e UNIG*

CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

PREFÁCIO DE M. FRANCHINI NETTO À 1ª EDIÇÃO

*Professor Catedrático de Direito Internacional Público
da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
e da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas*

1º VOLUME

12ª EDIÇÃO

(revista e aumentada)

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo

2000

103073

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA EDITORA RENOVAR LTDA

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-2205 / 531-1618 / 531-3219 - Fax: (21) 531-2135

LIVRABIA: Rua da Assembléia, 10 - Loja E - Centro - RJ

CEP: 20011-000 - Tels.: (21) 531-1316 / 531-1338 - Fax: (21) 531-2135

FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ

CEP: 20940-010 - Tels.: (21) 589-1863 / 580-8596 / 860-6199 - Fax: (21) 589-1962

FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP

CEP: 01315-001 - Tels.: (11) 3104-9951 / 3104-5849

<http://www.editoras.com/renovar> e-mail renovar@ibm.net

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso D. de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barreto

Revisão Tipográfica

Renato R. Carvalho

Maria da Glória Silva de Carvalho

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

1184

30/11/00
M5220
v.1
CD
EX.5



M527c

Mello, Celso D. de Albuquerque (Celso Duvivier de Albuquerque), 1927-

Curso de direito internacional público / Celso D. de Albuquerque

Mello; prefácio de M. Franchini Netto à 1. ed. — 12ª ed. rev. e aum. —

Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

2v.: 23cm.

ISBN 85-7147-150-9

Inclui bibliografia e índice.

1. Direito internacional público. I. Título.

CDD-341

Proibida a reprodução (Lei 5.988/73)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

TRABALHOS DO AUTOR

- *Alguns aspectos da ratificação de tratados*, in "Revista Jurídica", vol. XIX, 1963, 1964, págs. 139-155.
- *Plataforma Continental* — 1965 — Livraria Freitas Bastos, 160 págs.
- *Mar Territorial* — 1965 — Livraria Freitas Bastos, 235 págs.
- *Ratificação de Tratados* — 1966 — Livraria Freitas Bastos, 173 págs.
- *Genocídio: Alguns aspectos da Convenção de 1948*, in "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal", nº 12, janeiro-março de 1966, págs. 99-106.
- *Pessoas Internacionais*, in "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 37, págs. 118-136, Editor Borsói.
- *Evolução da Política Externa do Brasil*, in "Centro de Estudos do Boletim Cambial", 1967, 21 págs.
- *A Política Externa Brasileira (1946-1966)*, in "Centro de Estudos do Boletim Cambial", 1967, 29 págs.
- *Presas*, in "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 39, págs. 68-74, Editor Borsói.
- *O Poder Legislativo na Ratificação de Tratados*, in "Revista de Ciência Política", vol. II, nº 4, 1967, págs. 5-28.
- *Introdução ao Estudo da Guerra no Pensamento Católico — A Guerra Justa*, in "Revista Verbum", t. XXV, faces. 2-3, setembro de 1968, págs. 221-230.
- *Os Direitos do Homem na Ordem Jurídica Internacional*, in "Revista de Ciência Política", vol. II, nº 4, outubro-dezembro de 1968, págs. 144-156.
- *Comentário bibliográfico à obra de M. Gordon Levin Jr.* — "Woodrow Wilson and World Politics", in "Revista Brasileira de Estudos Políticos", julho de 1969, nº 27, págs. 263-267.
- *Algumas observações sobre o 3º Mundo e o DI Político — O Direito Internacional Público e a América Latina*, in "Cadernos da PUC, Departamento de Ciências Jurídicas", setembro de 1969, nº 1, págs. 17-23.

- *Curso de Direito Internacional Público*. 1968. Livraria Freitas Bastos. 672 págs.: 2ª edição (revista e aumentada): vol. I (451 págs.); vol. II (405 págs.). Livraria Freitas Bastos, 1970: 3ª edição (idêntica à anterior). 1972: 4ª ed. (revista e aumentada). 1974: vol. I (469 págs.); vol. II (434 págs.); 5ª ed. (revista e aumentada). 1976: vol. I (515 págs.); vol. II (461 págs.); 6ª edição (revista e aumentada): vol. I (529 págs.) e vol. II (540 págs.). Livraria Freitas Bastos, 1979; 7ª edição (revista e aumentada), 1.171 págs.. 1982, Livraria Freitas Bastos; 8ª edição (revista e aumentada), 1.229 págs., 2 vols., 1986, Livraria Freitas Bastos; 9ª ed. (revista e aumentada), 1992, 1.343 págs. (2 vols.); 10ª ed. (revista e aumentada), Editora RENOVAR, 1.423 págs. (2 vols.), 1994; 11ª ed. (revista e atualizada), Editora RENOVAR 1.556 págs. (2 vols.), 1997.
- *Organizações Internacionais. Parte Geral*. Centro de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1970, 63 págs. (tiragem mimeografada).
- *Características da Política Externa do Brasil e Os Direitos e Deveres do Homem na ONU e OEA*, in "Estudos de Problemas Brasileiros" (obra coordenada pelo Pe. Francisco Leme Lopes), Editora Renes, 1970, págs. 193-218.
- *A ONU e o Direito Internacional*, in "Tabulae", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, ano IV, nº 4, dezembro de 1970, págs. 67-77.
- *O Conteúdo Atual do Direito Internacional Público*, in "Revista de Ciência Política", vol. 5, nº 1, março de 1971, especialmente págs. 37-42.
- *Guerra Civil (Campo de Direito Internacional Público)*, in "Estudos das Transformações da Ordem Política", Editora Renes, 1971, págs. 63-97.
- *O Mar Territorial Brasileiro* in "Estudos do Mar Brasileiro", Editora Renes, 1972, págs. 117-138.
- *A Norma Internacional*, in "Revista de Ciência Política", janeiro-março, 1972, págs. 51-64.
- *Poluição das Águas*, in "Revista Verbum", da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, fascs. 3-4, setembro-dezembro de 1971, págs. 317-328.
- 80 verbetes relativos a *Direito Internacional Público em Tempo de Paz*, in "Manual das Leis Marítimas", vol. 2, págs. 11-72. 1972, editado por Diretoria de Portos e Costas, Ministério da Marinha.
- *As Sociedades Comerciais e a Ordem Internacional*, in "Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Editora Rio, 1973, págs. 67-106. Uma outra versão deste trabalho com o título "As Sociedades Comerciais e o Direito Internacional Público" foi publicada no Boletim Brasileiro de Direito Internacional, órgão da Sociedade Brasileira de DI e do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo, janeiro-dezembro de 1972/74, nºs 55/60, págs. 105-131.

- *Plataforma Continental e as Pescarias no Direito Internacional Público*, in Paulo Moreira da Silva e outros — *O Mar. Direito e Ecologia*, respectivamente, págs. 39-52 e 53-72. Fundação Getúlio Vargas. 1973.
- *O Direito Internacional e as Leis de Guerra*. Escola Superior de Guerra (tiragem mimeografada). 1973. 24 págs.; publicada in "Segurança e Desenvolvimento". Revista da Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra, nº 156. 1974. págs. 77-92.
- *Representação (Direito Internacional Público)*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, t. 49. págs. 29-31, Editor Borsóí.
- Capítulos: "O Território Marítimo". "Alto-mar" e "Navios", in *Direito Internacional Público* (obra em co-autoria de Raphaél Valentino Sobrinho, Mário Pessoa de Oliveira, Vicente Marotta Rangel e Celso Mello. 4 vols., 1974), vol. II, 236 págs.. 1974. Tiragem da Escola de Guerra Naval, Ministério da Marinha.
- *O Direito Internacional Público e a Ordem Internacional e a Guerra Interna no Direito Internacional Público*, in Themístocles Brandão Cavalcanti e outros — *As Nações Unidas e os Problemas Internacionais*. Fundação Getúlio Vargas. 1974. respectivamente, págs. 21-45 e 67-89.
- *Princípios Acerca da Repressão dos Delitos nas Relações Internacionais*, in "Revista da Faculdade de Direito de Caruaru", nº 9, 1974, págs. 29-60.
- *Novas Tendências do Direito Internacional Público*, in "Revista da Ordem dos Advogados do Brasil", Seção da Guanabara, setembro-dezembro de 1974, vol. I, nº 2, págs. 261-281.
- *Os Tratados na Constituição*, in *As Tendências Atuais do Direito Público*. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos. Editora Forense, 1976, págs. 119-166.
- *O Direito Internacional Público em Transformação*. Editora Resenha Universitária, 1976. 106 págs.
- *Extradicação (participação em mesa-redonda)*, in "Revista de Ciência Política" do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, vol. XIX, nº 4, outubro-dezembro de 1976, págs. 78-81 e 100-101.
- *Modos Pacíficos de Solução dos Litígios Internacionais*, in *Tercer Curso de Derecho Internacional* — Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (julio-agosto de 1976). Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos. Washington D.C.. 1977, págs. 279-299.
- *Contratos entre Estados e Empresas Estrangeiras*. in *Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Oscar Tenório*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1977. págs. 175-187.
- *Discurso de Paralelismo da turma de 1977 do Curso de Pós-graduação em Direito e Relações Internacionais* — Legislação e Comércio Exterior do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. in "Revista de Ciência Política" da Fundação Getúlio Vargas. vol. XX, nº 4, outubro-dezembro de 1977, págs. 119-122.

- *As Relações Internacionais nos Anos 70 e Algumas Considerações sobre a África nas Relações Internacionais*. in Curso de Relações Político-econômicas Internacionais, coordenação de Adriano Moreira. Editora Resenha Universitária. 1977. págs. 15-28 e 67-71.
- *Terminação, Suspensão e Nulidade dos Tratados*, in Quarto Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano (julio-agosto de 1977). Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1977, págs. 283-313.
- *Direito Penal e Direito Internacional* — Livraria Freitas Bastos, 1978, 222 págs.
- *Legado Político do Ocidente* — Coordenação de Adriano Moreira, Alejandro Bugallo e Celso Mello. Prefácio de Alceu Amoroso Lima. DIFEL, 1978, 343 págs.
- *As Empresas no Direito Internacional Público*, in "Nomos", Revista dos Cursos de Mestrado; Bahia, Ceará e Pernambuco Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1978, págs. 265-285.
- *Direito Internacional Público na Conjuntura Atual: A Política internacional e sua influência no desenvolvimento do Direito Internacional Público*, in Quinto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (agosto de 1978). Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1979, págs. 83-108.
- Prefácio ao livro de Maria Arair Pinto Paiva — *A Elite Política no Ceará Provincial*, 1979, Editora Tempo Brasileiro, págs. XV-XVI.
- *O Direito Internacional Público nos Anos 70*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, setembro-novembro de 1979, págs. 43-56.
- *A Norma Jurídica no Direito Internacional Público*, in a Norma Jurídica, obra coordenada por Sérgio Ferraz. Livraria Freitas Bastos, 1980, págs. 243-269.
- *A Situação Jurídica do Estrangeiro na Nova Lei*, in "Estrangeiro, para onde vais?". Arquidiocese de Curitiba, CNBB, 1980, págs. 15-18.
- *Os Exilados Perante o Direito Internacional Público*, in Revista Brasileira de Ciências Jurídicas, nº 1, ago./80-jan./81, págs. 12-23.
- *O Princípio da Igualdade no Direito Internacional Público*, in Revista da Ordem dos Advogados do Brasil — RJ, vol. XX, 1º quadrimestre 81, nº 15, págs. 11-26.
- *Direitos do Homem*, VI Jornada Latino-americana de Metodologia do Ensino de Direito, tiragem mimeografada, PUC/RJ, 1981, 10 págs.
- *Sujeitos de Direito Internacional Público. Organizações Internacionais e Outros Sujeitos e Sujeitos de Direito Internacional Público. Estado e Indivíduo*, in Sétimo Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano (agosto de 1980), Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1981, respectivamente, págs. 19-32 e 33-51.

- O impacto da política internacional no desenvolvimento do direito internacional. in Anuário Jurídico Interamericano 1981. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1982, págs. 8-29.
- Prefácio ao livro de Carlos Roberto de Siqueira Castro — *O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*, Editora Forense, 1983, págs. XI-XII.
- *O Governo e o Direito Internacional Público*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão, Livraria Freitas Bastos, 1983, págs. 78-89.
- *Novos Enfoques e Perspectivas do Direito Internacional Público*, in Noveno Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano con la Cooperación de la Secretaría General de la OEA en agosto de 1982, Washington D.C., 1983, vol. I, págs. 41-59.
- Resenha do livro de A. A. Cançado Trindade — *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, in International Law, Cambridge University Press, 1983, publicada in A. Augusto Cançado Trindade — *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 1984, págs. 11-14, Editora Universidade de Brasília, Brasília. Igualmente publicada in Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, vol. 24, nº 2, julho-dezembro de 1983, págs. 185-189. Também publicada in Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 59, julho de 1984, págs. 224-228, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- *A Contribuição do Direito Civil ao Direito Internacional Público*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, 1984, págs. 212-220, Editora Forense.
- *Direitos do Homem na América Latina*, in Crítica do Direito e do Estado, organizador: Carlos Alberto Plastino, 1984, págs. 153-160, Edições Graal Ltda.
- Resenha bibliográfica da obra *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional*, de Antônio Augusto Cançado Trindade, 3 vols., Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, in Revista Brasileira de Tecnologia, vol. 16, nº 1, janeiro-fevereiro de 1985, CNPq — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pág. 64.
- Prefácio ao livro de Prosper Weil — *O Direito Internacional no Pensamento Judaico* — 1985. Editora Perspectiva, S. Paulo, págs. 7-9.
- *Guerra Interna e Direito Internacional*, Editora RENOVAR, 1985, 229 págs., RJ.
- *Aspectos Gerais do Direito Internacional Público*, in Curso de Derecho Internacional. XI Curso Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Secretaría General. Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1985, págs. 3-28.
- *Direitos do Homem na América Latina*, in Crítica do Direito e do Estado, organizador: Carlos Alberto Plastino, Edições Graal Ltda., 1984, págs. 153-160.

- Resenha do livro de A. A. Cançado Trindade — *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, in International Law, Cambridge University Press, 1983, publicada in A. Augusto Cançado Trindade — *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 1984, Editora Universidade de Brasília, págs. 11-14. Igualmente publicada in Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, vol. 24, n° 2, julho-dezembro de 1983, págs. 185-189. Foi também publicada in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n° 59, julho de 1984, Universidade Federal de Minas Gerais, págs. 224-228.
- Resenha bibliográfica de Antônio Cançado Trindade — *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional*, 3 vols., Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 1984, in Revista Brasileira de Tecnologia, vol. 16, n° 1, janeiro-fevereiro de 1985, CNPq — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pág. 64.
- Prefácio ao livro de Paulo D. Bessa Antunes — *Uma Nova Introdução ao Direito*, Livraria e Editora RENOVAR Ltda., RJ, 1986, págs. I e II.
- *Constituição e Relações Internacionais*, in A Nova Constituição e o Direito Internacional, coordenação de Jacob Dolinger, Livraria Freitas Bastos, 1987, págs. 19-37.
- *Algumas Considerações sobre os Direitos do Homem no Direito Internacional Público*, in Contextos, n° 2 (julho-dezembro de 1987), publicação do Mestrado de Ciências Jurídicas da PUC-RJ.
- Prefácio ao livro de José Ribas Vieira — *O Autoritarismo e a Ordem Constitucional no Brasil*, Editora RENOVAR, RJ, 1988, págs. III e IV.
- Participação no Seminário sobre “Atlântico Sul”, realizado pelo Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 1987, págs. 28-31 (tiragem mimeografada em 1988).
- *Considerações sobre o Pan-americanismo*, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, anos XXXVII e XXXVIII, 1985/1986, n°s 67/68, págs. 25-46.
- Pronunciamento na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher na 1ª Subcomissão da Nacionalidade. da Soberania e das Relações Internacionais, in Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento), 27 de maio de 1987, págs. 2-6.
- *O Direito Constitucional Internacional na Constituição de 1988*, in Contexto Internacional, n° 8, págs. 9-21, Revista semestral do Instituto de Relações Internacionais, PUC/RJ, jul./dez. 88.
- *Comentário ao art. 4º da Constituição de 1988*, in Comentários à Constituição, Livraria Freitas Bastos, 1990, págs. 145-148.
- *Princípio de Não-intervenção*, in Revista de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas, vol. 33, maio/jul. de 1990, págs. 9-19.
- Prefácio ao livro de Benjamin do Rego Monteiro Neto — *O Direito da Sociedade Humana*, 1990, pág. 15, COMEPI, Teresina.

- Prefácio ao livro de Jessé Torres Pereira Junior — *O Direito à Defesa na Constituição de 1988*, 1991, págs. V e VI, Editora RENOVAR.
- *Direito Internacional Americano*, 1992, Universidade Gama Filho, 205 págs., 1992 (tiragem mimeografada).
- *A Revisão do Direito Constitucional Internacional na Constituição de 1988*, in Seminário sobre Revisão Constitucional, Universidade Gama Filho, 1992, págs. 1-14 (tiragem mimeografada).
- Apresentação (orelha) do livro de J. Haroldo dos Anjos e Carlos Caminha Gomes — *Curso de Direito Marítimo*, 1992, Editora RENOVAR.
- *Direito Internacional Econômico*, 1993, Editora RENOVAR, 228 págs.
- *A Sociedade Internacional: Nacionalismo versus Internacionalismo e a Questão dos Direitos Humanos*, in Direito, Estado e Sociedade, PUC/RJ, Departamento de Ciências Jurídicas, n° 2, janeiro/julho de 1993, págs. 25-36. Foi igualmente publicado in Arquivos do Ministério da Justiça, a. 46, n° 182, jul./dez. de 1993, págs. 115-127.
- Apresentação (orelha) do livro de Celso Cezar Papaleo — *Aborto de Contracepção*, 1993, Editora RENOVAR.
- Prólogo ao livro de Antônio Augusto Cançado Trindade — *Direitos Humanos e Meio Ambiente*, 1993, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, págs. 15-18.
- *O Brasil e o Direito Internacional na Nova Ordem Mundial*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n° 76, Universidade Federal de Minas Gerais, 1993, págs. 7-26.
- Sobre a Solução de Conflitos entre Estados ou entre Governos. Universidade Gama Filho, 1993, págs. 6-9 (tiragem mimeografada).
- Considerações sobre o Mercosul, in Boletim Científico do Mestrado e Doutorado em Direito, ano 1, n° 1, 1993, Universidade Gama Filho (tiragem mimeografada).
- Sobre a Solução de Conflitos entre Estados ou entre Governos (debatador), in A Solução de conflitos no Âmbito da Integração dos Países do Cone Sul, 1993, págs. 6-9, Universidade Gama Filho (tiragem mimeografada).
- A Sociedade Internacional: Nacionalismo versus Internacionalismo e a Questão dos Direitos Humanos. in Direito, Estado e Sociedade, n° 2, janeiro-julho de 1993, págs. 25-36, PUC/Rio, Departamento de Ciências Jurídicas. Foi também publicado in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n° 182, julho-dezembro de 1993, págs. 115-127. Igualmente publicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, dezembro de 1992/maio de 1993, n°s 84/86, págs. 195-205.
- *Direito Constitucional Internacional*, 1994, 380 págs., Editora RENOVAR.
- *Soberania Estatal e Organização Judiciária em Zonas de Integração Econômica*, 1994, 103 págs., Universidade Gama Filho. Curso de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado (tiragem mimeografada).

- Resenha Bibliográfica de Philippe Bretton — *Relations Internationales Contemporaines*. in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, janeiro/junho de 1994, n^os 91/92, págs. 193 e 194.
- Análise do Núcleo Intangível das Garantias dos Direitos Humanos em Situações Extremas: Uma Interpretação do Ponto de Vista do Direito Internacional Público, in *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-RJ, Departamento de Ciências Jurídicas, n^o 5 agosto/dezembro de 1994, págs. 13-23.
- Responsabilidade Internacional do Estado, Editora RENOVAR, 1995, 215 págs. Em 1994 foi feita tiragem mimeografada pela Universidade Gama Filho (199 págs.).
- Apresentação (orelha) do livro de Luiz Emygdio F. Rosa Jr. — Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário — 10^a ed., 1995, Editora RENOVAR.
- Pronunciamento, in *Anais do III CONPEDI — Pós-graduação em Direito no Brasil: Avaliação e Perspectivas*, 1995, págs. 80 e 81, Editoria Central da Universidade Gama Filho.
- Saudação ao Pe. Laércio Dias de Moura, in *Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Ciências Jurídicas, n^o 6, janeiro-julho de 1995, págs. 17-20.
- “Apresentação” do trabalho de Friedrich K. Juenger — *Conflito de Leis na América e na Europa*, coordenação de Nádia Araujo *et alii*, in *Cadernos de Direito Internacional Privado* — Departamento de Direito, PUC-RJ, ano I, n^o 1, 1995, 2 págs. (tiragem mimeografada).
- Introdução ao Estudo das Sanções no Direito Internacional Público, 1995, 109 págs. — Publicação mimeografada do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho.
- Apresentação da obra de Adherbal Meira Mattos — *Direito Internacional Público*, 1995, pág. III, Editora RENOVAR.
- O Mercosul e a Reunião de Ouro Preto, in *Caderno Científico do Mestrado e Doutorado em Direito* — Universidade Gama Filho — Ano II — n^o 3 — 1995, págs. 4-8.
- *Direito Internacional Americano* — 1995 — 246 págs. Editora RENOVAR, em 1992 foi feita tiragem mimeografada pela Universidade Gama Filho (205 págs.).
- A Revisão do Direito Internacional na Constituição de 1988, in *Revista de Ciências Sociais*, ano I, n^o 1, novembro de 1995. págs. 75-89, Universidade Gama Filho.
- Prefácio ao livro de José H. Fischel de Andrade — *Direito Internacional dos Refugiados*, Editora RENOVAR, 1996, págs. XI e XII.
- Prefácio ao livro de Paulo Borba Casella — *Mercosul: Exigências e Perspectivas*, 1996, Ltr, São Paulo, pág. 7.
- *Direito Internacional da Integração*, 1996, 357 págs., Editora RENOVAR.

- A Implementação do Direito Internacional Humanitário pelo Direito Brasileiro in *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. Antonio Augusto Cançado Trindade — Editor. 1996. San José da Costa Rica, Co-edição do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e Comissão da União Européia.
- Aspectos Jurídicos-Políticas da Globalização, in *Revista Ciências Sociais*, vol. 2, n^o 2, 1996, págs. 7-27, Editoria Central da Universidade Gama Filho.
- *Direito Internacional Público. Tratados e Convenções*. Editora Renes, 316 págs.; 2^a edição (revista e aumentada) Editora Renes, 394 págs., 1973; 3^a edição (revista e aumentada), Editora Renes, 452 págs. 1976; 4^a edição (revista e aumentada), Livraria e Editora RENOVAR Ltda., 710 págs., 1986; 5^a edição (revista e aumentada) Livraria e Editora RENOVAR Ltda, 1.370 págs., 1997.
- Apresentação (orelha) do livro de Luizella Giardino B. Branco — *Sistema de Solução de Controvérsia no Mercosul*, 1997, Editora LTr.
- Apresentação (orelha) do livro de Marilda Rosaldo de Sá Ribeiro — *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*, 1997, Editora Renovar.
- *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, 1997, Editora Renovar, 495 págs.
- *Direito Internacional Administrativo* — in *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*, organizado por Carlos Alberto Menezes Direito, 1997, págs. 163-181, Editora Renovar.
- *Contratos Internacionais e Poder Legislativo* — in *Libro-Homenagem a Horoldo Valladão*, organizado por Tatiana P. Maekelt, 1997, págs. 531-545, Universidade Central de Venezuela, Caracas.
- *Alguns Impasses nos Direitos Humanos no Final do Séc. XX* — in Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, vol. I, págs. 817-834, Bruylant, Bruxelas, 1997.
- Prefácio ao Livro de Alberto Venancio Filho — *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, 1998, págs. XXIII e XXIV. Editora Renovar.
- Introdução aos Estudos das Minorias no Direito Internacional Público — in *Revista Ciências Sociais*, Edição Especial Direitos Humanos, dezembro de 1997, págs. 7-24, Universidade Gama Filho.
- Apresentação (orelha) da Obra de Nádia de Araújo, Frederico V. Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis — *Código do Mercosul*. Editora Renovar, 1998.
- Prefácio ao Livro de Dante Braz Limongi — *O Projeto Político de Pontes de Miranda*, 1998, págs. 15 e 16, Editora Renovar.
- *Perspectivas do Direito Internacional Econômico* — in *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio* — A OMC e o Brasil, 1998,

- págs. 70-93. Editora LTR. São Paulo. Coordenadores: Paulo Borba Casalla e Araminta de Azevedo Mercadante.
- Algumas Notas sobre os Direitos Humanos. Econômicos e Sociais — *in* Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 1997, págs. 51-60, 1998.
 - Direito de Ingerência, *in* O Direito Internacional no Terceiro Milênio, coordenadores: Juiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca, 1998, págs. 359-374, Editora LTr.
 - Os Direitos Humanos no Brasil, *in* Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito, sob a direção de André-Jean Arnaud "et allii", 1999, págs. 274-276, Editora Renovar.
 - O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, *in* Teoria dos Direitos Fundamentais, organizador: Ricardo Lobo Torres, 1999, págs. 1-33, Editora Renovar.
 - Os povos no direito internacional público, *in* Revista Ciências Sociais, vol. 4, n. 1, Universidade Gama Filho, 1999, págs. 62-85.
 - Apresentação (orelha) da obra "On Direitos Humanos e o Direito Internacional", organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nadia Araujo, 1999, Editora Renovar.
 - A Soberania Através da História, *in* Anuário Direito e Globalização PIDIG, vol. 1, 1999, págs. 7-22, Editora Renovar.

A meus filhos

Luiz Antônio

e

Maria Cristina

CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT

1999

ABREVIATURAS

AFDI	— Annuaire Français de Droit International
AID	— Associação Internacional de Desenvolvimento
AJIL	— American Journal of International Law
BDIL	— British Digest of International Law
BID	— Banco Interamericano de Desenvolvimento
BIRD	— Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BIT	— Bureau Internacional do Trabalho
BSBDI	— Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional
BYBIL	— British Yearbook of International Law
CECA	— Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CEE	— Comunidade Económica Européia
CES	— Conselho Económico e Social da ONU
CICV	— Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	— Corte Internacional de Justiça
CPA	— Corte Permanente de Arbitragem
CPJI	— Corte Permanente de Justiça Internacional
CS	— Conselho de Segurança da ONU
DI, DIP	— Direito Internacional Público
DI Privado	— Direito Internacional Privado
EURATOM	— Comunidade Européia de Energia Atômica
FAO	— Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura
FMI	— Fundo Monetário Internacional
GATT	— Acordo Geral de Tarifas e Comércio
IDI	— Instituto de Direito Internacional
OACI	— Organização de Aviação Civil Internacional
IHLADI	— Instituto Hispano-luso-americano de Direito Internacional

OEA	— Organização dos Estados Americanos
OIT	— Organização Internacional do Trabalho
OMS	— Organização Mundial de Saúde
ONU, NU	— Organização das Nações Unidas
RdC	— Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RDI	— Revue de Droit International
RGDIP	— Revue Générale de Droit International Public
SDN	— Sociedade das Nações
S.T.F.	— Supremo Tribunal Federal
UNESCO	— Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
UNIS	— United Nations Legislative Series

PALAVRAS PRÉVIAS À 1ª EDIÇÃO

O presente livro destina-se principalmente aos estudantes. Procuramos fazer uma obra contendo as mais recentes informações a respeito do Direito Internacional Público. Devido a esta finalidade é que muitas vezes sacrificamos uma "coerência" doutrinária na divisão da matéria (ex.: navios) em nome da didática.

A extensão do presente trabalho prende-se não apenas ao desenvolvimento da matéria, mas também ao número de aulas que são dadas no ano letivo. Temos ministrado cerca de 85 aulas em cada turma anualmente.

Esta disciplina tem adquirido cada vez maior importância. Na França criou-se uma cadeira de Organizações Europeias, e nós poderíamos instituir uma de Organizações Internacionais. Na verdade, é quase impossível se lecionar todo o Direito Internacional Público em apenas um ano como ele figura nos currículos escolares. No Brasil o seu estudo é ainda muito precário, e não possuímos nenhum instituto nele especializado. A ONU em 1962 pediu aos Estados que a compõem que empreendessem programas no estatuto e divulgação do DI. Infelizmente, entre nós, nada foi feito. Os brasileiros ainda não perceberam a importância deste ramo da Ciência Jurídica. Se nos compararmos com os demais países, veremos o quanto estamos atrasados, bastando lembrar que na Áustria o DIP consta do currículo das escolas secundárias (v. Georges Fischer — L'Assistance Technique dans le Domaine du Droit International, in AFDI, 1964). O DI interessa não apenas ao especialista, mas a todos. É de se repetir que toda a vida política, econômica, social e cultural está se internacionalizando, e o DI é o "instrumento" deste processo.

O DI deve se transformar em um instrumento da luta contra o subdesenvolvimento. Ele precisa se transformar em um DI do Desenvolvimento na expressão criada por André Philip. "Enfim, o direito internacional do desenvolvimento não mereceria seu nome, se ele não favorecesse a multiplicação de fórmulas de cooperação técnica e os investimentos no estrangeiro, até as associações de produção mais avançadas." A noção de DI do Desenvolvimento deve ser o "ponto de partida" para a revisão do DI Contemporâneo (v. Michel Virally — Vers un Droit International du Développement, in AFDI, 1965, vol. XI, pág. 3 e segs.).

A bibliografia citada não pretende ser exaustiva. Ela representa, de um modo geral, as fontes consultadas para a elaboração do capítulo ou parágrafo. O seu objetivo é também o de servir de guia aos alunos que são obrigados a fazer trabalhos práticos durante o ano, como é adotado em certas Faculdades. As obras citadas na bibliografia geral foram mencionadas no texto apenas pelo nome dos seus autores.

Não pretendemos inovar doutrinariamente. O programa que nos serviu de base, apesar de termos feito algumas modificações, foi o da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, elaborado por Linneu de Albuquerque Mello.

Deliberadamente, excluímos o Direito de Guerra e de Neutralidade, uma vez que aquela é atualmente um ilícito internacional e esta deve desaparecer em nome da solidariedade internacional. Seguimos a orientação de Sibert, Scelle, O'Connell e tantos outros. Por outro lado, é uma parte do programa que não é ensinada normalmente nos cursos por falta de tempo.

Procuramos realizar, com muito menos perfeição, um desejo de Linneu de Albuquerque Mello, falecido prematuramente — o de escrever um livro moderno para o público brasileiro sobre DI. Prestamos a ele, um dos nossos maiores internacionalistas, a nossa comovida homenagem.

Agradeço ao grande internacionalista Prof. Franchini Netto a honra que me concedeu ao prefaciar este livro.

Novembro de 1967.

CELSE MELLO

PREFÁCIO

É com desvanecimento que escrevo estas linhas à guisa de Prefácio à obra com que o Prof. Celso de Albuquerque Mello dota a literatura jurídica nacional.

O privilégio de ler, com antecipação, o trabalho me dá a convicção de que estamos em face de um estudo sério, erudito, útil — e sobretudo oportuno.

Nele revela o Autor a preocupação de produzir obra de profundidade aliada à informação científica atualizada. Eis os dois maiores méritos do Livro, peças mestras que lhe dão vigor e o revestem de respeito.

Inicia-se por uma excelente resenha doutrinária. Enumera e critica o melhor do pensamento jurídico internacionalista. Mas não omite, o Autor, a sua posição, definindo-se com clareza pela inspiração jusnaturalista da Escola Espanhola. Nesse sentido, ressalta o valor dos princípios metajurídicos que estão na base do Direito Internacional e lhe dão unidade sistemática.

Na sua obra, traduz Celso de Albuquerque Mello uma idéia constante: a do informe novo, indispensável ao estudo de um Direito eminentemente casuísta que exige um cotejo permanente com os fatos, no seu desdobramento interminável. Esse acompanhamento — correto e trabalhoso —, fê-lo o Autor, e assim o revelou na sua bibliografia e no seu esquema metodológico.

Não é extensa a lista das obras relacionadas. Mas aí figura o essencial e o suficiente. O Método busca seguir o Programa elaborado pelo saudoso Prof. Linneu de Albuquerque Mello para o curriculum universitário; sem que o Autor deixe de dar o toque de sua originalidade, acentua e destaca determinados capítulos. E — numa inovação corajosa — suprime matéria rotineira nos compêndios da disciplina. Com justificadas razões.

O Direito Internacional Público é o ordenamento jurídico da sociedade humana na sua ampla acepção. E pois há de ser eminentemente dinâmico, acompanhando-lhe a evolução. Numerosos problemas da atualidade histórica ferem conceitos clássicos, pacíficos até recente data; desde a problemática da subjetividade jurídica internacional do indivíduo até ao desfalecimento da Soberania Dogmática e suas imensas conseqüências. Com efeito, o quadro presente do Direito das Gentes é suscetível de

ser interpretado doutrinariamente, como oferecendo a perspectiva revolucionária de uma mudança na estrutura jurídica internacional. Esboça-se, quem sabe, desde já, a civitas maxima que levaria à transformação do Direito Internacional Público em direito constitucional universal, como o sugere Truyol y Serra.

A esse respeito, o trabalho em tela é cuidadoso. Perquirir as origens do movimento de integração do gênero humano. Confere justa importância à teoria geral das organizações internacionais. E aponta, com justeza, o fato significativo de constituir, a matéria específica, uma Cadeira singular, de estudo e ensino, em Universidades européias e norte-americanas.

Dedica também, o Autor, a melhor atenção a um tema para ele predileto: o Direito do Mar. Nesse Capítulo, encontram-se, a par do estudo das origens e da pragmática fecunda, os mais modernos ensinamentos e a jurisprudência atualizada.

A matéria, em todo o curso, é exposta com a necessária concatenação e clareza, buscando as mais remotas fontes do pensamento humano, relativo à convivência dos Povos e seguindo-lhe a trajetória com fidelidade científica.

Mas há de fazer-se uma especial referência: a Guerra e a Neutralidade. A primeira, explica o Autor, eliminou-a porque proscrita do Direito Internacional. A outra, por insubsistente no mundo solidário no seu destino que é o dos nossos dias.

Prefere Celso de Albuquerque Mello ater-se aos problemas da Paz. A construção jurídica da Paz. À idéia da Paz, segundo Del Vecchio, na sua concepção empírico-política e jurídica.

O tratamento da Paz é a constante idealista que emerge de toda a Obra. E em boa hora: porque assim há de ser entendido o Direito Internacional. A Cadeira da Paz, denominei-a, certa feita, talvez sem originalidade, mas com sinceridade.

A Paz, no Direito Internacional, é o Princípio e o Fim. Natureza e objetivo. Paz com ciência. Paz com crença. Paz com justiça. Paz com vida. Paz sem angústia. Paz com filosofia e com obsessão. A Paz institucionalizada. A Paz da equidade que faz da guerra, pior que um anacronismo, uma reincidência inaceitável, senão uma cobardia do poderoso em relação à vítima — sempre mais fraca. A Paz da Justiça Social. O Direito da Paz — repositório sem alternativa para toda a humanidade. A Paz que é justificativa e a grandeza da cátedra de Direito Internacional Público!

Ihering, traduzindo em língua jurídica a luta das espécies de Darwin, viu no Direito um sistema de combate. A luta! Traduzindo em língua jurídica a pax homini, os Fundadores do Direito das Gentes nele viram um sistema de concordância. Aí está, no fundo, a diferença entre este e os demais ramos do Direito. Lá, os choques de interesses se decidem pela autoridade da Lei. Aqui, os choques dos Estados que têm por si, cada um, a Lei, decidem pela autoridade do consenso, do Acordo, da Boa Fé, do Pacto, do Precedente, do Convívio, a Moral civilizada, cujas raízes se aprofundam no mais belo da História — dos estóicos aos doutores, aos teólogos, aos jusnaturalistas —, império de fraternidade que domina as soberanias violentas e ampara as soberanias coagidas.

Tem o Direito Internacional mais do Evangelho do que da Biologia, na acepção perfeita da relação inevitável entre as nações como entre as pessoas. O mesmo sentido de igualdade que nos faz reconhecer na Democracia como cidadãos todos os patricios

e na Religião, como irmãos. todos os homens, faz que reconheçamos como equivalentes todos os países, merecendo o mesmo respeito, com o mesmo direito à vida, à liberdade, ao trabalho que, na esfera nacional, as Constituições asseguram, mas quando não o fazem, por sobre a discriminação retrógrada, sobreleva, já, o pensamento coletivo dos grandes Pactos, que inscrevem, na Lei Internacional, o princípio das liberdades humanas em toda a sua plenitude e intangibilidade, como condição de Paz...

Pois bem, estes aspectos todos aborda o Autor, em paciente pesquisa e estudo, no seu "Direito Internacional Público".

Com modéstia, afirma que o Livro se destina aos estudantes. Tenho a segurança de que maior é a área de sua utilidade. É obra que consagra seu jovem e brilhante Autor. Um trabalho que merece o aplauso dos estudiosos. E que nos traz a confortadora convicção de que o Mestre Linneu de Albuquerque Mello revive no Filho — digno sucessor do seu pensamento alto, do seu amor à ciência, do seu devotamento ao Magistério.

M. FRANCHINI NETTO

Professor Catedrático de Direito Internacional
Público da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro e da Faculdade
Brasileira de Ciências Jurídicas

PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO

Nesta edição fizemos uma revisão e atualização da anterior, acrescentando várias páginas. Por outro lado, levando em consideração que em algumas Faculdades é ensinado o Direito de Guerra e Neutralidade, resolvemos incluir "notas" sobre tal matéria.

O estudo do Direito de Guerra e Neutralidade tem sido abandonado pelos modernos doutrinadores do DI. Tal fato deve ser atribuído ao grande desânimo que ele provoca nos que se dedicam a ele, ao lado da guerra ser hoje um ilícito. Ele quase que se reduz a textos de convenção na sua grande maioria já ultrapassados. Os princípios gerais são poucos e é quase sempre casuística. Ele nada mais é do que a história da violação de normas internacionais. Entretanto Gilbert Gidel (Les Lois de la Guerre Maritime, 1946-1947) salienta que as leis da guerra devem ser estudadas e desenvolvidas a fim de se limitar a arbitrariedade do homem, que tem hoje um poderio imenso com uma moralidade que não está no mesmo nível deste poderio.

Procuramos reproduzir sempre que possível os textos convencionais existentes, vez que os alunos geralmente possuem dificuldade em obtê-los.

A orientação seguida no Direito de Guerra e Neutralidade é essencialmente a de H. Accioly e a de Oppenheim-Lauterpacht, que na ordenação da matéria são semelhantes.

Novembro de 1969.

CELSON MELLO

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO

Nesta nova edição fizemos uma revisão e atualização do livro, levando em consideração as transformações ocorridas no DIP no decorrer dos últimos anos.

Junho de 1973.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 5ª EDIÇÃO

Procuramos, mais uma vez, rever e atualizar o livro. Esperamos algum dia poder reescrevê-lo a fim de dar maior unidade e clareza.

Parece-nos que se deveria criar no Brasil, no denominado "ciclo básico" dos Centros de Ciências Sociais, uma disciplina intitulada "Relações Internacionais", como foi feito recentemente na França. É inteiramente impossível se estudar o DIP sem se conhecer a citada matéria, como não se pode estudar D. Constitucional sem se conhecer Sociologia Política.

Pretendemos em alguma futura edição fazer neste "curso" uma introdução relativa às "Relações Internacionais" ou mesmo escrever um trabalho em separado.

Dezembro de 1975.

CELSON MELLO

PREFÁCIO DA 6ª EDIÇÃO

Esta é mais uma edição revista, ampliada e atualizada. Não tive ainda o vagar necessário para reescrever o livro como é minha intenção.

Desejo agradecer e homenagear a Edmundo Vicente Fonseca que datilografou com dedicação as seis edições deste livro.

O autor está na situação do herói do poeta turco Nazim Hikmet que disse: "era tão ignorante como um professor de Direito Internacional Público" (apud J. Pierre Colin).

Novembro de 1978.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 7ª EDIÇÃO

Posso repetir as palavras da 6ª edição. Os defeitos do livro estão se agravando. A nossa preocupação é dar ao aluno, sempre que possível, uma visão do denominado D. Político, e tentamos igualmente ir além do Direito. Este precisa ser visto criticamente como uma ciência social.

Quanto à nossa posição ideológica, podemos repetir os versos de Jacques Prevert que são recitados por Yves Montand:

Contratado sem querer pela fábrica de idéias
Não quis assinar o ponto
Mobilizado também pelo exército das idéias
Eu desertei.

Abril de 1982.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 8ª EDIÇÃO

Mais uma vez revimos e atualizamos o livro, sem contudo o reescrever, como deveríamos fazê-lo.

Setembro de 1985.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 9ª EDIÇÃO

É o mesmo da edição anterior. Desejamos apenas acrescentar que nunca aceitamos a idéia de que os alunos devam estudar em manuais tão elementares que nada dizem. Tentamos sempre fornecer ao estudante uma coletânea de informações que permitam ir adiante. A intenção do autor era nunca mais publicar a presente obra, mas a necessidade financeira o obrigou a proceder de modo diverso. Esta é uma edição exclusivamente com fim mercenário. Peço ao Editor e alunos que me perdoem.

Vivemos em uma época histórica sem esperança. Aprendemos que Deus não é brasileiro. Caminhamos do 3º para o 4º Mundo. O governo tenta estabelecer a lei selvagem do mercado em que apenas os ricos sobrevivem. Nas relações internacionais de um mundo pluralista surge uma nova forma de legitimidade: o bárbaro e impiedoso liberal-capitalismo selvagem.

Kierkegaard dizia: "uma época sem paixão não tem valores..." (apud Allan Janik e Stephen Toulmin — A Viena de Wittgenstein, 1991, pág. 178). O maior filósofo da atualidade, Jürgen Habermas ("La Crise de l'État-Providence", in Écrits Politiques, 1990, pág. 124), escreve: "se os oásis utópicos secam, desenvolve-se em compensação um deserto de banalidade e de perplexidade". Por tudo e apesar de tudo, é preciso continuar a viver.

Outubro de 1991.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 10ª EDIÇÃO

Tudo igual, mais uma vez revimos e atualizamos o livro.

Desejamos aproveitar este momento para mostrarmos uma incongruência da política dos governos brasileiros, neste caso, em relação ao DIP. Os Estados se internacionalizam e luta-se pela implantação do Mercosul, mas o DIP há mais de 20 anos não é disciplina obrigatória nos cursos jurídicos. Ele está morrendo e só tem alguns sobreviventes em S. Paulo, Brasília, Porto Alegre e Rio de Janeiro. Inúmeras Faculdades de Direito de Universidades Federais não o incluem no currículo, ou o lecionam em apenas um semestre como disciplina eletiva.

Mais uma vez as nossas elites educacionais optam pela ignorância da população a fim de evitar que ela tenha uma visão crítica. São as mesmas Autoridades que preferem ensinar álgebra, soma de frações, m.d.c., m.m.c., etc., nas escolas das favelas, mas não dão aulas sobre os direitos dos trabalhadores, ou, ainda, de cidadania. Se no Brasil nada muda, mas apenas os nomes dos que nos governam, permito-me também participar deste conluio. Quanto menor número de especialistas em DIP, melhor para mim. Por favor, requeiro às nossas Autoridades da área da Educação que comuniquem aos demais governantes que não salem em processo de internacionalização da economia ou do Estado, porque não consigo explicar esta aparente "contradição" aos estudantes. Creio que deve haver uma lógica, mas só os iniciados e sábios a conhecem, o que não ocorre com um modesto mestre-escola de província, que é marcada pela "síndrome de Beirute" e que infelizmente não mora na nossa "Disneylândia" (Brasília). Costumo dizer aos alunos que isto decorre do fato de que eles devem ter mais tempo livre para fazer cursos de ginástica e defesa pessoal para poder chegar vivos em casa após as aulas na Faculdade.

Ou ainda, talvez seja efeito de uma "pseudo-resolução" preparada pela Delegação da Austrália na Conferência das Nações Unidas sobre algumas armas convencionais (Genebra, 1978-1980) de que vamos reproduzir alguns trechos, apud Ph. Bretton:

"Resolução acerca dos Efeitos Perniciosos dos Internacionalistas:

A Assembléia Geral

Consciente da tendência dos internacionalistas ao sofisma, à hipérbole e à bruxaria;

Lembrando suas conspirações para minar a lógica aristotélica e a pureza das línguas Inglesa, Francesa, Espanhola, Russa, Árabe e Chinesa;

Convencidos do excessivo sofrimento mental que seus sortilégios causam na população e em diplomatas colocados fora de combate;

Reconhecendo que a participação de internacionalistas é discrepante com o princípio da boa vizinhança entre as nações e constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais;

Recomenda que os governos expulsem todos os internacionalistas para o Vaticano, Trípoli ou para as Ilhas Virgens até que eles tenham alcançado um estado de catararse decorrente da contemplação de fantasmas, líbios...;

Convida os governos a incluírem os internacionalistas em delegações nacionais quando não causarem dano excessivo com efeitos indiscriminados."

Infelizmente os internacionalistas brasileiros ainda não fizeram a sua cartase.

Maio de 1994.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 11ª EDIÇÃO

Como sempre, revimos e atualizamos o livro, sem, contudo, reescrevê-lo como deveria ser feito. O tempo e o dinheiro são curtos. O que conduz a esta nova edição. A grande vantagem do prefácio é ele não ser lido e pelos alunos é totalmente ignorado.

O momento em que vivemos é do "pensamento único" e do neoliberalismo. Confesso que sou um dinossauro e detesto a ambos. Não me conformo com o desprezo da nova geração pela política e a alienação em que vive. Gostaria de citar uma passagem de Thomas Mann ("Apóio o povo espanhol", in O Perigo da hora. O século XX nas páginas do "The Nation", organização de Katrina Vanden Heuvel, 1994), que diz muito sobre isto: "Ouvimos às vezes alguém dizer 'não me interessa por política'. O absurdo das palavras nos atinge, não só pelo absurdo mas pelo egoísmo e por seu caráter anti-social, pelo estúpido auto-engano, pela tolice. No entanto, são mais que isto, revelam uma ignorância não só intelectual, mas ética. Pois o campo político-social é uma parte inegável e inalienável do humano, que tudo abrange."

Quanto ao pensamento único, há um trecho em livro de Paulo Perdigão (Existência e Liberdade. Uma Introdução à Filosofia de Sartre, 1995): "Um homem nada é se não for um contestador", escreveu Sartre. "Mesmo em uma leitura condensada... percebe-se a fidelidade do filósofo a esse princípio: sua recusa às chamadas 'verdades sagradas'... em nome de uma metodologia que buscasse, sobretudo, uma investigação e um entendimento novos da realidade humana engajada no mundo concreto."

Parece-me que as duas passagens ainda poderiam servir de estímulo aos estudantes, mas nada os acordará do entorpecimento intelectual criado pelos meios de comunicação de massa. Pelo menos que eles cumpram o que escreveu George Orwell (apud Michel Beaud — Les Grands Entretiens du Monde — numero spécial de Dossiers et Documents du Monde, juin, 1996, t. 3): "O importante não é viver, mas também ter 'êxito', isto é, permanecer humano."

Enfim, para um velho dinossauro que é o autor deste livro não há mais sonho, como diz Jean Duwignaud (Les Grands Entretiens... cit. acima), todos nós espe-

ramos o trem da felicidade, mas hoje cada vez maior número de pessoas pensa que não adianta construir uma estação, porque tal trem nunca vai chegar. Os dinossauros precisam morrer e deixar a juventude esperar o seu trem.*

O DIP está tão vinculado ao sistema político e este sofre profundas transformações que consideramos ser aplicável a ele o que o Prof. Herbert Butterfield (apud The Diplomats 1939-1979, coordenado por Gordon A. Craig e Francis L. Loewenheim, 1994) disse da História e com a nossa alteração a frase ficaria assim: "O DIP é todo ele um processo de desaprendizado."

A meu ver existem duas categorias de juristas os criadores de novas teorias e os sistematizadores que tentam classificar e aprofundar o trabalho dos primeiros. Contudo, em países atrasados como o Brasil, há ainda espaço para uma categoria, cujos integrantes não podem ser denominados juristas, que são os "divulgadores de Direito". Ela existe devido à ausência de bibliotecas públicas, o preço elevado dos livros estrangeiros, bem como poucos estudantes lêem língua estrangeira."

O autor deste livro coloca-se entre os "divulgadores do Direito" e não se pode pedir ao Curso uma outra finalidade que ele nunca teve.

Abril de 1997.

CELSO MELLO

PREFÁCIO DA 12ª EDIÇÃO

Como sempre fizemos uma pequena revisão e atualização. O problema do DIP é a sua eterna mutação. Na parte relativa às organizações internacionais a questão se agrava.

Fizemos, outrossim, um capítulo desenvolvido sobre os Direitos Humanos.

O maior desejo do autor é ter condições financeiras para poder matar esta obra. Ela já deu o que tinha de dar.

Este livro só continua a existir graças aos esforços do meu editor, amigo e irmão, Lima. Minha gratidão a ele.

Outubro de 1999.

CELSO MELLO

LIVRO I
PARTE GERAL

4. A denominação do meio social onde se desenvolve o DIP não tem sido dada de maneira uniforme pelos doutrinadores: uns falam em comunidade (Sereni, Balladore Pallieri), outros em sociedade internacional.

A distinção entre sociedade e comunidade nos é dada pela Sociologia e Ferdinand Tönnies⁸; a fez na obra "Comunidade e Sociedade" publicada no século passado. Este sociólogo, levando em consideração a "intensidade do vínculo psicológico" nos grupos sociais, os classificou em comunidade e sociedade. A comunidade apresentaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participariam de maneira mais profunda na vida em comum. A comunidade é uma criação de cooperação natural "anterior a uma escolha consciente de seus membros" (Harry Liebersohn — "Fate and Utopia in German Sociology, 1870-1923", 1988). A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela idéia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato.

As diferenças entre essas duas formas de "convivência social" foram estudadas por outros doutrinadores como Freyer, que assinala ser a comunidade "extra-histórica", tendo apenas "permanência", possuindo um aspecto eminentemente "natural". A sociedade é "histórica formada de grupos heterogêneos" que possuem entre si uma "tensão de domínio". Para Freyer a comunidade é uma estrutura em que não há poder de dominação, enquanto a sociedade é uma estrutura em que a união vem da existência de um poder dominante.⁹ Para Harold Laski, sociedade seria "um grupo de seres humanos vivendo juntos, trabalhando juntos para a satisfação de seus interesses mútuos". Os interesses fundamentais em uma sociedade são de aspecto econômico.

Levando em consideração as diferenças apresentadas pelos autores acima, devemos concluir que existe uma sociedade e não uma comunidade internacional. O mundo internacional é uma constante luta entre Estados à procura de setores e ele se rege em inúmeros setores pelo contrato, aqui denominado de tratado. Caracterizam este ambiente internacional como sendo uma sociedade internacional: Aguilar Navarro e Trujol y Serra.

5. A existência da sociedade internacional tem sido negada por diversos doutrinadores com base em diferentes afirmações:¹⁰ a) o Estado é a forma mais elevada de vida social; b) a sociedade internacional não possui uma autoridade superior aos membros que a compõem; c) entre os Estados só existe a guerra.

Estas críticas não correspondem à realidade por diversas razões: a) a guerra não é uma negação do DI, pelo contrário, foi durante largo período de tempo considerada uma das sanções ou um modo de solução dos litígios,

deste ramo da ciência jurídica. Atualmente é que ela se encontra "fora da lei", mas a conduta dos beligerantes sempre foi regulamentada por normas internacionais. De qualquer modo, a guerra sempre foi uma forma de convivência social; b) limitar a organização da vida social na figura do Estado é limitar o progresso humano e negar um dos ideais de nossa época, que é o da integração internacional; c) a outra objeção é também passível de crítica, porque os seus autores estão obcecados pela figura da sociedade estatal e consideram que todas as outras sociedades devem tê-la por modelo. Eles não vêem que novas formas societárias podem surgir sem que nada impeça tal fato.

Em conclusão, podemos afirmar que existe uma sociedade internacional, porque existem relações contínuas entre as diversas coletividades, que são formadas por homens que apresentam como característica a sociabilidade, que também se manifesta no mundo internacional. A sociabilidade não existe apenas dentro das fronteiras de um Estado, mas ultrapassa tais limites.

Sobre o fundamento da sociedade internacional defrontam-se duas principais concepções: a positivista e a jusnaturalista.¹¹

A positivista (Cavaglieri) sustenta que a sociedade internacional seria formado por meio de acordo de vontade dos Estados. A jusnaturalista (Del Vecchio) afirma que o homem, ser "ontologicamente social", só se realiza em sociedade, a sociedade internacional sendo a sua forma mais ampla. Esta afirmação se baseia na unidade do género humano que, como assinala Ruysen, é uma realidade científica comprovada pela possibilidade de procriação entre as mais diversas raças humanas.

A concepção positivista-voluntarista, acima exposta, deve ser abandonada, porque não explica como um novo Estado na sociedade internacional está sujeita às normas internacionais mesmo que não queira se subordinar a elas. Cavaglieri declara que um Estado pode deixar de entrar para a sociedade internacional e que, ao entrar, ele aceita as suas normas. Todavia, este raciocínio não é válido, uma vez que nenhum Estado poderia subsistir sem manter qualquer tipo de relações com os seus vizinhos e a própria noção de Estado perderia o seu valor se aplicada a uma coletividade que não se integrasse na sociedade internacional.

6. As características da sociedade internacional podem ser resumidas nas seguintes: universal, paritária, aberta, não possui uma organização institucional com a sociedade interna, o direito que nela se manifesta é originário e tem poucos membros.

É universal porque abrange todos os entes do globo terrestre. É paritária uma vez que nela existe a igualdade jurídica. A característica de aberta significa que todo ente, ao reunir determinados elementos, se torna seu membro sem que haja necessidade de os membros já existentes se manifestarem sobre o seu ingresso. Por outro lado, tem sido assinalado que as relações internacionais contemporâneas têm como contradição o fortale-

cimento das estruturas internacionais e o conseqüente esfacelamento do poder dos Estados que querem conservar o poder de sancionar. A falta de uma organização institucional significa que ela não é um superestado, isto é, não possui um poder legislativo, executivo ou judiciário por cima dos Estados e, em conseqüência, é descentralizada.¹² Pode-se acrescentar ainda que predomina a autotutela, que como salienta R. Tucker: ela em um sistema onde há desiguais preserva as desigualdades. Há entretanto uma tendência à hierarquização, vez que o Estado tem tido a sua soberania reduzida em benefício da cooperação internacional (P. Vellas). Finalmente, o DIP é um direito originário porque ele não se fundamenta em outro ordenamento positivo. M. Virally salienta que devido ao pequeno número de membros é "praticamente impossível ignorar as situações concretas e individuais e raciocinar como faz o direito por meio de categorias gerais".

7. Os autores têm salientado em inúmeros casos a revisão do Direito Internacional Público, vez que a sua formulação clássica não corresponde à realidade dos dias de hoje.^{12A}

A revisão pode ser entendida em um único aspecto: tornar o DIP mais efetivo, isto é, que o direito tenha uma relação com o fato. Enfim, o direito deve atender "objetivamente a sua função social". É a aplicação do princípio da efetividade que tem influenciado os doutrinadores mais recentes. Tem-se pregado uma visão sociológica do DI a fim de que entrem na sua análise "grupos transacionais de pressão", "partidos políticos transacionais", o indivíduo, etc. (Myres S. McDougal).

O DIP que é ensinado nas faculdades e nos livros é, ainda, via de regra, o mesmo DI formulado no século XIX pelas grandes potências ocidentais.^{12B} É assim um direito que atende aos interesses e não aos interesses de desenvolvimento. O DI deve transformar em um Direito Econômico (v. "Palavras Prévias" e capit. DI Econômico). Deve ser tornar um instrumento consagrador deste. O Direito precisa passar por este transformador da sociedade e não a origem do um status econômico.

Por outro lado a sociedade internacional se universalizou e até 1856, quando a Turquia foi admitida no concerto das nações, o que havia era um "direito público das nações cristãs" (M. Hamidullah).¹³ Assinala Carl Schmitt que no período compreendido entre os séculos XVI e XX se "considerava as nações cristãs da Europa como criadoras e possuidoras de um ordenamento que era válido para toda a terra" e "o termo civilização era equivalente à civilização europeia". Ele deixa de ser um direito europeu para ser de um sistema de Estados de civilização cristã com a independência dos EUA (R. Bermejo). Dá Henkin afirmar que o Direito Internacional "não pode sobreviver ao declínio da dominação europeia e não pode governar comunidade de nações-cuja maioria dos membros não é europeia, não são imperialistas, nem capitalistas...". Concordamos com a afirmação de Castañeda de que Direito Internacional é uma "variável" na sociedade

→ pois não há igualdade de direitos
ou equilíbrio

internacional e que deva evoluir "acompanhando" a infra-estrutura política econômica, social, cultural e tecnológica do qual ele tira seu fundamento".

Alguns internacionalistas (Hedley Bull e Adam Watson) observam que até o final do século XV o mundo internacional possuía "vários sistemas internacionais regionais": o chinês, o islâmico, o hindu, etc., que eram hegemônicos ou imperiais. O sistema de dominação europeia universalizou o DI, mas não deixou de ser também imperialista.

É de se lembrar que no século XIX e no início do século XX houve autores que consideraram ser o DI um produto do cristianismo e não se aplicaria aos demais. Assim se manifestaram Hall e Westlake, sendo que este último abria uma exceção para o Japão^{13A} e para a Turquia.¹⁴ Franz von Liszt escreveu que em 1915 a sociedade internacional tinha 43 Estados: 21 europeus, 21 americanos e o Japão. Afirmava que China, Rússia e Sião não estavam plenamente incorporados a ela, bem como que a Libéria e a Abissínia não a integravam estando próximas dela. Franz von Liszt dividiu assim a humanidade em Estados civilizados, semicivilizados e não civilizados. A sociedade internacional era formada apenas pelos Estados civilizados. China, Sião e Pérsia, que eram os considerados semicivilizados, só integravam a sociedade internacional na medida dos tratados concluídos com os Estados civilizados. E agora vem a nosso ver a posição de von Liszt que mostra o caráter eminentemente elitista da sociedade internacional: os Estados civilizados quando se relacionavam com os semicivilizados com os quais não tivessem concluído tratados, ou ainda quando os Estados civilizados se relacionavam com os não civilizados, em ambos os casos, não havia obrigação de se respeitar qualquer regra jurídica, podia usar a força e só estavam sujeitos aos princípios cristãos e de humanidade. Antes de Liszt, Lorimer em 1883-1884 classificava a humanidade em: civilizada, bárbara e selvagem. É após a publicação do livro de Vattel (1758) que se começou a falar em DI Europeu (Georges Abi-Saab).

Atualmente pode-se dizer com Henkin que existem tantos elaboradores do DI, tantos juízes quanto o número de Estados existentes na sociedade internacional.

Em sentido contrário à posição de que o DI seja eurocêntrico está a posição de Roberto Ago, que afirma ter existido sempre na sociedade internacional um pluralismo e que o DI é encontrado em todas as civilizações antigas e modernas.

Ora, deste mesmo vício tem sido ainda acusado o DI pelos Estados afro-asiáticos, apesar de na ONU em 1966 haver 61 afro-asiáticos (excluindo Israel e União Sul-africana) em um total de 119 membros.¹⁵

O que já fez um autor afirmar que depois da 2ª Guerra Mundial "a Europa se transformou em satélite de outros continentes" (Franco Antonio Cusimamo).

Alguns autores (B. V. A. Roling) têm afirmado que existe uma conexão entre a democratização no plano interno do Estado e no plano internacional.

A revisão do DIP tem sido defendida pelos denominados "novos Estados". Segundo Pierre Hassner, há vários sentidos para esta expressão: *a) os Estados recentemente independentes; b) os Estados subdesenvolvidos; c) os neutralistas; d) os afro-asiáticos; etc.* Estes diferentes sentidos variam de acordo com o modo que se visualiza esta expressão, por exemplo, histórico, econômico, político, geográfico, etc. Nós utilizamos esta expressão no sentido de abranger os subdesenvolvidos que de um modo geral têm reivindicações semelhantes no plano do DIP, por exemplo, a não aceitação do princípio da pronta, justa e efetiva indenização em caso de nacionalização de empresa estrangeira; a soberania passa a ser entendida como também uma soberania econômica; alteração no comércio internacional que atualmente só traz benefícios às grandes potências econômicas.

A norma jurídica internacional deve surgir da convivência social internacional levando em consideração o maior número de Estados e de indivíduos aí existentes. Ora, o que ocorre atualmente, é que os Estados mais poderosos, apesar de em minoria, elaboraram e elaboram as normas internacionais ainda "em vigor" e lutam pela sua manutenção. Na verdade, o processo de formação das normas internacionais não é via de regra, democrático, mas que ele leva em consideração o poderio dos Estados. Os Estados em vias de desenvolvimento legitimamente contestam que as normas assim elaboradas estejam em vigor. Outros pontos podem ser mencionados como ocasionando no campo do DI conflitos entre desenvolvidos e subdesenvolvidos: largura do mar territorial, tratamento de estrangeiros, etc.¹⁶ O DIP se encontra em uma verdadeira crise^{16A} nos dias de hoje. Pode-se repetir com Chaumont que, "no DI, Deus está morto e o céu está vazio".

Uma observação de Monique Chemillier-Gendreau me parece muito interessante é que o DI para garantir a sua "coerência" precisa se fundamentar em "uma única racionalidade que se impõe como universal, e isto é indemonstrável". Continua esta internacionalista afirmando que os sistemas jurídicos têm lógicas diferentes e variam, por exemplo, em função da ligação do direito com o aspecto religioso. Em consequência, a universalidade do direito é, na verdade, a racionalidade do direito ocidental.

Os "novos Estados" ao atingirem a independência tornam-se membros das organizações internacionais existentes, porque elas constituem um dos meios de eles participarem ativamente nas relações internacionais. O grande número destes Estados nas organizações internacionais tem trazido poucas modificações ao DIP, tendo em vista que eles não controlam os verdadeiros órgãos diretores destas organizações. O Direito Internacional não os auxiliou na luta contra o colonialismo e tem sido um grande aliado no estabelecimento do neocolonialismo (Michel Virally). Por outro lado,

eles nem sempre têm unidade nas reivindicações. Bem como, sendo Estados em vias de desenvolvimento, estão mais abertos à influência estrangeira do que os desenvolvidos. Podemos lembrar ainda a respeito deles uma observação de Stanley Hoffmann de que são "governos ainda à procura de uma nação". Os governos "estão também tentando criar uma nação". É interessante de se observar que são os internacionalistas ocidentais que têm reivindicado a revisão mais radical. O DIP na sua essência ainda permanece atualmente um direito clássico. As alterações sofridas por ele, pode-se dizer, ainda são "periféricas". Inclusive porque não há maior ruptura com o Direito Internacional Clássico, vez que o Estado continua, na prática, sendo o grande ponto de referência do Direito Internacional, em sentido semelhante (Buirette-Maurau). Assim sendo, não houve o risco que era apresentado por alguns autores de desaparecer o Direito Internacional Clássico sem que surgisse um novo Direito Internacional. Na verdade, esta hipótese não nos parece passível de ocorrer, tendo em vista que em uma sociedade sempre existirá algum tipo de norma que regulamenta as relações entre os atores que a compõem. Concordamos com Buirette-Maurau que foi destruído um "consenso" sem que surgisse um novo e que as contradições existentes politizam o direito sem que ele perca a sua juridicidade.

Estes países adotaram durante algum tempo na política internacional a posição denominada de neutralismo, que consistiu durante a Guerra Fria na não filiação a nenhum dos dois blocos (norte-americano e soviético).^{16B}

Esta posição tinha a sua origem nos seguintes fatores: *a*) vários destes países atingiram a independência após uma luta com uma grande potência (Grã-Bretanha e França), o que criou uma aversão à dominação ocidental e procura terminar com ela (Hedley Bull); *b*) as suas elites dirigentes eram novas no sentido de que não estavam presas aos antigos grupos sociais; *c*) o neutralismo evitava lutas internas entre as diferentes facções políticas. O neutralismo foi criticado por autores norte-americanos (George Liska, O'Leary) que consideravam que ele aumentava a tensão entre os blocos, bem como que o 3º Mundo tentava ser o "fiel da balança". Entretanto, é de se lembrar que para os subdesenvolvidos não existiam outras alternativas válidas e o neutralismo dava a eles pelo menos o poder de barganha. É de se lembrar ainda que o neutralismo teve uma "função pedagógica" no sentido de proteger os novos países dando-lhes tempo de "aprender as técnicas da política estrangeira e da diplomacia" (G. H. Jansen).

A Política Externa Independente, adotada nos governos Jânio Quadros e João Goulart, aproximava-se do neutralismo. Este entretanto jamais teve uma única ideologia. Atualmente os subdesenvolvidos formam o "Movimento dos Não-Alinhados",^{16C} que têm se reunido em várias conferências: Belgrado (1961); Cairo (1964); Lusaka (1970); Argel (1973); Colombo (1976); Havana (1979);^{16D} Nova Deli (1983) e Harare (1986). Esta idéia

de reunir conferências integradas por países que não participam de alianças militares surgiu de uma conferência entre Tito, Nehru e Nasser em 1956.

Os órgãos do Movimento são os seguintes: *a*) Conferência dos Chefes de Estado ou de Governo (é o principal); *b*) Conferência de Ministros das Relações Exteriores; *c*) Comitê de Coordenação a nível ministerial e Comitê de Coordenação a nível de representantes permanentes, etc. O Brasil tem participado das conferências como observador. Pode-se repetir que se a política de balança do poder preservou a independência dos pequenos Estados, entretanto operou de modo a sacrificar os interesses destes Estados (R. Tucker).

A reunião realizada no Cairo, em 1961, preparatória da de Belgrado, fixou os seguintes critérios para pertencer ao movimento dos não-alinhados: *a*) política independente fundada na coexistência pacífica; *b*) sustentação dos movimentos de libertação nacional; *c*) não pertencer a pactos militares coletivos (é a essência do não-alinhamento); *d*) não participar em alianças bilaterais com grandes potências; *e*) não arrendar bases militares a potências estrangeiras.

Segundo Berg o movimento adotou três tipos de atitudes, sucessivamente: *a*) tentou explorar em seu benefício a bipolaridade; *b*) tentou criar uma zona de paz, exercendo uma função mediadora e pacificadora; *c*) tenta criar uma multipolaridade, estabelecendo as bases de uma nova ordem internacional. Pode-se dizer que existem duas correntes no movimento dos não-alinhados: *a*) uma que defende aliança com os países socialistas para lutar contra o imperialismo (ex.: Cuba); *b*) outra defende uma equidistância das duas superpotências (ex.: Líbia). Talvez se possa repetir as palavras de Jean Lacouture: "não existe não-alinhamento, existem países não-alinhados". A partir de 1989-1990 com o desmoronamento do Bloco Socialista este movimento perdeu a sua razão de ser. O grande problema do 3º-mundismo é que os seus integrantes não tinham "cacife político e econômico" para bancar uma terceira via entre o leste e o oeste (Luciano Martins).

Bedjaoui observava que "no mundo bipolar ou oligárquico correspondia um 'direito internacional de confisco'. Confisco de independência e de soberania dos Estados-satélites de blocos. No mundo multipolar a ser construído corresponderá um 'direito internacional de participação'. Todos os Estados participarão na elaboração e aplicação das normas internacionais". A "diplomacia das matérias-primas" substituirá a "diplomacia das canhoneiras". Este autor observa que o DI Clássico aparecia como sendo um sistema de normas com um aspecto geográfico (direito europeu), uma inspiração ético-religiosa (direito cristão), uma inspiração econômica (direito mercantilista) e com fins políticos (direito imperialista). Assim sendo, o DI foi um freio à descolonização e um obstáculo para que o 3º Mundo se desenvolva. O internacionalista argelino acaba por citar Chautmont: "direito injusto pelo que ele justifica e irreal pelo que ignora".

Bedjaoui assinalou que era um direito oligárquico, porque era aplicado por um clube fechado, um direito plutocrático que permitia os fortes explorarem os fracos e um direito não-intervencionista que permitia um *laissez-faire*. Ou ainda, continuando a seguir Bedjaoui, o DI reconheceu a ocupação, a conquista e os tratados desiguais. "Foi institucionalizado no Congresso de Berlim de 1885." Era formalista e a igualdade era apenas a "aparência". Pela prática da intervenção e da proteção diplomática os nacionais de grandes potências tinham grandes vantagens. Negava a inúmeros Estados o direito à independência, apesar de ser permissivo.

Para Chaumont o Direito Internacional Clássico vigorou até o final da 1ª Guerra Mundial. E de se recordar que em 1917 a URSS rejeitou os tratados concluídos pelos czares alegando que não dera o seu consentimento.

Pode-se acrescentar ainda que o Direito Internacional Clássico consagrava os tratados desiguais que eram leoninos, por meio dos quais os povos coloniais entregavam as suas riquezas naturais, bem como era formalista (o Direito era um fim em si mesmo), não levando em consideração o aspecto político e econômico (R. Bermejo).

O próprio DI deve ser alterado como bem salienta Robert Bosc: o DI Clássico é um "direito de coexistência que regula as rivalidades e os conflitos de poder" com uma sanção que é a guerra.¹⁷ Que ocorre atualmente é que deveria haver um "direito de cooperação" que vise "conciliar os interesses". Este seria "aberto e progressista" e teria o seu desenvolvimento mais rápido no plano regional e pode caminhar até a formação de uma comunidade mundial. "Entre Estados a coesão crescerá com o número e a qualidade dos serviços prestados pela comunidade internacional. Mas as pressões dos fortes sobre os fracos e as ameaças de coação retardam mais do que apressam a integração." Tal fato não significa que o DI da coexistência venha a desaparecer, vez que sempre existirão "conflitos de poder", mas significa que sua importância tende a diminuir.

O grande conflito, como assinalava George Ball, ao tempo da rivalidade EUA e URSS, era o norte-sul (ricos e pobres) e não mais o leste-oeste. Maurice Flory salienta dentro de linha semelhante de raciocínio que o grupo dos 77, na UNCTAD, cria uma bipolaridade independente do aspecto ideológico. Este grupo surgiu na 1ª UNCTAD, em Genebra, em 1964, e contava em 1983 com 125 países. Ele é formado por países africanos, asiáticos e latino-americanos, mas existem algumas exceções, como a África do Sul e a China, que não o integram, e ao mesmo tempo fazem parte dele Malta e Chipre, que são europeus, e a Romênia, que é europeia e socialista. O citado grupo formado por países subdesenvolvidos defende o estabelecimento de um comércio internacional mais favorável a eles. Em 1977 os países que têm uma renda *per capita* inferior a 200 dólares possuem 21,1% da população mundial e só representam 1,6% do PNB mundial.

Este tipo de bipolaridade não era aceite pela URSS, que só aceitava a divisão entre países capitalistas e países socialistas. Por outro lado, tem sido assinalado que a cartelização de matérias-primas é contra o Ocidente, porque a Europa Ocidental e o Japão são importadores de matérias-primas e são as firmas ocidentais que estão ameaçadas de nacionalização. Daí Charles Zorgbibe dizer que o conflito norte-sul é na verdade leste-oeste-sul.¹⁸ Para os chineses haveria a seguinte divisão: 1º Mundo — hegemonia americano-soviética; 2º Mundo — países da Europa Ocidental, Japão e China; 3º Mundo — países em desenvolvimento. A expressão Norte-Sul é passível de crítica: a) existem também países socialistas industrializados; b) Austrália e Nova Zelândia estão no sul e são industrializados; c) o Sul é heterogêneo e tem países semi-industrializados, como o Brasil (Carrillo Salcedo).

~~Os subdesenvolvidos têm reivindicado atualmente uma "igualdade vantajosa", isto é, que lhes seja dado um tratamento mais benéfico em termos de comércio, bem como de aplicação de recursos. Eles têm preferido para a reforma do DIP os "instrumentos quase parlamentares da diplomacia multilateral", bem como tentam fazer com que as recomendações das organizações internacionais passem a ser obrigatórias. Atualmente o 3º Mundo domina as Comissões que elaboram o Direito Internacional: Comissão de Direito Internacional, Comissão de Direito Comercial Internacional, Comitê do Fundo dos Mares e UNCTAD.~~

O estudo do DIP deve vir a ser intensificado nos diferentes países, o que está conforme ao que a ONU solicitou aos seus membros em 1962, mas acima de tudo entre nós subdesenvolvidos que devemos lutar para que ele se transforme em um DI do Desenvolvimento. Na verdade, deveria ser intensificado não apenas o estudo do DIP, mas de todas as matérias que lidam com o plano internacional: Relações Internacionais, Economia Internacional, etc. ~~De qualquer modo, concordamos com Carrillo Salcedo, de que a noção de humanidade (D. do Mar, D. do Espaço) deve ser entendida como uma tomada de consciência da existência de interesses coletivos.~~

~~Devemos mencionar as características que Marcel Merle aponta como pertencendo ao sistema internacional contemporâneo: a) ter ocorrido um incremento nas relações econômicas no sentido do estabelecimento de um mercado mundial; b) as informações são transmitidas instantaneamente; c) o volume de imigrantes e o deslocamento das pessoas têm aumentado; d) desenvolve-se uma destruição em massa de um campo estratégico unificado; e) os Estados participam de um grande número de organismos internacionais.~~ Para McWhiney o mundo de hoje se caracteriza por uma "revolução mundial" que se compõe de uma série de "revoluções contínuas".

Finalmente, para que se possa entender as relações internacionais é preciso falar das três antinomias existentes, apontadas por Charles Chau-

monte que impedem a existência de uma comunidade internacional. a) a ordem pública que pressupõe uma estabilidade; e do outro lado, a falta de revolução. b) a ideia de cooperação e liderança de soberania. c) o direito a autodeterminação dos povos e a divisão do mundo em zonas de influência. Em conclusão:

A sociedade internacional que surge após a derrocada do mundo socialista apresenta as seguintes características: a) é "unimultipolar", isto é, os EUA são a única superpotência, mas existem cinco potências importantes: Rússia, Japão, Alemanha, França e Grã-Bretanha; b) na Guerra Fria havia "estabilidade e previsibilidade", o que agora não existe; c) a grande ameaça aos EUA é o poderio econômico japonês (Samuel P. Huntington — A Mudança nos Interesses Estratégicos Americanos, in Política Externa, vol. I, nº 1, junho de 1992). Autores europeus (Pierre Lellouche) afirmam que o "novo mundo" se caracteriza pela "desordem das nações". Ou ainda, que a "nova ordem mundial" que tem sido criada com o nome de presidente Bush, na reunião da OMC, no final de 1994, não é nada mais do que uma nova

Em um outro sentido, pode-se dizer que a sociedade internacional é fechada, vez que não há mais espaços a serem ocupados e que existe uma interdependência universal (Pierre-Marie Dupuy).

Uma das características da sociedade internacional é a denominada globalização, isto é, uma economia integrada por obra das empresas transnacionais. Erich Weede (Dicionário de Ética Econômica, organizado por Georges Enderle "et alii", 1997) escreve: "globalização da economia significa que as fronteiras entre os países perdem importância, quando se trata de decisões sobre investimentos, produção, oferta, procura e financiamentos. As conseqüências são uma rede cada vez mais densa de entrelaçamento das economias nacionais, uma crescente internacionalização da produção, no sentido de que os diferentes componentes de um produto final possam ser manufaturados em diferentes países, e a criação de mercados mundiais integrados para inúmeros bens, serviços e produtos financeiros. A globalização também abarca os mercados de trabalho. Aumentaram as migrações de mão-de-obra entre países. Nenhum país pode retirar-se da rede de integração econômica internacional sem, no mínimo, temporariamente, ocasionar perdas na assistência social para si e para os outros países".

O que caracteriza a globalização é que os elementos globalizados se encontram separados "de uma organização social particular", tendo ocorrido uma dissociação da economia e da cultura. A globalização destrói as mediações políticas e sociais que uniam a cultura e a economia, assegurando "a integração todos os elementos da vida social". Continuando a seguir Alain Touraine (Pourrions-nous Vivre Ensemble? Égaux et différents, 1997) acentua este sociólogo francês que ela que constrói uma sociedade sobre a "liberdade" do indivíduo "e não mais sobre um bem comum ou um interesse geral".

Para Roland Robertson a globalização não é apenas para estruturas, redes, etc. mas nos modos de pensar a vida social. Ela tem desenvolvido o "pensamento único" em favor do neoliberalismo. A sociedade agora "agrega indivíduos diversos, que os torna culturalmente homogêneos e torna possível a sua conservação e reprodução (Giovanni Busino).

Há uma corrente de pensamento (José Manuel Parezza) que afirma que o DIP vai evitar uma globalização neodarwinista. Contudo, não acreditamos nesta possibilidade.

Para uma descrição da sociedade internacional após a queda do muro de Berlim vamos nos fundamentar em Ignácio Ramonet. Após 1989 já houve cerca de 60 conflitos armados com mais de 17 milhões de refugiados. As 225 maiores fortunas do globo representam 1000 bilhões de euros, que é o equivalente à renda anual de 45% dos mais pobres da população mundial (2,5 bilhões de pessoas).

As pessoas estão mais ricas que os estados. As 15 pessoas mais ricas ultrapassam o PIB da África Subsariana. Em 1960 os 20% da população que vivia nos países mais ricos tinham uma renda 30 vezes superior a dos 20% mais pobres. Em 1995 a renda é 80 vezes superior.

Para atender às necessidades sanitárias e nutricionais fundamentais custaria 12 bilhões de euros, isto é, o que os habitantes dos EUA e União Européia gastam por ano em perfume e menos do que gastam em sorvete. Morrem anualmente 30 milhões de pessoas por fome. Esta é uma arma política, uma arma de guerra e cria o "charité business". As fusões de empresa têm permitido diminuir o número de empregos. Cada uma das 100 principais empresas globais vende mais do que exporta cada um dos 120 países mais pobres. As 23 empresas mais importantes vendem mais que o Brasil. Elas controlam 70% do comércio mundial. Na Serra Leoa, o Front Rebelde Unido corta a machado as mãos das populações rurais para impedir que elas trabalhem. Nas guerras da África 90% das vítimas são civis.

Para encerrarmos este capítulo, devemos repetir uma observação de Georges Abi-Saab de que o DI está "condenado" a ser o "direito interno da humanidade".

Este livro é ainda uma tentativa tímida neste sentido, de revisão do DIP que pretendemos aprofundar nas próximas edições.

NOTAS

1. B. Landheer — *Contemporary Sociological Theories and International Law*, in RdC, 1957, vol. I, t. 91, págs. 7 e segs.; idem, 1957, vol. II, t. 92, págs. 519 e segs.; Antônio Truyol y Serra — *Genèse et Structure de la Société Internationale*, in RdC, 1959, vol. I, t. 96, págs. 553 e segs.; Julius Stone — *Problems Confronting Sociological Enquiries Concerning International Law*, in RdC, 1956, vol. I, t. 89, págs. 65 e segs.; Dietrich Schindler — *Contribution à l'Études des Facteurs Sociologiques et Psychologiques du Droit International*, in RdC, 1933, vol. IV, t. 46, págs. 233 e segs.; Carl Bilfinger — *Les bases fondamentales de la communauté des États*, in RdC, 1938, vol. I, t. 63, págs. 133 e segs.; P. A. Papaligouras — *Théorie de la Société Internationale*, vol. I, 1941; Georges Scelle — *Le Concept de Société Internationale*, in *Revue de Droit International*, 1935, 1º semestre, t. XV, págs. 7 e segs.; G. W. Keeton e G. Schwarzenberger — *Making International Law*, 1946; Jesse S. Reeves — *La communauté internationale*, in RdC, 1924, vol. II, t. 3, págs. 5 e segs.; Théodore Ruyssen — *Les caractères sociologiques de la communauté humaine*, in RdC, 1939, vol. I, t. 67, págs. 125 e segs.; Percy E. Corbett — *Social Basis of a Law of Nations*, in RdC, 1954, vol. I, t. 85, págs. 471 e segs.; Théodore Ruyssen — *La Société Internationale*, 1950; Alessandro Migliazza — *Il Fenomeno dell'Organizzazione e la Comunità Internazionale*, 1958; Antonio Truyol y Serra — *La Sociedad Internacional*, 1974; G. A. Sumida — *Transnational Movements and Economic Structures*, in *The Future of The International Legal Order*, coordenado por Cyril C. Black e Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 524 e segs.; Jacques Adda — *Le mondialisation de l'économie*, 2 vols., 1998; Zygmunt Bauman — *Globalização. As conseqüências Humanas*, 1999.

1-A. Podemos adotar a definição de sociedade de Edgar Morin (Sociologie, 1984) de que é "um conjunto de interações econômicas, psíquicas, culturais, etc. formando sistema, cujo sistema comporta aparelhos de comando/control... que retroagem sobre as interações de que depende sua existência". Ordem social pode ser definida nas palavras de Stanley Hoffmann: "Normas, políticas e processos que asseguram a satisfação das necessidades fundamentais do grupo social..."

2. "Uma regra de direito determinada e um ambiente sociológico determinado caminham juntos" (Schindler). Desta afirmação devemos tirar todas as conseqüências no sentido de que as possibilidades bem como as limitações do direito se encontram condicionadas à sociedade.

2-A. Como salienta Corbett: o Direito não cria a sociedade. Esta é criada pelo interesse comum. O Direito apenas consolida a sociedade.

3. O DI ainda depende em grande parte dos Estados mais fortes. Pode-se acrescentar que até os dias de hoje o DIP ainda não controlou efetivamente o uso da força.

4. A Sociologia do DI tem o seu fundador no suíço Max Huber e como seus grandes estudiosos: Schindler, Schwarzenberger, Stone, Corbett, etc. A literatura moderna do DIP é predominantemente de base sociológica.

5. Em sentido contrário está Giuliano, que considera ter o DI surgido no século XVI, enquanto que a sociedade internacional já existiria.

6. Aguilar Navarro e Balladore Pallieri a fazem datar do período medieval.

7. O direito nem sempre corresponde à estrutura da sociedade em que ele se manifesta. Na verdade, pode-se repetir que o direito, normalmente, nasce

"velho" em relação à sociedade. O DI não corresponde à atual estrutura da sociedade internacional (Landheer).

7-A. Organização internacional não-governamental é aquela criada por iniciativa de pessoas privadas de diferentes nacionalidades destinada a uma atividade internacional não-lucrativa com personalidade jurídica de direito interno, mas não de DI (Carreau, Flory e Julliard).

8. Alguns autores (Scelle) vêem nas relações internacionais apenas "relações interindividuais".

8-A. "O personalismo distingue-se rigorosamente do individualismo e sublinha a inserção coletiva e cósmica da pessoa" (Emmanuel Mounier *apud* André Lalande — *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, 1993). Em sentido contrário Raymond Polin (*La Création des Cultures*, 1993) considera que se deve falar em indivíduo, porque ele é que é dotado de liberdade, e acrescenta: "sua pessoa, ele a recebe das outras, na vida em sociedade".

8-B. Keishiro Iriye — *The Principles of International Law in The Light of Confucian Doctrine*, in RdC, 1967, vol. I, t. 120, págs. 1 e segs.; K. N. Jayatilleke — *The Principles of International Law in Buddhist Doctrine*, in RdC, vol. I, t. 120, págs. 441 e segs.; S. Mahmassani — *The Principles of International Law in The Light of Islamic Doctrine*, in RdC, 1966, vol. I, t. 117, págs. 205 e segs.; K. R. R. Sastry — *Hinduism and International Law*, in RdC, 1966, vol. I, t. 117, págs. 507 e segs.; Prosper Weil — *Le Judaïsme et le Développement du Droit International*, in RdC, 1976, vol. III, t. 151, págs. 253 e segs.; Hebré de Riedmatten — *Le Catholicisme et le Développement du Droit International*, in RdC, 1976, vol. III, t. 151, págs. 115 e segs.; P. H. Kooijmans — *Protestantism and the Development of International Law*, in RdC, 1976, vol. IV, t. 152, págs. 79 e segs.

8-C. Segundo Paulo Bonavides o primeiro a lançar as "bases" desta distinção foi Schleiermacher em 1879.

9. Outras diferenças têm sido apresentadas pelos doutrinadores (Keeton-Schwarzenberger) que defendem ser o "critério de solidariedade" o "fator decisivo", e concluem: "enquanto os membros de uma comunidade estão unidos a despeito de sua existência individual, os membros de uma sociedade estão isolados a despeito de sua associação". Para Max Weber a comunidade tem origem em um sentimento subjetivo, como o aspecto emocional ou tradicional, enquanto a sociedade surge da vontade orientada pela razão visando um determinado fim.

10. V. Capítulo III.

11. Uma terceira concepção pode ser acrescentada à denominada de lógica-jurídica (Kelsen), também de natureza objetiva, como a jusnaturalista. Para o autor citado, a comunidade internacional é a "ordem superior e comum que torna possível aos Estados se relacionarem"; é ainda onde se "coroam como em uma cúpula todas as demais formas sociais" (Aguilar Navarro). Esta teoria, a nosso ver, não chega a fundamentar a sociedade internacional, isto é, porque ela existe. Esta doutrina praticamente se limita a constatar que os Estados se relacionam porque existe uma ordem superior, mas não explica por que esta ordem superior se formou e de onde ela se originou.

12. Georges Scelle observa que na sociedade internacional que não é hierarquizada predomina o princípio do desdobramento funcional, isto é, os próprios Estados (autores e destinatários das normas internacionais) emprestam os seus órgãos para que o DI se realize. Assim, o Executivo de um Estado atua como órgão

do Estado e órgão da sociedade internacional. A sociedade internacional não tem Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, mas tem as funções correspondentes a eles. A moderna antropologia (Radcliffe-Brown, Malinowski) observa que as funções são mais importantes do que as estruturas (Gonidec).

12-A. R. A. Falk — The New States and International Legal Order. *in* RdC. 1966, vol. II, t. 118, págs. 7 e segs.; Prakash Sinha — New Nations and the Law of Nations. 1967; Milan Sahovic — Influence des États Nouveaux sur la conception du Droit International in AFDI. 1966, págs. 30 e segs.; Myres S. McDougal — International Law, Power and Policy. *in* RdC. 1953, vol. I, t. 82, págs. 137 e segs.; Les Nouveaux États dans les Relations Internationales — publicação do Centre d'Étude des Relations Internationales sob a direção de J.-J. Duroselle. 1962; J. Robert Bosc — Le Tiers Monde dans la politique internationale, 1968; Franco Antônio Cusimano — L'Ordinamento Internazionale e l'avenire dell'Europe. 1966; David Vital — The Inequality of States, 1967; Haroldo Valladão — Democratização e Socialização do Direito Internacional, 1961; A. P. Sereni — Les Nouveaux États et le droit international, RGDIP, 1968, n° 2, Avril-Juin, págs. 305 e segs.; Adolfo Miaja de la Muela — La Emancipación de los Pueblos Coloniales y el Derecho Internacional, 1968; C. H. Alexandrowicz — The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects), *in* RdC, 1968, vol. I, t. 123, págs. 117 e segs.; L. C. Green — De l'influence des nouveaux États sur le droit international, *in* RGDIP. Janvier-Mars. 1970, n° 1, págs. 78 e segs.; A. A. Fatouros — The Participation of the "New States" in the International Legal Order, *in* The Future of The International Legal Order, edited by Richard A. Falk e Cyril e E. Blacè, vol. I. Trends and Patterns, 1969, págs. 317 e segs.; Société Française pour le Droit International — Pays en voie de développement et transformation du droit international, 1974; Guy Ladreit de Lacharrière — L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international, *in* RdC, 1973, vol. II, t. 139, págs. 227 e segs.; Ahmed Sheikh — International Law and National Behavior. 1974, págs. 234 e segs.; Alberto José Leonart y Ansélem — Impacto de los nuevos Estados en el Derecho Internacional. *in* Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 4, 1973, págs. 177 e segs.; Artur José Almeida Diniz — Subdesenvolvimento e Direito das Gentes, 1977; Edmond Jouve — La montée du Tiers Monde sur la scène Internationale, *in* Mélanges Offerts à Georges Burdeau, 1977, págs. 1127 e segs.; J. G. Syatauw — Old and New States. A misleading distinction for the Future International Law and International Relations. *in* Le Droit International Demain, 1974, págs. 67 e segs.; Edmond Jouve — Relations Internationales du Tiers Monde. 1976; J. P. Colin — La rôle des États nouveaux dans l'évolution du droit international, *in* Annuaire du Tiers Monde, t. I, 1974-1975, 1976, págs. 373 e segs.; G. Chatillon — La politique de non-alignement et la Conférence d'Alger (1973), *in* Annuaire du Tiers Monde, t. I, 1974-1975, 1976, págs. 9 e segs.; Robert W. Tucker — The Inequality of Nations, 1977; Cao Huy Thuan e outros — Peuples et États du Tiers Monde Face à l'Ordre International, 1978; Hanna Bokor — Szego — New States and International Law, 1970; J. P. Colin, D. Rosenberg e P. Tavernier — Les États Nouveaux et l'Évolution du Droit International, *in* Annuaire du Tiers Monde, 1978, 1979, págs. 395 e segs.; Mohammed Bedjaoui — Non-Alignement et Droit International, *in* RdC, 1976, vol. III, t. 151, págs. 337 e segs.; Yves Lacoste — Unité et Diversité du Tiers Monde, vol. I, 1980; P. F. Gonidec e Tran Van Minh — Politique Comparée du Tiers Monde, vol. I, 1980; François Rigaux — Pour un

autre Ordre International, *in* Droit Economique II, 1979, págs. 269 e segs.; Milan Sahovic — L'Institutionnalisation des non-alignés. *in* AFDI — 1977, 1978, págs. 187 e segs.; Fidel: A Nova Escalada dos Não-alinhados, organização e apresentação de J. Monserrat Filho, 1980; Mohammed Bedjaoui — Pour un Nouvel ordre économique international. 1979; Eugène Berg — Non-alignement et nouvel ordre mondial. 1980; Wilhelm G. Grewe — From European to Universal International Law. On the Question of Revising the "Euro-Centric" View of the History of International Law, *in* Law and State, vol. 28, 1983, págs. 7 e seg.; Celso Lafer — A Nova Ordem Internacional num Sistema Internacional em Transformação, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, julho, 1982, n° 55, págs. 7 e segs.; Patrícia Buirette — Maurau — La Participation du Tiers-Monde à l'Élaboration du Droit International. 1983; Romualdo Bermejo — Vers un Nouvel Ordre Économique International, 1982; Philippe Braillard e Mohammad-Reza Djalili — Tiers Monde et Relations Internationales, 1984; Wang Tiewa — The Third World and International Law, *in* Selected Articles from Chinese Yearbook of International Law, 1983, págs. 6 e segs.; Marcellin Guinnin — Vers un nouvel ordre idéologique; le non alignement (des origines à la Conférence de Colombo), *in* Pour un nouvel ordre mondial, 1985, págs. 67 e segs., Berger-Levrault; The Expansion of International Society, coordenado por Hedley Bull e Adam Watson, 1985; Jorg Fisch — International Law in the Expansion of Europe. *in* Law and State, vol. 34, 1986, págs. 7 e segs.; Philippe Braillard — Mythe et Réalité du Non-Alignement, 1987; Edmond Jouve — Le Tiers Monde, 1988; Georges Abi-Saab — "Humanité" et "communauté internationale". Dans la dialectique du droit international, *in* Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 1 e segs., Jean-Christophe Rufin — L'Empire et les nouveaux barbares, 1991. Jeff Haynes — Third World Politics, 1996.

12-B. "O DIP, tal como é compreendido na doutrina clássica, configura a aplicação, nas relações entre Estados, da filosofia do absolutismo em seu plano teórico e na *praxis* a consecução dos ideais mercantilistas" (Artur Diniz).

13. No século XIX foram considerados membros da sociedade internacional: Turquia, China, Japão, Pérsia e Sião (Clive Parry).

13-A. O primeiro livro ocidental de DIP publicado no Japão foi o "Elements of International Law", de Wheaton, em 1865, que foi baseado na tradução chinesa de 1861. Esta tradução chinesa foi realizada pelo missionário norte-americano W. A. P. Martin. Os chineses o viram como um meio de se defenderem dos diplomatas estrangeiros (Northedge). Parece que o Japão usou a obra de Wheaton melhor do que a China em relação aos ocidentais. Em 1895, no tratado de Shimonoseki, que pôs fim à guerra sino-japonesa, este declarou aceitar o DI elaborado na Europa. Sobre a adoção do DI pela China, podemos acrescentar os seguintes dados: a primeira vez que a China aplicou os princípios do DI foi na negociação com a Rússia no tratado de Nerchinsk (1689), e, posteriormente, no tratado de Kiakhta, igualmente com a Rússia, em 1727, tendo em vista que ambos foram concluídos com base na igualdade soberana dos dois países. A tradicional ordem chinesa era tratar os demais povos como tributários delas. Em 1839 foram traduzidas algumas páginas da obra de Vattel para que a China pudesse se defender em uma disputa com a Inglaterra, que vai desaguar na Guerra do Ópio. O próprio conceito de nacionalidade, ou os aspectos do Estado-nação, foram introduzidos na China no século XIX. A primeira embaixada permanente que a China instalou no Ocidente foi na Inglaterra, em 1877, apesar dela já estar prevista desde o tratado de Tientsin

de 1858 (Cohen e Chiu). No século XVII os Estados europeus concluíam tratados com Estados asiáticos e africanos: a) Províncias Unidas e Japão (1611); b) o já mencionado tratado de Nerchinsk entre Rússia e China sobre a fronteira da Mandchúria (1689); c) França e Marrocos (1631) (Suzanne Bastid).

14. A Turquia aceitou o DI elaborado na Europa, em 1774, no tratado de Kutchuk-Kainardji concluído com a Rússia. Em 1856 no tratado de Paris se estabelecia: "a Sublime Porta é admitida a participar das vantagens do direito público e do Concerto europeu". Ela, entretanto, foi obrigada a continuar permitindo o regime de capitulações, que limitava a sua soberania. É interessante salientar que os clássicos do DI como Gentil e Grotius reconheceram os direitos dos Estados asiáticos.

15. Alguns autores (Sereni) consideram que as reivindicações dos afro-asiáticos não têm fundamento ideológico, vez que as normas internacionais apareceram para "satisfazer certas exigências práticas e resolver certas situações surgidas das relações dos Estados" e, em consequência, elas não surgiram em virtude de atender especificamente a uma civilização cristã-ocidental. Esta tese não é inteiramente válida a nosso ver porque as "situações surgidas das relações dos Estados" podem ser encaradas e resolvidas de diferentes maneiras. Ora, é natural que as grandes potências formulassem um direito para resolvê-las da maneira que fosse mais da sua conveniência, vez que as "situações" podem ser encaradas também de maneira diferente.

16. O grande processo de revisão tem sido levado adiante pelos denominados "novos Estados", isto é, os afro-asiáticos que alcançaram a independência após a 2ª Guerra Mundial. Entretanto inúmeras de suas posições interessam a todos os subdesenvolvidos, mesmo àqueles que não são novos na sociedade internacional (ex.: América Latina). Estes países são também designados ainda de "3º Mundo" ou "nações proletárias". A primeira expressão tem a sua origem em Alfred Sauvy, que prefaciou a obra coletiva "Le Tiers Monde. Sous-Développement et développement", coordenada por Georges Balandier, em 1956. Sauvy criara esta expressão, em 1952, em artigo publicado no hebdomadário *L'Observateur*. Sauvy parece ter criado esta expressão inicialmente apenas para os países afro-asiáticos, posteriormente é que ela foi ligada a níveis de desenvolvimento e se ampliou (Bernardô Zuleta). Para Robert J. Holton esta expressão foi criada em plena guerra fria, no sentido de que muitas pessoas queriam um terceiro caminho já que os dois mundos se degladiavam. O problema é que se coloca como 3º mundo estados díspares. Como assinala Buidette-Maurau, o 3º Mundo como o "tiers état", isto é, que a burguesia no período anterior à Revolução Francesa reivindicava o direito de participar na elaboração das decisões. Dentro da linha de raciocínio anterior, esta internacionalista observa que o conceito de 3º Mundo sofre uma evolução e que acaba por se misturar ao de não-alinhamento e de subdesenvolvimento econômico. A de "nações proletárias" foi criada por A. J. Toynbee e popularizada por Pierre Moussa. Pode-se lembrar que em 1903-1904 Corradini já falava em uma luta entre "nações proletárias" e "nações plutocráticas". Charles Bettelheim tem criticado a expressão "país subdesenvolvido" como sendo uma "mistificação da ideologia burguesa". Ela esconde a dominação a que estes países estão sujeitos. A denominação correta seria a de "países explorados, dominados e de economia deformada". Um outro crítico desta expressão é Régis Debray, que diz ser ela "um golpe de gênio da ideologia burguesa", "um vocábulo eurocêntrico e aberrante por essên-

cia". "uma das mais belas escroquérias teóricas da época". "um desprezível saco de lixo" (*fouretout*). O Terceiro Mundo seria um produto do capitalismo. É um conceito que mistura tudo: classes, povos e civilizações. Faouaz Mellah observa que só o capitalismo muda o modo de produção dos dominados: "os árabes e otomanos deixavam intactas as estruturas sócio-econômicas dos povos que eles submetiam, contentando-se em levantar tributos..." O mesmo ocorreu com o feudalismo. A expressão "países em vias de desenvolvimento" é uma expressão criada pela OCDE em 1957-1958 e que Tibor Mende qualifica de "ficção polida". A caracterização de países subdesenvolvidos não é uniforme. O Comitê de Planejamento do Desenvolvimento da ONU conhecia três critérios: taxa de renda bruta anual por habitante; participação da indústria no produto nacional e taxa de alfabetização. O Banco Mundial por sua vez distingue três categorias de países em desenvolvimento: a) o PNB por habitante é igual ou inferior a 400 dólares de 1981; b) é maior de 400 dólares e inferior a 6.000 dólares; c) países exportadores de petróleo com renda elevada.

De qualquer modo não é fácil caracterizar o subdesenvolvimento, sendo que a Comissão Pearson considerava como tal aquele que tivesse renda *per capita* anual até 500 dólares, enquanto para a UNCTAD são 600 dólares. Acresce ainda que nem todos os subdesenvolvidos são dominados, como é o caso da China. O Comitê de Planificação do Desenvolvimento, órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social, também conhecido como "Comitê Tindbergen", definiu o 4º Mundo como: a) renda bruta igual ou inferior a 100 dólares; b) taxa de alfabetização igual ou inferior a 20%; c) produção manufatureira inferior ou igual a 10% do PNB, etc.

O GATT desde 1955 pensava em diferenciar os países do 3º Mundo, mas o conceito de país menos avançado ("4º mundo") surgiu na UNCTAD em 1964. São cerca de 40 Estados, e ele é considerado um conceito operacional. Tais Estados tiveram as suas características ou critério definidos em 1971: a) renda *per capita* inferior a 100 dólares (atualmente 500 dólares); b) taxa de alfabetização menor que 20%; c) taxa de participação da indústria no PIB no máximo de 10%. Eles têm empréstimos e auxílios especiais do PNUD e do Fundo de Equipamento das NU.

A denominação do "país ou Estado em desenvolvimento" é de qualquer modo errônea, porque tais países só têm aumentado o seu subdesenvolvimento. Atualmente há cerca de 120 estados pertencendo ao 3º mundo. A distância entre o país mais rico e o mais pobre é de 72 vezes (Sylvia Brunel — *Le sous-Développement*, 1996).

16-A. "A crise, etimologicamente, é uma mudança, uma mudança rápida, mais exatamente os sinais precursoros de uma mudança. A palavra saiu do uso médico em francês, no fim do século XVII. Ela entra na política no século XVIII e, na economia, no século XIX" (Pierre Chaunu — *Le Refus de la Vie*, 1975, págs. 17 e 18.) A palavra crise é tão utilizada nas relações internacionais que resolvemos acrescentar o que alguns pensadores pensam à respeito dela. Juergen Habermas observa que no uso médico "se refere à fase de uma doença na qual se decidiu ou não se os poderes da autocura do organismo eram suficientes para recobrar a saúde". "A crise não pode ser separada do ponto de vista de alguém que a está sofrendo, o paciente experimenta sua impotência frente à objetividade da doença..." O pensador alemão observa que dentro de um conceito teórico sistêmico

"as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema... necessárias para a contínua existência do sistema". Ou, ainda, "as crises nos sistemas sociais não são produzidas através de mudanças acidentais no conjunto, mas através de imperativos sistêmicos estruturalmente, que são incompatíveis e não podem ser integrados hierarquicamente" (A crise de legitimação no capitalismo tardio, 1980). Gramsci dizia que "a crise consiste, precisamente, em que morre o velho sem que possa nascer o novo e, nesse interregno, ocorrem os mais diversos fenômenos de morbidez". Talvez a melhor análise do uso da palavra crise seja de Marilena Chauí, que pode ser usada, *mutatis mutandis*, nas relações internacionais. Observa esta professora que: a "crise e desvio são noções que pressupõem um 'dever ser' contrariado pelo acontecer, mas que poderá ser restaurado porque é um 'dever ser'". Ou ainda: "assim, a crise nomeia os conflitos no interior da sociedade e do político para melhor escondê-los". "Por um lado a noção de crise serve como 'explicação', isto é, como um saber para justificar teoricamente a emergência de um suporte irracional no co-razão da racionalidade: a 'crise' serve para ocultar a crise verdadeira. Por outro lado, essa noção tem eficácia prática, pois é capaz de mobilizar os agentes sociais, acenando-lhes com o risco da perda da identidade coletiva, suscitando neles o medo da desagregação social e, portanto, medo da revolução, oferecendo-lhes a oportunidade para restaurar uma ordem sem crise, graças à ação de alguns salvadores. O tema da crise serve, assim, para reforçar a submissão a um poder miraculoso que se encarna nas pessoas salvadoras e, por essa encarnação, devolve aquilo que parecia perdido; a identidade da sociedade consigo mesma. A crise é, portanto, usada para fazer com que surja diante dos agentes sociais e políticos o sentimento de um perigo que ameaça 'igualmente' a todos, que dá a eles o sentimento de uma comunidade de interesses e de destino, levando-se a aceitar a bandeira da salvação de uma sociedade supostamente homogênea, racional, cientificamente transparente" (Cultura e Democracia, 1981). Outros conceitos de crise podem ser mencionados, como o de Antônio Candido (Os Parceiros do Rio Bonito, 1975): "A situação de crise define-se, do seu lado, por tensões ainda não resolvidas parcialmente, entre os fatores de persistência e os de alterações, podendo originar reorganização ou desorganização mais ou menos profundas da estrutura." Ou a de Edgar Morin (Sociologie, 1984): "a crise tem sempre um aspecto de despertar". Ou ainda a opinião de Francine Demichel, que afirma não existir crise mas "mutação conflituosa", em que se desmascara o Direito Internacional Clássico. O imperialismo é que tenta impor um Direito de Crise, com a finalidade de evitar as mudanças do Direito Internacional. A nossa posição se aproxima da de Marilena Chauí e Francine Demichel, de que a palavra crise tem sido utilizada com um aspecto ideológico para estigmatizar as transformações do Direito Internacional impulsionadas pelo denominado 3º Mundo. F. Demichel fez uma observação bastante interessante no sentido de que o DI não é um direito em crise, mas em gestação, e heterogêneo no sentido de que ele possui a herança do passado e as virtualidades do futuro. Para Ortega y Gasset, "uma época de crise se caracteriza pela falta de uma consciência compartilhada dos problemas que sofremos diariamente e que nos oriente a respeito de suas soluções". Ainda de Ortega y Gasset (Em torno a Galileu, 1989) pode-se transcrever a seguinte passagem: "Pois bem: 'há crise histórica' quando a mudança do mundo que se produz consiste em que ao mundo ou sistema de convicções da geração anterior sucede um estado vital

em que o homem fica sem aquelas convicções, portanto, sem mundo. O homem volta a não saber o que fazer, porque volta de verdade a não saber o que pensar sobre o mundo. Por isso a mudança se superlativiza em crise e tem o caráter de catástrofe... Não se sabe o que pensar de novo — só se sabe ou se crê saber que os ideais e normas tradicionais são falsas, inadmissíveis." Nas relações internacionais a palavra crise tem vários sentidos: a) mudança abrupta sistêmica que seria o *turning point* nas relações entre Estados (Coral Bell); b) decisões com risco de guerra. Para James L. Richardson (Crisis Diplomacy, 1994) a crise internacional é um "conflito agudo entre dois ou mais Estados" sobre uma questão específica em que as *decisions makers* tem a percepção de "sério risco de guerra". Uma interessante definição de crise é "um período de transição entre duas fases de transição". (Jacques Attali — Dictionnaire du XXI siècle, 1998); Philippe Moreau Defarges — La Mondialisation, 1997; Robert J. Holton — Globalization and the Nation-State, 1998.

16-B. Uma feliz caracterização de bloco é a dada por Marcel Merle ao estabelecer: que ele é uma aliança armada em tempo de paz. Salienta este autor que ao tempo da política de blocos: a) os satélites eram controlados pela grande potência; b) foi mantido o *status quo* territorial. Tal política assegurou uma estabilidade nas relações internacionais e a dominação das grandes potências em relação aos seus satélites.

16-C. M. Bedjaoui explica que o neutralismo "ativo ou positivo" passou a ser denominado de "não-alinhamento". A diferença de denominação prende-se ao fato de "não-alinhamento" trabalhar pela paz e cooperação internacional. Este movimento se filia a vários movimentos e doutrinas: asiatismo, terceiro-mundismo, afro-asiático e tricontinentalismo.

16-D. E. Berg salienta que foi na Índia, "na véspera de sua independência, que foram definidos pela primeira vez os princípios e as orientações de uma política não-alinhada". Fora igualmente na Índia que nasceu, no século XIX, "o primeiro movimento anticolonialista moderno". Lembra este autor que a expressão "não-alinhamento" era usada pelos jornalistas na década de 50, mas só veio a ser usado oficialmente na Conferência de Belgrado em 1961. Em 1946, um ano antes da independência, Nehru determinava a sua política externa como sendo no sentido de ficar fora da política de blocos. Esta mesma orientação é encontrada em vários países asiáticos que se reuniram em Nova Deli em 1947 e 1949. Tem sido mencionado que um dos fatores que contribuiu para o não-alinhamento foi o subdesenvolvimento. Segundo Philippe Braillard, seis funções são atribuídas ao não-alinhamento: 1) atenuação do sistema bipolar; 2) a instalação da coexistência pacífica, sendo que os não-alinhados exercem o papel de intermediários entre os blocos; 3) defesa da independência dos não-alinhados; 4) aceleração da descolonização; 5) democratização das relações internacionais; 6) rejeição de uma ordem econômica internacional injusta e a tentativa de criar uma nova.

17. Salienta este sociólogo das Relações Internacionais: "A coexistência não é a segurança coletiva. Ela implica sempre a possibilidade da violência."

18. A posição dos autores soviéticos em matéria de DI não era neste particular muito renovadora. Afirmam que é justo os novos Estados não aceitarem o DI Clássico, mas que este já não existe. É óbvio que não concordamos com esta opinião.

CAPÍTULO II

NOÇÕES PRELIMINARES

8 — Definição; 9 — Bases sociológicas; 10 — Denominação; 11 — Divisão; 12 — Método; 13 — A norma jurídica internacional; 14 — Relações do DIP com os demais ramos da Ciência Jurídica; 15 — Moral internacional; 16 — Cortesia internacional; 17 — O princípio da efetividade; 17A — O princípio da reciprocidade; 18 — Terminologia; 18A — Presunção.

8. A definição¹ de um ramo da ciência jurídica pode variar de acordo com o critério que se tome como ponto de partida. Pode-se levar em consideração os sujeitos da ordem jurídica internacional e então teríamos, por exemplo, a seguinte definição: "é o conjunto de normas que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações jurídicas" (Fauchille). Outro critério que se pode tomar por base é o modo de formação das normas jurídicas: "O D. Internacional se reduz às relações dos Estados e é o produto da vontade destes mesmos Estados" (Bourquin).

Alfred Verdross assinala que o melhor critério é o da "comunidade de que as normas emanam", uma vez que ele "tem por objeto ordenações jurídicas concretas". Levando em consideração tal afirmação, podemos definir o DIP como sendo: "o conjunto de normas que regulam as relações jurídicas entre os Estados e as pessoas físicas e jurídicas que vivem em relações internacionais" etc.

Uma boa definição é a fornecida por Jean Touscoz: "é o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações internacionais e que se encontram no plano da comunidade jurídica".

Algumas considerações devem ser acrescentadas para relativizarem o que foi dito acima, com fundamento em Michel Virally: a) "o DI é o local de encontro das ideologias que dividem o mundo"; b) uma ciência que denomina os trabalhos sobre ela de doutrina mostra que nela existe o

argumento de autoridade; c) a grande dificuldade de se definir o direito é que toda definição é doutrinária, daí ela não ter nenhum valor legal.

9. O DIP, para existir, pressupõe a existência de determinados fatores que os doutrinadores denominam de bases sociológicas. Elas podem ser resumidas nas seguintes:

a) Pluralidade de Estados soberanos — Só é possível a existência do DIP com uma pluralidade de Estados, uma vez que ele regula, acima de tudo, as relações entre os Estados. Os Estados necessitam ser soberanos, isto é, estar direta e imediatamente subordinados à ordem internacional. Se não existisse uma pluralidade de Estados soberanos, não haveria o DIP e sim um outro direito qualquer, como, por exemplo, um "Direito Constitucional Mundial" que corresponderia a um Estado Mundial.

b) Comércio internacional — Desde a mais remota Antiguidade as coletividades organizadas sentiram a necessidade de comercializar entre si. A moderna etnologia tem considerado que, sendo a diversidade um fator da humanidade, como na produção de alimentos, etc., o comércio internacional surgiu espontaneamente. É difícil aceitarmos a tese de Verdross de que o comércio inicialmente foi limitado aos poderes públicos (ex.: embaixadas para a conclusão de paz) e depois se estendeu aos particulares. É praticamente impossível delimitarmos quando ele teria passado de uma fase a outra e ainda o mais certo é que as duas tenham coexistido. Se o aforismo *ubi societas ibi jus* é admitido pacificamente, do mesmo modo é aceito o *ubi commercium ibi jus*. Na verdade, uma relação de comércio provoca imediatamente o aparecimento de normas para regulá-la.

c) O aparecimento de normas jurídicas só seria possível com a existência de "convicções jurídicas coincidentes" (Verdross). Se não existissem valores comuns, não poderia surgir o DIP.

Podemos acrescentar neste item que o DI tem, segundo Chaumont, três contradições fundamentais: a soberania do Estado e a necessidade de cooperação; o DI procura assegurar a paz e a segurança, mas existem as exigências revolucionárias nacionais; a soberania e igualdade dos Estados e por outro lado o enorme poder dos supergrandes.

10. A expressão de Direito Internacional Público para a nossa disciplina é relativamente recente e não foi aceita de modo pacífico pelos doutrinadores. Vejamos as diversas denominações que foram propostas através da História.

A de *jus gentium* se origina no D. Romano³ e foi utilizada por Samuel Pufendorf (século XVII) como sendo um direito natural dos "Elementorum jurisprudentiae universalis". De *jus gentium* falou ainda Isidoro de Sevilha nas suas "Etimologias" (633).

Francisco de Vitória refere-se a *jus inter gentes*, tendo substituído na célebre definição de Gaio nas Institutas ("quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit... vocaturque jus gentium") a palavra *homines* por *gentes*. Vitória, com esta alteração, colocou o *jus gentium* no seu aspecto

moderno, isto é, não se referindo apenas aos homens, mas às coletividades organizadas.⁴

A expressão *inter gentes* foi utilizada por Ricardo Zouch, ao lado da de *jus fetialis* na sua obra: "Juris et judicii fetialis, sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio" (1650).

A denominação "International Law" foi introduzida no último quartel do século XVIII por Jeremias Bentham na sua obra "An Introduction to the Principles of Moral and Legislation". Parece que a intenção de Bentham era dar uma denominação mais precisa ao então denominado "Law of nations" (R. Bermejo). Esta obra, traduzida para o francês pelo suíço Étienne Dumont, em 1802, introduziu a expressão "Droit International", que encontrou acolhida na maioria dos doutrinadores e é a consagrada atualmente na ciência jurídica e nos programas oficiais de ensino. Ela, entretanto, não corresponde à realidade social regulada por este direito, uma vez que ele não trata de relações entre nações, mas entre Estados. Na verdade, o "erro" veio da tradução para o francês, porque em inglês a palavra "nation" aplica-se também a Estado.⁵ Esta denominação pode ser mantida, desde que se guarde a restrição enunciada. Pode-se observar que o qualificativo "Público" foi também acrescentado por Dumont. A expressão "Direito Internacional Privado" só foi criada por Foelix (autor do primeiro tratado desta disciplina) em 1843.

A colocação do adjetivo "Público" desenvolveu-se nos países de língua latina a fim de distinguir do Direito Internacional Privado.

O acrescentar do adjetivo "público" à expressão DI vem do século XVIII, mas só foi consagrada em meados do século XIX. Tal fenômeno não ocorre nos países de língua anglo-saxã: na Inglaterra e EUA usa-se "International Law" para o DI Público e "Conflicts of Law" para o DI Privado, e na Alemanha, "Volkerrecht" (Direito das Gentes) para o DI Público e "Privat Internationales Recht" para o DI Privado.

A denominação de Direito Internacional Público encontrou acolhida na maioria das línguas latinas: Droit International Public, Diritto Internazionale Publico, Derecho Internacional Público e Direito Internacional Público.

Outras denominações foram propostas para a nossa disciplina sem terem contudo encontrado maior aceitação: "droit entre les gens" (D'Aguesseau); "Staatenrecht" ou "jus publicum civitatum" (Kant); "Droit Public International" (A. Mérignhac); "Droit Public de l'Europe" (Mably); "Direito Público Externo" (Hegel); "Direito Interpúblico" (Retortillo); "Direito Social Universal" (Zeballos); "jus inter potestates" (Taube).

Sobre esta questão terminológica podemos acrescentar ainda duas denominações propostas por autores recentes: direito das gentes (Scelle e LaPradelle) e direito transnacional (Jessup).

"Direito das Gentes" foi expressão retomada por Georges Scelle no seu "Droit des Gens" (1932-1934) como apresentando as seguin-

tes vantagens: a) evitaria a distinção entre direito público e direito privado, que é contestável do ponto de vista científico; b) a palavra "gentes" abrangia não apenas as coletividades organizadas (Estados), mas também os indivíduos. LaPradelle propõe esta mesma expressão que teria a vantagem de lembrar o aspecto moral deste direito e a sua ligação com o D. Natural.

"Direito das Gentes", apesar de ser expressão de alcance mais amplo que a de DI, somente teve pequena aceitação, como em Robert Redslob. O próprio Scelle, alguns anos mais tarde, retornou à de DIP; enfim, não conseguiu vencer a tradição.

Jessup propõe a de direito transnacional ("Transnational Law"), com a finalidade de abranger todos os princípios que regem os fatos que ultrapassem as fronteiras estatais. E acrescenta: "Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas." Seria para ele um novo ramo do direito, de certo modo mais amplo que o DIP. A palavra transnacional tem sido preferida por alguns autores (François Rigaux) para evitar a confusão entre "público" e "privado".

A denominação direito internacional não é correta, mas não vemos nenhum inconveniente em mantê-la, uma vez que está consagrada, desde que guardemos a restrição já enunciada.⁷

II. A divisão do DI foi dada pela primeira vez por Hugo Grotius no "De Jure Belli ac Pacis" (1625) em: Guerra e Paz. Ricardo Zouch, na sua obra já citada, corrigiu para Paz e Guerra, sustentando que, sendo a Paz a situação normal, ela deveria preceder a Guerra. Esta divisão clássica perdura ainda em todos os doutrinadores modernos,⁸ que dividem as suas obras no direito da paz e da guerra, estando incluído neste último o direito da neutralidade. Entretanto, alguns autores modernos, como McDougal, têm rejeitado a divisão em paz e guerra como sendo "abstrata, formal e não verdadeira", porque atualmente há um *continuum* entre a paz e a guerra.

Diversas outras divisões foram propostas: Natural e Positivo (Foignet);^{8A} Teórico e Real (Despagnet); etc., todavia, não tiveram qualquer aceitação. Bustamante y Sirven apresentou uma divisão semelhante à do direito interno: Direito Internacional Público Constitucional (se referia às pessoas internacionais, fixando os seus direitos e deveres); Direito Internacional Público Administrativo (estudaria as organizações internacionais); Direito Internacional Público Civil (trataria dos modos de aquisição de território, sucessão de Estados e tratados); Direito Internacional Público Penal (trataria das sanções); Direito Internacional Público Processual (estudaria a justiça internacional). Esta divisão não teve maior repercussão no campo doutrinário. Neste trabalho adotaremos divisão diferente, que se nos afigura melhor do ponto de vista didático e que se baseia em H. Accioly.

No fundo até hoje o DIP se divide como diz Grotius em Direito de Paz e de Guerra, tudo o mais é subdivisão. Entretanto, a mais celebre

divisão apresenta nos dias de hoje um grande problema: a ilicitude da guerra. Surge para substituí-la os conflitos armados, que não criam o estado de guerra no seu sentido pleno, apesar de ainda recorrer a algumas de suas normas. Por outro lado, temos muita dúvida de que a guerra tenha desaparecido de fato do cenário internacional. Talvez a melhor divisão nos dias de hoje seja de Conflitos Armados e Paz, apesar de boa parte dos conflitos armados não romper o estado de paz.

A divisão quanto ao âmbito de aplicação do DIP encontrou maior acolhida: DIP Geral e DIP Particular. O primeiro seria aquele de aplicação em toda a sociedade internacional,⁹ enquanto o segundo seria formado por aquelas normas que somente teriam vigência limitada a certos membros da comunidade internacional (ex.: DI Americano).

12. Os métodos para o estudo do DIP são três: o dedutivo, o indutivo e o misto.¹⁰ O método dedutivo foi aplicado pelos autores que, partindo do D. Natural, deduziram as normas a serem aplicadas pelos Estados nas suas relações externas. O indutivo foi utilizado acima de tudo pelos doutrinadores positivistas, que partiram dos fatos para a elaboração das normas jurídicas. O misto é preconizado por uma série de autores (Diena) e procura conciliar os outros dois anteriores.

Na verdade, tanto o método dedutivo quanto o indutivo apresentam inconvenientes. O dedutivo porque faz com que o jurista se afaste inteiramente da realidade social e construa princípios sem qualquer aplicação real. O indutivo, apesar de ter contribuído para chamar a atenção para o aspecto sociológico, diminui o papel do jurista, que fica limitado a constatar simplesmente o que existe, tirando-lhe a sua função construtiva e de renovação. O método misto é o que tem encontrado maior número de seguidores no estudo do DIP. Entretanto, devemos acentuar que daremos prevalência, dentro do método misto, ao aspecto indutivo. Podemos repetir com Georg Schwarzenberger¹¹ que "mesmo as ciências mais exatas usam o método dedutivo". Os autores modernos que se filiam a correntes do pensamento jurídico tradicional têm ressaltado a importância do método comparativo. Atualmente, a nossa tendência vem se inclinando pelo método dialético que vem sendo aplicado ao DIP pelo grupo de professores da Universidade de Reims com grande sucesso. Para se usar um trecho de G. Lukacs: "para o método dialético tudo — seja o que for — gira sempre em torno do mesmo problema: o conhecimento da totalidade do processo histórico. Por isso, para ele os problemas 'ideológicos' e 'econômicos' perdem sua recíproca estranheza e fluem uns nos outros" (Historia y Consciencia de Clase, 1969). Acreditamos que já é tempo dos juristas abandonarem a separação que eles fazem do Direito da Economia.^{11A}

Michael Löwy (Ideologias e Ciência Social, Elementos para uma análise marxista, 1988) observa que "a hipótese fundamental da dialética é de que não existe nada eterno, nada fixo, nada absoluto". O outro elemento da dialética é a categoria de totalidade, que "significa a percepção da rea-

lidade social como um todo orgânico, estruturado, na qual não se pode entender um elemento, um aspecto, uma dimensão, sem perder a sua relação com o conjunto". O terceiro elemento é a categoria de contradição.

A grande maioria dos autores tem salientado a importância do estudo do método para que se tenha uma visão mais precisa do DI. Entretanto, Paul Feyerabend (Contra o Método, 1977) observa que "a ciência é um empreendimento essencialmente anárquico" e que o progresso só não será inibido se for adotado o princípio "tudo vale". Acrescenta este autor: "essa maneira liberal de agir não é, repito, apenas um fato da história da ciência". É algo razoável e "absolutamente necessário para que se desenvolva o conhecimento. De maneira mais específica é possível evidenciar o seguinte: dada uma regra qualquer, por 'fundamental' e 'necessária' que se afigure para a ciência, sempre haverá circunstâncias em que se torna conveniente não apenas ignorá-la como adotar a regra oposta".

Reconhecemos que este livro não tem um rigor metodológico que esperamos alcançar nas próximas edições, quando ele for totalmente reescrito como pretende o autor.

O movimento feminista no DIP formado por Hilary Charlesworth, Christine Chinkin e Shelley Wright afirmam que o DI privilegia os homens. Alegam que o DIP tem uma conotação sexual. O DIP é elaborado pelos homens sem a experiência feminina. Só uma mulher foi juíza da CIJ e nenhuma teve assento na Comissão de DI. O movimento "Internacional Law New Stream" nega a objetividade das normas de DIP, bem como a utilidade do conceito de soberania que impede a intervenção humanitária". Este movimento tem suas raízes no "Critical Legal Studies" que tem como pioneiro a David Kennedy. Usa o método linguístico dos estruturalistas franceses e se inspira na Escola de Frankfurt. O Direito não é uma empresa objetiva. A ideologia é a base onde o Direito e a Política são construídos. O movimento feminista também aplica os métodos do "Critical Legal Studies". O DI é uma máscara falsa de princípios neutros.

O "Critical Legal Studies" considera que o objeto da reflexão científica no DIP deve ser a discussão de pressupostos, geralmente não explícitos, que constituem o substrato da argumentação jurídica internacional". Adota-se a "desconstrução". "A argumentação jurídica internacional. "A argumentação jurídica internacional é um "discurso" que, além de sua significação imediata tem uma estrutura interna não explícita" que deve ser colocada às claras "para compreender o seu alcance e significado". A visão é holística para abarcar a totalidade da doutrina jurídica internacional (Guiol Casanovas y la Rosa — La Vuelta a la Teoría, "in" Hacia un Nuevo Orden Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco, 1993, págs. 179 e segs. V. ainda: Juan A. Pérez Lledó — El Movimiento Critical Legal Studies, 1996.

O movimento feminista alega fazer uma análise mais concreta do DIP do que o "CLS". Tal movimento procura ver o impacto das normas de DI

nas mulheres. Ele está mais interessado no conteúdo das normas do que o "New Stream".

13. O sistema jurídico internacional¹² apresenta certos caracteres semelhantes ao direito interno: a) é uma ordem normativa; b) é dotado de sanção; c) tem idêntica noção de ato ilícito, isto é, que ele consiste na violação de uma norma. Todavia o DI é "primitivo" em relação ao direito interno e as suas sanções são ainda coletivas.

Vamos aproveitar este local para abrir um parêntese e repetir o que diz Denys de Béchillon (Qu'est-ce qu'une règle de Droit, 1997). Diz o jurista citado "... creio que a regra de Direito não existe: que não existe em nenhuma parte definição dela que valha em todos os lugares" ... Para Michel Troper o Direito "é uma abstração, o produto de uma operação intelectual e ele não possui qualquer propriedade empírica que se pudesse descrever com o auxílio de verdadeiras proposições". Voltando a Béchillon: "o destino do Direito é de permanecer parcialmente não efetivo". O efeito de uma sanção varia de um povo para outro. Os juristas procuram manter o seu monopólio no "controle" do Direito.

Podemos dizer que a norma internacional possui as seguintes características apontadas por Aguilar Navarro: a) "são muito poucas em número"; b) "são extremamente abstratas, quase que se reduzem a um mero involúcro, sem conteúdo"; c) são atributivas no sentido de que dão "uma competência sem assinalarem a materialidade da ação a executar".

Pode-se acrescentar a lentidão na elaboração das normas jurídicas universais, bem como não há uma hierarquia clara entre as normas jurídicas internacionais (Reuter e Combacau).

Outras características podem ser apresentadas, com fundamento em Serge Sur: a) ela tem uma relatividade, uma vez que cada Estado desenvolve a sua concepção sobre ela. Não há tratado universal. Os atos unilaterais só são obrigatórios para os Estados que os aceitam. Existem normas com maior grau de autoridade (*jus cogens*) e normas com menor grau de autoridade (recomendações da AG). Enfim não tem uma constituição; b) a mudança das normas internacionais é mais ampla do que no D. Interno. Existe às vezes uma fase em que a norma é mais complexa do que no D. Interno. Existe, às vezes, uma fase em que a norma é contestada, mas não surge uma nova norma; c) a própria obrigatoriedade de uma norma vem lentamente e não de um golpe.

Um outro aspecto que devemos mencionar é que a sanção não é um elemento inerente à norma jurídica. Ela "é um simples elemento de sua execução" (Francine Demichel). Assinala ainda esta autora que a sanção serve de "camuflagem das estruturas de dominação". Por outro lado, sendo a sociedade internacional heterogênea, não há uma autoridade comum para aplicar as sanções. E mais a diferença entre a coerção jurídica e outras formas de coerção social (família, igreja) é ínfima (E. Erlich).

O princípio de Direito Interno, como o D. Constitucional, consagra a existência de normas que têm uma "elasticidade" que permite uma

adaptação constante às necessidades sociais. A existência de normas sem sanção surge em assembléias ou conferências que agrupam diferentes concepções políticas. O que é norma programática hoje pode não sê-lo no futuro. O autor aqui adaptou comentários realizados para o D. Constitucional por Jorge Miranda e Raul Machado Horta.

Há uma grande tendência no sentido de se diminuir o aspecto abstrato para se estabelecer normas especiais que atendam situações concretas: países em desenvolvimento, Estados arquipélagos, países sem litoral, etc.

Apresenta ainda Bedjaoui que o DIP é "uma construção não terminada e mutável, tendo em vista o seu desenvolvimento em virtude de sua aplicação a novos espaços por novos sujeitos de direito e a sua codificação".

Uma das características (do DIP) é que, segundo Rosalyn Higgins, as (violações podem se transformar em direito.)

As normas jurídicas internacionais devem ser interpretadas levando-se em consideração o "razoável", que permite "adaptar os textos jurídicos rígidos à riqueza e a variedade de seus contextos de aplicação". Esta noção permite ir além do positivismo jurídico e a introdução da ética (Olivier Corten).

Uma outra questão que merece ser examinada é a de saber se o DIP possui normas imperativas ou se todas as suas normas são dispositivas. Os autores que defendem uma concepção voluntarista da sociedade internacional e do DIP, isto é, aqueles que sustentam serem ambos o resultado da vontade dos Estados, não podem admitir a existência de normas imperativas (Anzilotti, Cavaglieri). Todavia, como já vimos a respeito da sociedade internacional e estudaremos mais adiante nas fontes do DIP, esta concepção não pode ser aceita. Alguns dados históricos, seguindo a Gómez Robledo, podem ser expostos. A expressão "iure cogente" só surge em um texto de Papiniano em relação à doação, o que é bem diferente do sentido atual. No final do século XVIII, Christian Friedrich Gluck fala em "ius permissivum" e "ius cogens". Um outro grande pandectista, Windscheid, o apresenta como normas que se impõem às pessoas privadas mesmo contra a sua vontade. Assim sendo, o "ius cogens" está consagrado de modo claro no Direito Interno. No plano do Direito Internacional, no Direito dos Tratados, alguns dizem que a sua introdução é devida a Lauterpacht na Comissão de Direito Internacional em 1953 (Jerzy Sztucki), enquanto outros (Suy e Rosenne) falam em Humphrey Waldock, na Comissão de Direito Internacional, em 1963.^{12B}

No século XVII Grotio falava em um "ius strictum" que se fundamentava no "ius divinum". No século XIX, Heffter defendia que os tratados não podiam violar a "ordem moral do mundo". No nosso século Scelle defendia a existência de "normas costumeiras superiores". Após a 2ª Guerra Mundial, Mosler defende a existência de "valores fundamentais" que se impõem à vontade dos Estados (Gonçalves Pereira e Fausto Quadros).

(A admissão da existência de normas imperativas) (Miaja de la Muela, Aguilar Navarro) tem sido sustentada por grande parte da doutrina. Não

pode existir um sistema que não possua normas imperativas. No DIP ocorre fenômeno idêntico. As normas que poderíamos dizer "constitucionais", como a "pacta sunt servanda", não podem ser derogadas. O que é importante ressaltar é que (nenhuma norma em nenhum sistema jurídico é irrevogável, desde que sua revogação seja feita de acordo com o procedimento da sua criação.) Sustentamos apenas que existem no DIP normas insuscetíveis de serem revogadas livremente pelos Estados. Entretanto, (certos princípios) como o "pacta sunt servanda" (são realmente irrevogáveis,) sob pena de a sociedade internacional cair em verdadeiro estado anárquico. A sua revogação seria por um tratado a ser respeitado. Verdross apontava como (normas imperativas do DI: dever do Estado proteger os estrangeiros, normas humanitárias e princípios da Carta da ONU regulando o uso da força.) O "ius cogens" surgiu em uma fase de "revisionismo jurídico" defendido pelos novos estados e os países socialistas (Combacau e Sur).

Finalmente podemos observar que a convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) no seu artigo 53 estabelece a nulidade do tratado que violar uma "norma imperativa de direito internacional geral" e define esta como sendo "uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional". De qualquer modo, surge sempre a questão de se identificar as normas de "ius cogens".¹³

Para Carrillo Salcedo (são normas de "ius cogens": 1) a igualdade jurídica dos Estados e o princípio de não-intervenção; 2) (a proibição do uso da força nas relações internacionais e a obrigação da solução pacífica das controvérsias; 3) o princípio da autodeterminação dos povos; 4) os direitos fundamentais do homem.) Concordamos com o internacionalista espanhol de que tais normas devem ser "ius cogens", mas na realidade parece-nos que só uma é reconhecida como tal nas relações internacionais: a proibição do uso da força. Outros exemplos que têm sido apontados como sendo de "ius cogens" é (a liberdade dos mares e o direito humanitário.) Ou ainda a idéia de patrimônio comum para a Área que pelo art. 311 da Convenção de Direito do Mar (1982) se estabelece que os Estados se comprometem a não fazerem emendas e nem participarem de acordos que contrariem este princípio. Para Virally (deve-se procurar o "ius cogens" dentro de três direções: a) obrigações dos Estados em relação aos indivíduos; b) limitação da soberania em relação a grupos humanos (autodeterminação); c) obrigações do Estado em relação à sociedade internacional, como o não uso da força.) Para Mosler seriam as normas sobre a organização da sociedade internacional e os direitos do homem. Para Antônio de Luna, são aquelas normas que a sociedade internacional considera indispensáveis para a sua existência.

O grande problema sobre tais normas imperativas é a sua identificação. Alguns autores mencionam: a proibição do uso da força, direitos funda-

mentais do homem, certos princípios de direito humanitário. O interesse pelas normas de "jus cogens" só existiria, na prática, em relação aos tratados (Manin). Já houve quem denominasse o "jus cogens" de "direito natural dos tecnocratas" (G. Soulié). Se a sua consagração no direito positivo é recente, entretanto tem sido afirmado que a expressão ordem pública internacional usada pela primeira vez após a 2ª Guerra Mundial levava em consideração a existência de um "jus cogens" (Mosler). (O "jus cogens" é assim a ordem pública para a satisfação do interesse comum dos que integram a sociedade internacional.) A consagração do "jus cogens" foi uma solicitação do 3º Mundo e talvez isto tenha ocorrido porque a única norma dele com que a doutrina concorda de modo unânime é a proibição do uso da força nas relações internacionais.^{13A} De qualquer modo, para existir uma norma imperativa não é necessário uma aceitação unânime, mas apenas uma ampla maioria abrangendo os diferentes "tipos" de Estado, como leste-oeste, ricos e pobres e dos diferentes continentes (M. Lachs). O "jus cogens" é uma criação antipositivista, porque ele aniquila os tratados injustos a despeito de sua validade formal (René-Jean Dupuy).

A obrigação que um estado assume é relativizada, porque ela tem "significações diferentes conforme as culturas" (De Lacharrière) e as reservas "amenizam" os tratados.

A observância do DIP tem sido objeto de estudos como o de Louis Henkin, cujas observações devem ser repetidas: *a*) os Estados só violam o DIP quando a vantagem disto é maior do que o custo dentro do "contexto de sua política exterior"; *b*) os Estados necessitam possuir confiança dos demais Estados para realizarem a sua própria política externa, daí ser necessário que respeitem o DIP; *c*) há interesse dos Estados em manterem as relações internacionais dentro de certa ordem; *d*) os Estados têm medo de represálias; *e*) os Estados obedecem ao DIP por "hábito e imitação". Várias hipóteses podem levar à violação do DIP; *a*) quando a violação traz maiores vantagens do que prejuízos; *b*) quando o autor da violação pode colocar a sociedade internacional diante de um "fato consumado" que não seja suficientemente relevante para conduzir a uma guerra, porque as sanções de natureza moral não o atingirão de modo efetivo; *c*) as próprias instituições políticas internas levam o Estado a cometer a violação; *d*) muitas vezes a violação é ilegal, mas é considerada justa, porque as normas jurídicas existentes são ultrapassadas e não atendem às necessidades atuais.

As violações não constituem privilégio das grandes potências, mas todo e qualquer Estado as comete. A violação só é compensadora quando o lucro é maior do que o risco. Ora, na sociedade internacional esta situação pode se apresentar para qualquer país. É óbvio que ela se apresenta com maior constância em favor das grandes potências. A violação praticada por estas é de maior repercussão, porque atinge maior número de interesses, bem como cria uma ameaça maior a todos os Estados. Geralmente as grandes potências que dispõem de um variado elenco de meio de pressão

para obter o que desejam só cometem violações flagrantes naqueles casos em que os seus interesses são também muito grandes. Akhurst observa que a ausência de um poder legislativo é benéfica para o cumprimento do DI, tendo em vista que os Estados não elaborarão normas que eles pretendem violar. Salienta N. Poulantzas (L'Etat, le Pouvoir, le Socialisme, 1978) que as chamadas lacunas da lei ou espaços vazios são "dispositivos expressamente previstos, brechas para permitir de ir além da lei". As lacunas são um fenômeno natural (Jean Carbonnier).

~~Inclusive, as normas internacionais são cumpridas, porque elas são desejadas pelos Estados~~ (Barile). O Direito é essencial para a diplomacia porque "prevê mecanismos, formas e procedimentos pelos quais as nações mantêm suas relações..." (Henkin). Por outro lado o Direito Internacional está se constitucionalizando, como ocorre com a Lei Fundamental de Bonn que incorpora as normas gerais do Direito Internacional (Carrillo Salcedo). Ora, a violação de tais normas é também violação do Direito Interno. Gonzalez Campos observa com razão que não se pode tratar de eficácia do Direito Internacional se não levamos em consideração a crise das estruturas do sistema (heterogeneidade do grupo social, diversidade dos níveis de desenvolvimento, etc.).

Observa Antônio Cassese que todo sistema jurídico tem normas que deixam em aberto um amplo campo de apreciação e nesta zona de sombra o Estado é guiado pelo princípio da boa fé. Em 1974, a CIJ, no caso Ensaio Nucleares, afirma que o princípio da boa fé é necessário para desenvolver a confiança entre os Estados que é importante para a cooperação internacional, que atualmente é imprescindível.

A norma no mundo de hoje é "fluida e flexível", e "as normatividades são múltiplas e plurais" (Jacques Lenoble — Droit et Communication, 1994).

~~Uma menção ao "jus cogens" leva à luta. Em nome do Direito se tem "massacrado e torturado", como se faz sob a bandeira da religião. As ordens militares "divinamente dadas". No atual estágio do DI não há uma autoridade "oficialmente reconhecida" para constatar a legitimidade de uma ordem jurídica~~ (François Rigaux — La Loi des Juges, 1997).

O DIP, como todo o Direito, é um "instrumento de política" ou uma "forma de política", e no campo internacional isto surge ainda de modo mais acentuado. Prosper Weil observa com razão que "o sistema normativo é apenas um instrumento manejado pelos juristas, mas cuja substância é determinada pelos políticos a serviço de objetivos de caráter político". No mesmo sentido se manifesta Alain Pellet, "de que o direito não é feito pelos juristas, mas pelos políticos". Assim sendo, até mesmo a sua observância é utilizada como propaganda e não como um fato normal. Por outro lado, ~~o DIP não apresenta maior número de violações do que o direito interno, apenas as~~

suas, como têm maiores conseqüências, provocam nos indivíduos um impacto de maior intensidade do que as, por exemplo, do direito penal. Pode-se dizer que "o direito é impotente perante uma situação excepcional que é própria do conflito" (Julien Freund — Sociologie du Conflit, 1983). O grande problema do Direito Internacional é a "inadequação de seus meios para os objetivos que pretende" (W. Friedmann). Pode-se dizer que "o Direito Internacional é um Direito de provocação", porque é a partir desta que ele se modifica (Remiro Brotons).

Por outro lado, "a violação da lei não é... o contrário de sua aplicação. Ser violada é um modo, para a lei, de lembrar sua origem e sua função" (J. J. Gleizal). ~~Quanto a quem viola o direito, faz direito a sua própria~~ (Jean Carbonnier).

A grande dificuldade é a de se distinguir a norma jurídica das demais normas sociais. A própria idéia de sanção não tem a importância que se pretende dar, porque "a regra não é jurídica porque é sancionada, mas sancionada porque é considerada pela ideologia dominante como devendo ser obrigatória para todos..." (Leon Raucent — Pour une Théorie Critique du Droit, 1975). As normas de cortesia possuem também sanção. Por outro lado, os autores acabam em uma verdadeira tautologia, porque caracterizam o direito pela sanção e esta, pelo direito. Weil chama a atenção para o fato de que os "atos realizados pelos sujeitos do Direito Internacional" são tão "variados" que há uma grande dificuldade em se verificar "o ponto de passagem do não-jurídico ao jurídico, do que não é norma para o que é norma".

Para Santi Romano a sanção pode estar latente no ordenamento jurídico no seu conjunto. A norma é sancionada porque é jurídica. Ela não é jurídica porque é sancionada (François Terré).

Parece-me que o único critério para se saber se uma norma é jurídica ou não é a análise da sua fonte formal. Cada sociedade estabelece os modos de produção da norma jurídica. De qualquer modo, não existe "uma fronteira rígida entre o que é jurídico e o que não é" (A. Pellet).

Na verdade, a norma internacional é elaborada por uma série de atos unilaterais, seja para dar origem a um tratado, ou a um costume. O DIP é aplicado na prática voluntariamente pelos Estados. São os Estados mais poderosos que fixam os precedentes. Esta característica decorre do sistema internacional ser formado por "Estados soberanos". Na elaboração das normas convencionais, nas conferências internacionais, leva-se em consideração o maior número de Estados interessados. Entretanto, essas normas são ainda minoritárias no sistema jurídico internacional e apenas codificam os princípios gerais de cada matéria. Enfim, um largo campo, o mais amplo, é deixado para o direito costumeiro com toda a sua incerteza. Ora, predominam as interpretações que podem ser tornadas efetivas, isto é, as das grandes potências que podem impô-las. É verdade que, em certos casos,

pequenos Estados podem tornar efetivos os seus atos unilaterais, contudo, são exceções no plano internacional. Os países em desenvolvimento encontram-se presos às grandes potências pela assistência externa que por sua vez atende a política de blocos. As Grandes Potências nos assuntos mais importantes impõem a sua vontade nos tratados esta imposição é feita em dois momentos, o primeiro é a negociação, e se apesar disto a norma jurídica internacional é aprovada na conferência, existe um segundo momento para esta pressão a fim de que o tratado não seja ratificado. Quanto aos atos unilaterais, visando a formação de um costume, este é impedido de se formar devido ao protesto da grande potência.

Entretanto, em um sistema bipolar havia ainda uma margem de liberdade para os países em vias de desenvolvimento, liberdade que podia criar uma situação apenas tolerada pelas grandes potências, mas não uma norma jurídica.

Segundo o senador William Fulbright, os EUA, sendo um poder conservador no mundo, têm interesse em manter a ordem, e que as violações praticadas por ele atendem a seus interesses a curto prazo, mas leva também outros Estados a violarem o DI, o que não atende aos interesses dos EUA a longo prazo.

Existe uma tendência à "imutabilidade do Direito", tendo em vista que ele favorece as Grandes Potências e, como bem assinala Gonidec, às vezes, o conflito internacional surge como um meio de forçar uma negociação para que situações injustas sejam alteradas.

Podemos acrescentar ainda que de certo modo o Direito Internacional possui uma tendência maior para a estabilidade do que o direito interno, vez que ele não tem órgãos com poder para realizar as mudanças (Maurice Bourquin).

A norma internacional não é retroativa, seja ela convencional ou costumeira. É "muito raro que a não-retroatividade das convenções seja expressamente estipulada" (Tavernier). A jurisprudência tem também admitido a não-retroatividade do costume. O fundamento da não-retroatividade do DIP é o mesmo do direito interno, isto é, a segurança das relações jurídicas. Ou, ainda, o respeito ao direito adquirido. Este, entretanto, acaba sempre por beneficiar apenas os privilegiados de um sistema social, ao defender os que têm patrimônio bem como através deste instituto é preservada a legislação tradicional. Um outro princípio é o do efeito imediato, uma norma desde que entrou em vigor pode "produzir efeito sobre tudo o que não é passado". Uma exceção que poderia ser mencionada ao princípio da não-retroatividade é o da convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969), que estabelece: "se aparecer uma nova norma imperativa do direito internacional, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e termina" (art. 64). Entretanto pode-se considerar que não existe tal exceção, porque no caso em espécie

o tratado é considerado nulo, mas os atos já executados não são desfeitos (v. nº 99). A norma não retroage os seus efeitos; são a partir da sua entrada em vigor.

Podemos acrescentar que o DIP tem também a função de "agente de comunicação internacional". Gould e Barkun salientam que o DI é "uma forma de comunicação entre governos" e observam a grande semelhança entre a linguagem utilizada pelos Estados no seu relacionamento e a linguagem do DI. Tem sido observado que uma das vantagens da linguagem jurídica é ser ela técnica, isto é, sem conotações emocionais. Não queremos com isto dizer que a linguagem não seja também expressão do Poder. A linguagem desenvolvida pelo Direito é esotérica e só é do conhecimento dos iniciados (Recasens Siches). É uma ciência que apesar de regulamentar a vida social só é entendida por uns poucos.

Tem sido entendida também como uma função do Direito o controle da agressividade. "O Direito é uma extensão do autocontrole." Ou, ainda, "o Direito torna-se um suporte externo para o instinto social do homem contra as atividades anti-sociais do seu instinto de auto-afirmação" (Raynard West). O direito exerce uma pressão psicológica nos indivíduos (D'Amato).

É interessante observar que Julien Freund considera o Direito como sendo polemógeno, porque ele, ao dar ao indivíduo ou Estado um direito, estes passarão a lutar por ele.

Observa Pablo Lucas Verdu (El Sentimiento Constitucional, 1985) que a noção de "segurança jurídica não é algo exato, nem matemático...". Foi a Revolução Francesa que divulgou esta noção. Salienta o constitucionalista espanhol que "a segurança jurídica liberal burguesa pressupõe as seguintes identificações: lei=liberdade=propriedade privada=segurança jurídica". Creio que o mesmo raciocínio pode ser aplicado, *mutatis mutandis* ao DI.^{13B}

O DIP, como outros ramos da ciência jurídica, consagra a soberania do Estado e ao mesmo tempo cria o dever de cooperação internacional para o próprio Estado. Salientam alguns autores (Luis Martínez Roldán e Jesús A. Fernández Suárez) que para se resolver as antinomias podem ser utilizados os seguintes critérios: a) hierárquia; b) cronológico; c) especialidade; d) competência. Ou, ainda, escolhe-se a norma "em função da necessidade de proteger um valor" que parece mais importante para o intérprete (A. Miele).

14. O DIP mantém relações com as mais diferentes ciências, uma vez que a norma internacional corresponde a um fenômeno social internacional. Ele, como já afirmamos, por não ser ainda um direito "sedimentado", encontra-se na mais completa dependência da sociedade internacional. Há assim estreita relação com a Sociologia, a História, a Geografia, a Demografia, a Economia e, finalmente, poderíamos dizer com as Relações Internacionais que, como ciência, engloba as enumeradas anteriormente, inclusive a Política, uma vez que ela se preocupa com a vida internacional na sua totalidade.

A Política é uma constante no DIP, e conforme já afirmamos, é muitas vezes difícil diferenciarmos um do outro. Os autores norte-americanos modernos têm estudado o relacionamento das duas ciências. Kaplan e Katzembach observam: "o direito só existe e os institutos legais só operam dentro de determinados contextos políticos". Por outro lado Falk salienta com razão que o internacionalista é sempre o cidadão de um Estado e que em consequência a sua posição no DIP é uma decorrência da que o seu Estado tem em política exterior. Chaumont observa que existem "várias leituras do direito internacional", tantas quantos os Estados nacionais. McDougal reduz o DIP a uma "policy" e deve ser definido não em termos gerais, mas em termos de decisões concretas em situações particulares. O Direito para este jurista norte-americano é "um processo contínuo de criação e recriação e não um sistema preestabelecido; não se pode falar em violações de direito, mas em uma 'policy' feliz ou infeliz" (v. Bent Rosenthal). O DIP seria uma "policy" da comunidade internacional, visando realizar os valores da dignidade humana. É de se observar que McDougal atinge a um exagero no sentido que o DIP para ele varia de acordo com a sua simpatia política. Assim sendo, a sua concepção acaba por se "aparentar"... às doutrinas oficiais de certos juristas soviéticos" (R. Pinto). Para McDougal o que é razoável torna-se legal, e a norma jurídica é um guia para quem toma decisões (D'Amato).

Sobre o relacionamento do Direito com a Política, é de se reproduzir umas observações que se encontram em Pierre Bouretz (La Force du Droit, 1991). Para Michel Guénaire há uma "síndrome de apatia" na França devido ao constitucionalismo que foi "inoculado na cultura republicana francesa", arruinando o político. Carl Schmitt já afirmava que um mundo sem política entre amigo e inimigo vai "morrer de aborrecimento". Leo Strauss defende que submeter a política a um jogo com regras afasta o ideal de justiça. Para Wolfgang Friedmann "a teoria jurídica formula ideais políticos em termos de justiça".

As fronteiras entre o DI e as Relações Internacionais não são claras. Ambos são contratados nos estados e procuram estudar os atores não estatais. Por outro lado, as duas disciplinas têm os mesmos interesses: paz e cooperação internacional.

Merece ser reproduzida uma passagem de Antonio Hespanha (Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva, 1993): "Ora, o direito não é senão uma forma 'efeumizada' e, logo, mais doce e eficaz de fazer 'política', cujas fronteiras com a política-assumida-como-tal variam em função de estratégias conjunturais". Contudo como, mostra G. Jellinek (Reforma y Mutacion de la Constitucion, 1991): "as forças políticas reais operam seguindo as suas próprias leis que atuam independentemente de qualquer forma jurídica".

O que mais nos interessa de perto são as relações do DIP com os diversos ramos da ciência jurídica.¹⁴

O Direito Constitucional possui um ramo denominado D. Constitucional Internacional, que estuda as normas constitucionais que produzem efeitos no âmbito internacional: são as normas sobre conclusão de tratados, sobre as relações entre o D. Internacional e o D. Interno, etc.

O Direito Civil teve grande influência na formação do DIP, e diversos institutos tiveram nele sua origem: a acessão, a ocupação, etc. A própria "Parte Geral" ou "Introdução" do DIP, tão comum nas obras gerais e programas de ensino, veio do D. Civil, onde fora introduzida por Savig-Falk, não chega a este exagero do "elemento político passional", apesar de seguir o método de McDougal. Esta corrente norte-americana tem uma grande vantagem de dar uma descrição realista do DIP; entretanto, traz até ele um grande elemento de incerteza. Sur escreve que o ponto comum entre o direito e a política é a ideologia. "O direito é a continuação da política por outros meios" e "a política é a moldura do direito". Defende que em matéria de interpretação não se deve abandonar o seu aspecto jurídico como o faz McDougal. A vantagem de se estudar o aspecto político no DIP é de chamar a atenção para o seu funcionamento e para a elaboração das suas normas. Até recentemente os internacionalistas escreviam os seus livros mostrando os institutos e normas do DIP como se eles fossem reais e as suas violações eram vistas simplesmente como violações ao Direito e portanto passíveis de sanções. Estas não eram aplicadas e a explicação para isso era lacônica ou deixada à História Diplomática. A ideologia faz parte do Direito, porque este é inseparável de um sistema de valores, o que torna difícil se fazer um estudo neutro do DI (M. Virally). Jean Salmon observa com toda razão que o formalismo jurídico, isto é, o direito ser aplicado meramente porque é direito, conduz a uma política que na maioria dos casos é reacionária. Salienta o internacionalista belga que a análise do conteúdo político da norma internacional é necessária, tendo em vista que tais normas estão reformuladas na ONU onde convivem várias ideologias. Por outro lado, não estudar o aspecto político do direito é aceitar passivamente a consagração do *status quo*.

O Direito Positivo nada mais é do que "a idéia do Direito considerada sob o ângulo político" (Julien Freund). Ou, ainda, o Direito "é uma específica técnica social para a realização de fins determinados pela política" (Zacklin). Pode-se acrescentar que a denominada oposição entre realismo e legalismo é falsa, porque o direito integra a realidade (Otto Kimmich). Pode-se ainda acrescentar que "as ciências sociais são ideológicas, primeiro porque dependem do ser social, das necessidades e dos interesses reais que ele engendra, depois, porque não têm consciência dessa dependência e aspiram a soberania completa do pensamento" (A. Rumiantsev).

(Ainda sobre as relações entre a Política e o DIP, isto é, entre o ser (Sein) e o dever ser) (Sollen), é de se observar que Horkheimer, como Hegel, "acreditava que o conhecimento e a norma, o ser e o dever ser"

eram inseparáveis) (Martin Jay — L'Imagination Dialectique, 1977). No mesmo sentido, Kahler já afirmava que o dever ser não é distinto do ser. (Todo ser já contém o seu dever ser.)

Parece-nos interessante reproduzir algumas frases de um pensador alemão, extremamente difícil, mas que a meu ver podem ser estimulantes para o estudo desta questão, bem como para a abordagem do princípio da efetividade (v. adiante). Trata-se de Niklas Luhmann (Sociologia do Direito, vol. I, 1983), que escreve: "O direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores mas por sua referência à sociedade." E: "Os sistemas sociais" utilizam um outro "estilo de redução". Eles estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais as pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidados, etc." Mais adiante: "sendo assim, as normas são (expectativas de comportamento estabilizados em termos contrafáticos)... O símbolo do 'dever ser' expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática... Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o de ser. Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea..." Mais adiante ele observa que "o direito produz congruência seletiva". E define "o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas".

O Direito Penal mantém estreitos contatos com diversos institutos do DIP: a extradição, o genocídio, etc.

Relações também são mantidas com o Direito Comercial, uma vez que o DIP lida com tratados comerciais, uniões aduaneiras, etc.

O DI relativo às organizações internacionais tem se utilizado do D. Administrativo. Existe atualmente um D. Internacional Administrativo.

São, todavia, as suas relações com o DI Privado que devem ser estudadas com maior cuidado. As relações que estes dois ramos mantêm são bastante estreitas. Os institutos de nacionalidade e extradição, por exemplo, interessam de perto ao DIP e ao DI Privado. Para termos uma idéia das suas relações, basta assinalar que uma das principais fontes do DI Privado são os tratados que são fontes do DIP e nele estudados. Wortley assinala que diversas normas do DIP têm influência e repercussão no DI Privado: a) imunidades dos Estados e chefes de Estado; b) imunidades dos agentes diplomáticos; c) reconhecimento de Estado e governo; d) sentenças dos tribunais de presa. Do mesmo modo que o DIP influencia o DI Privado, observa Wortley, este também influencia aquele: a) nos litígios internacionais "de normas nacionais sobre nacionalidade"; b) nos litígios internacionais que versam sobre regras de DI Privado sobre "jurisdição dos tribu-

nais nacionais": c) certas normas de DI Privado utilizadas pelo DI Público, por exemplo, nos julgamentos internacionais. O DI Privado tem uma "estrutura híbrida" e de fonte interna, e tem um objeto internacional.

Na verdade, como podemos verificar, (estes dois ramos do DI¹⁵ estão muito próximos como reguladores da vida internacional. O próprio legislador nacional, ao traçar as normas do DI Privado, tem que se subordinar aos princípios gerais do DI Público) (François Rigaux). Lembra este autor que o DI Privado soluciona os litígios "do ponto de vista de um Estado determinado e com as técnicas do direito interno".

15. A existência de uma moral internacional¹⁶ nem sempre foi admitida pelos doutrinadores de modo pacífico: a) uma corrente nega a natureza moral do Estado (concepção antimoralista de Nietzsche); b) outra considera o Estado como se encontrando à margem da moral (concepção amoralista de Maquiavel). Todavia, (não se pode conceber a existência de um DIP sem a existência da moral internacional.) "O homem" — assinala Aguilar Navarro — "não se pode limitar a registrar a existência de uma norma jurídica como se ela fosse um simples fato... o homem faz um juízo sobre o Direito no seu conteúdo e o faz de acordo a uns juízos de valor moral." Pode-se concordar com K. Stoyanovitch (Le Domaine du Droit, 1967) quando diz que o jurídico e o moral "se confundem no fato e formam uma única categoria de regras de conduta obrigatórias ('contraignantes')..."

(Podemos dar a noção de moral internacional dizendo que são aqueles princípios morais aplicados pelos sujeitos do DIP nas suas relações recíprocas.)

Nicolas Politis, estudioso do assunto, colocou como principais regras da moral internacional: a lealdade, a moderação, o auxílio mútuo, o respeito, o espírito de justiça e a solidariedade.

As normas da moral internacional são as mesmas da moral em geral. O que varia é o seu campo de aplicação, uma vez que elas são sempre dirigidas ao homem, seja como membro de uma coletividade estatal, seja como "representante" desta coletividade e atuando na vida internacional. Infelizmente, as normas de moral internacional têm sido irrelevantes nas relações internacionais.

Para Cláudio e Solange Souto as regras de direito se distinguem das morais pelo elemento cognitivo, sendo que as primeiras estão de acordo com os elementos do conhecimento científico-empírico, enquanto as segundas estariam de acordo com elementos do conhecimento metacientífico. Para Kelsen tanto a moral como o Direito preservam um comportamento interno e externo. O que distingue a moral do Direito é que ela não conhece a coação. Para Guy Feuer existe uma "zona intermediária que serve de elo entre o direito e a moral".

Na verdade, a moral é sempre dirigida ao indivíduo; assim a moral internacional é dirigida aos indivíduos que agem pelo Estado na ordem

internacional. Aqui surge um grande problema, que é o fato destas pessoas terem que defender os interesses de outras pessoas. Haveria neste caso a denominada ética de responsabilidade de Max Weber. Ora, os interesses de outras pessoas no caso do Estado são designados pela expressão "interesse nacional", que é imprecisa e, eminentemente, ideológico-política.

A posição do Direito em relação à moral é tema da maior discussão entre os teóricos do Direito. Para Hart existem duas concepções do direito: uma em sentido amplo, que leva em consideração a moral, e outra em sentido estrito, que não o faz. Já Dworkin afirma que "os homens têm direitos morais contra o Estado" e que há uma esfera do direito que escapa à política.

A moral interfacional tem sido admitida mesmo nas Relações Internacionais pela escola realista, como Morgenthau, ao escreverem que os Estados "reconhecem uma obrigação moral" em determinadas situações (Jack Donnelly).

16. A cortesia internacional ("comitas gentium") são aqueles usos seguidos na sociedade internacional por conveniência (ex.: o cerimonial marítimo). Estes usos muitas vezes poderão se transformar em costume bem como em outros casos resultam de normas costumeiras que caíram em desuetude (cerimonial marítimo).¹⁸

O DIP se distingue da cortesia internacional no sentido de que a violação de uma norma de "comitas gentium" não acarreta a responsabilidade do autor desta violação. A cortesia internacional não é uma norma jurídica internacional. A sua violação não configura um ato ilícito, sendo apenas um ato inamistoso, com as suas sanções (ex.: opinião pública).

Terminamos com a opinião de Walz de que os usos complementam o direito e "com a sua força predominantemente inconsciente e instintiva facilitam a sua realização".

17. O princípio da efetividade¹⁹ tem influenciado de modo profundo toda a moderna literatura jurídico-internacional. A noção de efetividade, na ciência jurídica, é a relação que existe entre um certo fato e a lei que o regula (Touscoz). A efetividade, conclui este autor, "é o caráter de um ato jurídico que preenche, independentemente da sua função social".²⁰ Ela tem um importante papel na nossa disciplina devido à sociedade internacional ser descentralizada (Elcias Ferreira da Costa). Pode-se acrescentar que "a noção de fato é ela mesma fruto de um julgamento (Alain Papaux e Eric Wiler).

A utilização deste princípio pelos doutrinadores é da maior importância na renovação do DIP, que está repleto de normas que não encontram a menor aplicação. 201 é feita tanto para justificar a existência de uma norma, bem como para justificar a sua aplicação (Ch. Visscher). Neste segundo aspecto, o fato é o que dá origem ao direito e o direito é o que dá origem ao fato.

O emprego do princípio da efetividade não é novo na nossa matéria. Alguns autores consideram Vattel como sendo o precursor no seu uso; todavia, a manifestação "mais autêntica" é a disputa anglo-francesa sobre o reconhecimento da independência dos EUA e, depois deste fato, foi o reconhecimento pelos EUA das colônias espanholas na América recém-libertadas.

O significado e alcance deste princípio no DI não tem sido encarado de maneira uniforme pelos doutrinadores:

Giuseppe Sperduti considera que este princípio pode ser tomado com três significados: *a) critério utilizado pela ciência jurídica nas suas pesquisas para verificação da existência de um sistema jurídico positivo, ou de quaisquer outros fatos que tenham importância para o direito; b) como critério usado pelas normas jurídicas para o seu próprio funcionamento; c) neste terceiro significado o princípio da efetividade seria um "princípio informador" da reconstrução de um sistema jurídico por via indutiva.* Observa este autor que seria melhor falar de normas que se inspiram na efetividade, ou que funcionam conforme o critério da efetividade, do que falar em princípio normativo da efetividade, uma vez que no DI não existe um princípio da efetividade como princípio geral normativo.

Ottolenghi nega qualquer função normativa ao princípio da efetividade, salientando que a sua aplicação se prende "a uma norma de direito já existente ou por meio do reconhecimento a nova norma". E conclui: "o princípio da efetividade não é como um modo de produção jurídica". O princípio da efetividade tem valor na formação de novas normas, uma vez que não interessa ao direito se afastar completamente da realidade. A efetividade atua somente nos limites fixados pelo DI. O próprio fato não cria norma jurídica.

Pietro Piovani é quem talvez aplique o princípio da efetividade no seu sentido mais radical ao utilizar a máxima "ex facto oritur jus".²¹ Este autor procura se justificar da acusação de reduzir o direito ao fato observando que a efetividade legitima os fatos com a condição de que eles existam e com as devidas garantias. A efetividade só pode reconhecer os fatos verdadeiramente provados com a condição de serem um fato social, isto é, um fato de acordo com a sociedade, que é um fato social mais completo.

A maioria da doutrina se aproxima da posição de Sperduti e Ottolenghi, como é o caso de Salvioli e Verdross. Salvioli salienta que a efetividade deve estar coordenada com os princípios fundamentais da nossa matéria. Verdross observa que este princípio só tem vigência dentro dos limites estabelecidos pelo DI. O direito não surgiria, para Verdross, "da efetividade em si mesma, mas da efetividade reconhecida jurídico-internacionalmente".

Outros (Sereni) o consideram como um dos princípios constitucionais da vida jurídica internacional. Enquanto Quadri o considera como estando

acima dos princípios constitucionais e que seria exatamente o critério determinante de tais normas.²²

A nossa posição doutrinária é semelhante à de Ottolenghi e, acima de tudo, à de Verdross. A efetividade somente tem papel criador de normas jurídicas na elaboração das normas costumeiras, uma vez que tal norma surge da repetição de fatos. Todavia, não podemos deixar de aceitar que um fato para passar a costume é necessário a existência de uma norma jurídica anterior reconhecendo tal processo de elaboração. Em conclusão, sobre este aspecto consideramos que o princípio da efetividade está sujeito aos princípios do DI e que neste ramo da ciência jurídica também tem aplicação a máxima "ex injuria jus non oritur".²³ Podemos acrescentar que a simples repetição do fato não cria norma costumeira, porque para ela surgir é necessário que se acrescente ainda o elemento subjetivo ou psicológico. Esta é a regra geral, mas Visscher salienta com certa razão que um fato ilegal com "ausência prolongada de toda resistência" "pode conduzir à admissão de alguns de seus efeitos", dando origem "a uma situação nova". A duração teria "função mediadora" entre as duas máximas que só são "contraditórias na aparência": "ex injuria jus non oritur" e "ex facto jus oritur".

A efetividade tem importância no DI como requisito para a validade de certos institutos como a ocupação e o bloqueio. É de se assinalar que a efetividade tem no DIP um papel amplo, porque, como já vimos, as normas internacionais se reduzem a um mero enunciado geral sem conteúdo, bem como ele tem poucas normas imperativas. Acrescente-se ainda que a sociedade internacional, não sendo hierarquizada, a formação das normas internacionais não traz a mesma certeza das normas internas, enquanto a efetividade tem a vantagem de trazer maior certeza à existência ou não de determinadas normas internacionais. A efetividade está em "perpétuo devenir" (Paul de Visscher).

Dentro desta orientação, Carrillo Salcedo observa: "a efetividade é ao mesmo tempo garantia da ordem e estabilidade, dando valor aos efeitos consolidadores do tempo, e fator de evolução e mudança, de adaptação dando efeito jurídico às transformações na realidade social". Este princípio, segundo o jurista espanhol, é um limite ao relativismo do Direito Internacional, "da tendência dos Estados de determinarem unilateral e discricionariamente o alcance de suas obrigações e de seus direitos". A efetividade já foi acolhida pela jurisprudência internacional nos casos Nottebohm e do ano das pescarias anglo-norueguesas.

O princípio da efetividade como critério de validade de certos institutos é utilizado pelas Grandes Potências, tendo em vista que só elas dispõem de um modo geral de meios para impor a efetividade. Observa com razão Remiro Brotons que a estrutura da sociedade internacional faz com que se considere "como jurídico o que é efetivo". Observa o internacionalista espanhol que a efetividade de uma situação antijurídica faz

com que esta seja sancionada com mais facilidade na ordem internacional do que na ordem interna. Em sentido semelhante, afirma Roberto Ago que só se pode determinar com certeza a existência de uma norma jurídica se ela efetivamente tem esta função na sociedade internacional. Este método é que permite constatar a existência do direito costumeiro. De qualquer modo, "o raciocínio jurídico repousa não sobre uma separação do fato e do direito, mas sobre um movimento dialético entre eles" (Jean Salmon).

"A força é a principal fonte de legitimação na comunidade internacional" (Antônio Cassese).

17-A. ~~o princípio da reciprocidade~~ não é novo e é encontrado em tratados que datam dos séculos XII e XIII. Ele tem dominado a vida jurídica internacional, sendo ~~aplicado em todos os casos de relações internacionais como no caso de equilíbrio~~. A "reciprocidade é a medida da igualdade", que é "obtida por reação", ou seja, ela "é a igualdade dinâmica" (E. Decaux). A sua finalidade é atingir um "equilíbrio". A fim de que ele funcione é necessário como pressuposto aceitar o "outro" como sujeito de direito. Ela está "na fronteira do fato e do direito" e possui uma natureza "política, jurídica e lógica" (E. Decaux).

Segundo Niboye, a reciprocidade pode ser por identidade ou por equivalente, sendo que no primeiro caso as prestações são idênticas, enquanto no segundo existem "prestações diferentes, mas de valor comparável". Por sua vez Virally fala em reciprocidade real e reciprocidade formal, sendo que a primeira ocorre quando o objeto da prestação é individualizado, enquanto a segunda ocorre no caso de o objeto ser "abstrato" e "constituído geralmente por promessas", havendo uma "identidade de prestações". Outro aspecto distintivo é que a reciprocidade formal tem a sua importância decorrente da própria "estrutura da sociedade internacional" em que "os sujeitos são ao mesmo tempo criadores e destinatários do direito", enquanto a reciprocidade real pressupõe "uma operação jurídica particular". Saliencia Virally que a reciprocidade é o "principal motor da negociação", porque com a teoria de prestações recíprocas os Estados podem obter o que desejam. Ela tem um aspecto positivo quando estimula "a concessão de novas vantagens jurídicas", acarretando o desenvolvimento do direito. Possui um aspecto negativo quando é usada para punir violações de direito, mas mesmo neste ponto de vista ela serve para dissuadir a prática da violação. A reciprocidade está na base da retorsão e das represálias.

Outros princípios podem ser mencionados, como o princípio da proporcionalidade, utilizado nos casos de uso da força armada e nos direitos humanos. Neste último caso, ele serve para controlar uma restrição permitida pelo Direito.

18. É de se salientar que a terminologia utilizada no DIP é bastante imprecisa. Assim encontramos UNCTAD, em 1964, em uma recomendação

falando em "convênios (concordâncias, ajustes)" e "convênios menos formais". Tais expressões não têm qualquer sentido técnico do DI.

Um argumento em favor do que foi dito acima é o uso da palavra "razoável" em textos internacionais. Perelman considera que não é razoável aquilo que não for admissível em uma sociedade em determinado momento. Assim sendo, a noção de consenso social está na base da "razoabilidade", que deve ser provada por quem a alega. Salmon salienta como sendo vantagem desta noção a flexibilidade que ela dá ao Direito e facilitando a sua evolução.

Saliencia Vellas que "o DIP necessita de uma certa imprecisão terminológica por razões de política jurídica". Esta imprecisão não deve ser eliminada se ela facilitar que as normas sejam adotadas. Por outro lado, a terminologia do D. Interno, que é mais rigorosa, "é dificilmente utilizável no DIP".²⁵ A imprecisão tem o defeito de ser explorada pelas subjetividades dos Estados (G. de Lacharrière). É por esta razão que o Direito Econômico procura ser mais preciso.

Giuseppe Lumia (Princípios de Teoria e Ideologia del Derecho, 1989) observa que "toda norma jurídica tem propositalmente uma margem de indeterminação, em consequência de sua abstração e generalidade. Tal fato é que permite a atuação do intérprete".

Para Hart o Direito é impreciso devido à própria linguagem que usa e porque somos humanos, o que acarreta uma "ignorância dos fatos" e "uma indeterminação dos fins".

A própria qualificação²⁶ no DI apresenta problemas devido ao seu funcionamento e à existência de contradições não resolvidas pelo Direito (Salmon). Observa o internacionalista belga que a regra é serem as qualificações realizadas unilateralmente, porque o judiciário é marginal e as de órgãos internacionais ainda são uma exceção. De qualquer modo, todas são influenciadas pela política e traduzem relações de força. A qualificação é política e pode ser colocada a serviço da guerra ou da paz (Olivier Cayla). De qualquer modo, a qualificação "facilita a linguagem" e "permite sintetizar uma longa definição", ela define um "regime" e delimita a matéria (Bernard Audit).

18-A. Uma questão ainda a ser examinada é a da existência ou não da presunção de DIP. Não há uma opinião uniforme. Para G. Cansacchi ela existe no mundo jurídico internacional e faz parte da atividade lógica como um procedimento da dedução. Já Max Huber não a admite no processo internacional.

A presunção pode ser definida como um "procedimento do raciocínio que, partindo do fato conhecido, permite fazer uma escolha entre diferentes hipóteses e ficar com a mais provável". Ela não se confunde com a ficção, vez que esta não admite prova em contrário, e enquanto a presunção pode ser verdadeira ou não e admite prova em contrário (exceção:

presunção "juris et de jure"). Ao contrário das ficções, as presunções são utilizadas para fins probatórios e acabam com a incerteza.

Ela permite que a partir de um fato conhecido se possa tirar conclusões para um fato não conhecido.

No DIP há vários exemplos de presunção: a) os Estados agem conforme o DIP; b) as palavras de um tratado são presumidas serem utilizados no seu sentido comum; c) no direito de presa, guerra marítima, a destinação ao inimigo de mercadorias; d) as partes em um tratado querem algo razoável, etc.

Quanto à ficção, o eminente civilista Henri Capitant a define como "um procedimento de técnica jurídica que consiste em suprir um fato ou uma situação que seja diferente da realidade para dela deduzir as consequências jurídicas". J. Dabin considera que há ficção sempre que o jurista nega ou altera conscientemente a realidade. Claude Pasquier a considera "o mais artificial dos procedimentos de técnica jurídica" ao considerar "verdadeiro o que é falso."

No Direito Interno elas são classificadas em legais, jurisprudenciais e doutrinárias.

No D. Internacional existem também ficções, por exemplo, para se incluir determinado ato em uma certa categoria: o tratado de Washington de 1922 sobre a utilização de submarino em tempo de guerra que declara que quem violar as leis de guerra será "julgado e punido como se ele tivesse praticado um ato de pirataria"; ou, ainda, a convenção para a repressão ao tráfico de seres humanos e a exploração da prostituição de outrem (1949), que se aplica entre "Estados", mas abrangia também as colônias. Um caso de ficção para exclusão era a teoria da extraterritorialidade.

Salmon com toda a razão chama a atenção para a aspecto ideológico da ficção, vez que permite aos Estados recusar o real, ou, ainda, tornar o irreal em real. Assim, foi o caso de se falar que houve um Estado independente do Congo de 1885 a 1908. Outras vezes em nome da ilegalidade não se admite o real (ex.: o não reconhecimento durante alguns anos da Rodésia, após a independência, porque tinha um governo racista). Na própria ocupação de território se usou da ficção.²⁷

Monique Chemillier-Gendreau observa que "as presunções se integram no sistema da prova. As ficções, à definição ou à extensão da norma" (A ficção é um "procedimento de dissimulação", ela não tem vinculação com o real, diz a internacionalista francesa, que "é um procedimento falsificador do real".)

NOTAS

1. Alfred Verdross — La Loi de la Formation des Groupes Juridiques et la Notion de Droit International Public, in Introduction à l'Étude du Droit Comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, vol. II, págs. 112 e segs.

2. Paul Guggenheim — Contribution au Problème des Bases Sociologiques du Droit International, in Introduction à l'Étude du Droit Comparé, Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, vol. II, págs. 116 e segs.

3. Sobre o seu sentido no D. Romano: cap. VI. A expressão "jus gentium" só foi usada por dois juristas: Gaio, nas Institutas, e Pomponio, em "Ad Quintum Mucium", sendo que este diz que agredir um embaixador é violar o "jus gentium" (Vandick Londres da Nóbrega).

4. Bustamante considera que o verdadeiro introdutor da expressão "jus inter gentes" foi Zouch, uma vez que Vitória não se teria utilizado dela e se limitado à substituição aludida e que no mesmo parágrafo da sua *relectio*, "De Indis Recenter Inventis", teria se utilizado da expressão tradicional "ex jure gentium". Entretanto, estudos de Ernest Nys e James Brown Scott demonstram que a substituição efetuada por Vitória foi propositada e que ele tirara na sua exposição as consequências cabíveis, tais como a interdependência dos Estados, igualdade de direitos entre os Estados cristãos e bárbaros, conceito de cidadania, etc. Francisco Suárez aprofunda a noção de "jus gentium" no "De Legibus ac Deo Legislatore" e observa que a palavra tem dois significados: a) é o direito que os povos e comunidades devem respeitar nas relações entre si; b) é o direito que os diversos povos e comunidades observam internamente e que teria recebido o nome de "jus gentium" por motivos de semelhança. O primeiro sentido é que corresponde ao verdadeiro "jus gentium".

5. V. Capítulo VI.

6. Thomas Cooley, apesar de fazer a distinção entre "state" e "nation", assinala que na linguagem comum estas duas palavras são usadas como sinônimas e acrescenta que no D. Constitucional Americano a palavra "state" é utilizada para designar Estados membros da União Americana, enquanto "nation" é usada para designar todo "o povo compreendido na jurisdição do governo federal". Apesar desta observação, alguns autores de língua inglesa (Northedge) assinalam que Bentham se equivocou ao traduzir o "jus gentium" dos romanos para "International law". Telford Taylor considera que Bentham, ao usar a expressão "Law of nations", parecia desejar se referir ao direito interno.

7. No Brasil a nossa disciplina teve as seguintes denominações: a) um decreto de 1826 designando Biancardi como nosso delegado no Congresso do Panamá falou em "princípios do direito das gentes e público universal"; b) uma cadeira de "direito natural público, análise da Constituição do Império, direito das gentes e diplomacia" foi criada pela Lei de 11 de agosto de 1827, que fundou os cursos jurídicos em S. Paulo e Olinda; c) o Decreto nº 1.386, de 28 de abril de 1854, fala ainda em direito das gentes: esta mesma denominação é ainda mantida por uma série de atos governamentais como o Decreto nº 1.232-F, de 2 de janeiro de 1891; d) foi a Lei nº 314, de 30-10-1895, que falou em "Direito Internacional Público e Diplomacia" como cadeira do 2º ano do curso jurídico.

As primeiras obras de DI Público publicadas no Brasil parecem ter sido as seguintes: a) José Maria de Avelar Brotero — Questões sobre Presas Marítimas

(1836): *b)* Pedro Antran da Matta e Albuquerque — Elementos do Direito das Gentes segundo as doutrinas dos autores mais modernos (1851); *c)* António de Vasconcellos Menezes de Drummond — Preleções de Direito Internacional (1867); *d)* António Pereira Pinto — Apontamentos para o direito internacional ou Coleção completa dos Trabalhos celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras, 4 vols. (1864-1869) é acima de tudo uma coletânea de tratados; *e)* Carlos Vidal de Oliveira Freitas — Elementos de Direito Internacional Marítimo (1884); *f)* João Silveira de Souza — Lições Elementares do Direito das Gentes (1889) (Sobre esta matéria, Vicente Marotta Rangel — Primeiros escritos sobre Direito Internacional no Brasil. *in* Problemas Brasileiros, outubro de 1977, págs. 3 e segs.).

Em Paris, o ensino do D. das Gentes foi introduzido em 1819. Na Espanha o 1º catedrático de disciplina dedicada ao DI foi Joaquim Marín y Mendoza (século XVIII) criada nos "Reales Estudios de San Isidro" (Herrero Rubio).

8. Delbez e outros acrescentam uma terceira divisão entre as duas dadas: o direito preventivo da guerra.

8-A. A expressão direito positivo parece que foi criada por Abelardo no século XII e utilizada a seguir pelos juristas franceses (Guggenheim).

9. Alguns autores como Triepel negaram a possibilidade de um DI Geral. Na verdade, estas normas universais existem e têm sido admitidas pela doutrina (Perassi), sendo, entretanto, de natureza costumeira.

10. Georg Schwarzenberger — The Inductive Approach to International Law, 1965; Frede Gastberg — La méthodologie du droit international public, *in* RdC, 1933, vol. I, t. 43, págs. 313 e segs.; R. Yakemtchouk — L'approche sociologique du droit international, *in* RGDIP, 1974, nº 1, Janvier-Mars, págs. 5 e segs.; Les Méthodes d'Analyse en Droit International, *in* Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Reims, 1974; A. A. Cançado Trindade — La Méthode Comparative en Droit International. Une Perspective Européenne, *in* Revue de Droit International, págs. 273 e segs. (separata); International Law in Comparative Perspective, coordenado por William E. Butler, 1980; Philip Kunig — Remarks on the Methodology of International Law, with Particular Regard to State Practice in the Third World, *in* Law and State, vol. 25, 1982, págs. 88 e segs.

11. Este autor critica o método misto ou eclético e prega o indutivo, mas com a afirmação acima ele se aproxima do misto. Na verdade, a sua maior crítica é ao "ecletismo arbitrário". Aguilar Navarro assinala que o DI, tendo "ação sobre esferas de aspecto psicológico, político e filosófico-jurídico, tem que se reconhecer tributário de toda a pluralidade de métodos com que o homem pode chegar a conhecer o ser das coisas".

11-A. Segundo Engels, a dialética tem as seguintes leis: 1ª — lei da passagem da quantidade à qualidade e vice-versa; 2ª — lei da interpenetração dos contrários; 3ª — lei da negação. Gerd Bornheim assinala ser a dialética "fundamentalmente contestadora" e que "ela existe tanto para fustigar o conservadorismo dos conservadores como para sacudir o conservadorismo dos próprios revolucionários" (v. Leandro Konder — O que é Dialética, 1981).

12. Piero Ziccardi — Les Caractères de l'Ordre Juridique International, *in* RdC, 1958, vol. III, t. 95, págs. 263 e segs.; M. Virally — Réflexions sur le "jus cogens", *in* AFDI, 1966, vol. XII, págs. 5 e segs.; Celso D. de Albuquerque Mello — A norma internacional, *in* Revista de Ciência Política, janeiro-março 1972, págs. 51 e segs.; Louis Henkin — How Nations Behave, 1968; Quincy Wright — The

Role of International Law in the elimination of International Law in the elimination of war, 1961; Paul Tavernier — Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public, 1970; Georg Schwarzenberger — International Law and Order, 1971, págs. 17 e segs.; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell e W. Michael Reisman — Theories about International Law: Prologue to a configurative jurisprudence, *in* Virginia Journal of International Law, April 1968, vol. 8, nº 2, págs. 188 e segs.; Oscar Schachter — Towards a Theory of International Obligation, *in* Virginia Journal of International Law, April 1968, vol. 8, nº 2, págs. 300 e segs.; Dieter Blumenwitz — Norm and Reality in International Law. Notes on the interdependence of international law and political power, *in* Law and State, vol. 7, 1973, págs. 113 e segs.; Hans J. Morgenthau — La Réalité des Normes en Particulier des Normes du Droit International, 1934; Stephen M. Schwebel — The Effectiveness of International Decisions, 1971; Wesley L. Gould e Michael Barkun — International Law and Social Sciences, 1970; Denise Bindschedler-robert — De la Rétroactivité en droit international public, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 184 e segs.; Krystyna Marek — Contribution à l'étude du jus cogens en droit international, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 426 e segs.; M. K. Yasseen — Reflexions sur la détermination du "jus cogens", *in* L'Elaboration du Droit International Public. Colloque de Toulouse. Société Française pour le Droit International, 1975, págs. 204 e segs.; J. Salmon — La règle de droit en droit international public, *in* La Règle de Droit, Études publiées par Ch. Perelman, 1971, págs. 193 e segs.; J. Salmon — Le procédé de la fiction en droit international, *in* Les Présomptions et les Fictions en Droit, Études publiées par Ch. Perelman e P. Foriers, 1974, págs. 114 e segs.; J. Salmon — Les antinomies en droit international public, *in* Les Antinomies en Droit, Études publiées par Ch. Perelman, 1965, págs. 285 e segs.; E. P. Nicoloudis — La Nullité de jus cogens et le Développement Contemporain du Droit International Public, 1974; Ranyard West — International Law and Psychology, 1974; João Grandino Rodas — Jus Cogens, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, vol. LXIX, fasc. II, 1974, págs. 125 e segs.; Reynaldo Galindo Pohl — Jus Cogens, *in* Cuarto Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 203 e segs.; Claude-Albert Colliard — Égalité ou spécificité des États dans le droit international public actuel, *in* Melanges Louis Trotabas, 1970, págs. 529 e segs.; T. G. Elias — The Doctrine of Intertemporal Law, *in* AJIL, April 1980, vol. 77, nº 2, págs. 285 e segs.; Prosper Weil — Vers une normativité relative en Droit International?, *in* RGDIP, t. 86, 1982, I, págs. 5 e segs.; Antonio Gómez Robledo — Le "Jus Cogens" International: sa genèse, sa nature, ses fonctions, *in* RDC, 1981, vol. III, t. 172, págs. 9 e segs.; Leván Alexidze — Legal Nature of "jus cogens", *in* Contemporary International Law *in* RDC, 1981, vol. III, t. 172, págs. 219 e segs.; Giorgio Gaja — "Jus Cogens" beyond the Vienna Convention, *in* RDC, 1981, vol. III, t. 172, págs. 271 e segs.; Ingo Von Münch — Preservation and Change in International Law, *in* Law and State, vol. 29, págs. 7 e segs.; Li Haopei — Jus Cogens and International Law, págs. 41 e segs., *in* Selected Articles from Chinese Yearbook International Law, 1983; Serge Sur — Quelques observations sur les normes juridiques internationales, *in* RGDIP, 1985, nº 4, págs. 901 e segs.; Charles Leben — Une Nouvelle Controverse sur le Positivisme en Droit International Public, *in* Droits, nº 5, 1987, págs. 121 e segs.; Serge Sur — Système juridique

international et utopie. in Archives de Philosophie du Droit, t. 32, 1987, págs. 35 e segs.; Carlos Fernández de Casadevante Romani — La Interpretación de las Normas Internacionales, 1996; Olivier Corten — L'Interprétation du "Raisonnable" par les juridictions Internationales: au-delà du Positivisme Juridique, "in" RGDIP, 1998, n.1, págs. 5 e segs. International Rules, Coordenado por Robert J. Beck, Anthony Clark Arend e Robert D. Vander Lagt, 1996.

12-A. Colliard sustenta que o novo princípio do DIP é o da especificidade, como especificidades econômicas (países ricos e pobres), ou ainda geográficas (países desfavorecidos ou não pela geografia), ou ainda países exportadores e países importadores. Este aspecto se manifesta de modo claro no DT Econômico.

12-B. Como antecedentes do "jus cogens" podemos citar Vattel, que colocava ao lado de um DI Voluntário um DI Necessário. No século XIX Bluntschli escrevia que os tratados que violassem os direitos gerais da humanidade ou os princípios do DI eram nulos.

13. Alguns autores (Vimally) têm se referido ainda a um "jus cogens" distinto das normas imperativas. As normas do "jus cogens" seriam costumeiras e universais, devido à sua importância e à sua derrogação por um tratado, acarretaria a nulidade do próprio tratado de derrogação. As normas de "jus cogens" são poucas. Como exemplo de "jus cogens" é fornecido o de que é nulo o tratado concluído sob coação.

13-A. O maior opositor à existência de um "jus cogens" talvez seja G. Schwarzenberger, que considera que para o seu aparecimento seja necessária a existência de um poder centralizado para a criação do direito, bem como um poder de coerção para aplicar as sanções. Já Francine Demichel assinala que o "jus cogens" é um direito objetivo progressista, vez que ele incorpora o que foi adquirido pela luta dos povos, constituindo uma subversão do direito burguês e um fator de revolução. A "oposição intelectual anglo-americana ao 'jus cogens' é provavelmente imputável à aversão dos juristas do 'common law' para as noções jurídicas gerais e abstratas, como, por exemplo, os princípios gerais do direito, e as dificuldades que eles têm para debatê-las..." (E. McWhinney).

13-B. Parece-nos que devemos expor mesmo de modo sucinto a nossa posição em relação ao Direito. Ela é influenciada pela concepção marxista e acima de tudo pela corrente do pensamento jurídico francês denominado "Critique du Droit". Esta última, que tem entre os seus epígonos Michel Mialle, A. Jeammaud, Ph. Dujardin, J. J. Gleizal, afirma em seu manifesto que "a ciência do jurídico pertence a uma ciência do político". A "relação jurídica não pode ser reduzida a relação econômica", o que destruiria a especificidade do direito. O direito pode ser considerado progressista ao "promover e estabilizar um modo de produção", mas pode ser "reacionário em outra fase" ao defender este mesmo modo de produção (Ph. Dujardin e Jacques Michel). O Direito figura na infra-estrutura ao regulamentar (direito de propriedade) as relações de produção ("o direito é em grande parte o próprio fato" — G. de La Pradelle). Ele tem uma formação ideológica de "mediação específica entre as classes". O Direito parece justo à sociedade, apesar de estar "ligado à divisão da sociedade em classes" (M. Bourjol, A. Jeammaud e Michel Jeantin). O próprio ensino do direito é ideológico ao afirmar o primado do Direito na sociedade, o que é uma interpretação idealista. O liberalismo "se realiza plenamente na ideologia jurídica". O Direito mantém a ordem mascarando as contradições sociais (J. J. Gleizal). Ou, como diz Stuchka,

"ocultar as contradições de classes em fórmulas abstratas". O Direito deve ser ensinado no curso secundário, porque é necessário que todos tenham formação jurídica (J. J. Gleizal). Às opiniões expostas podem ser acrescentadas algumas observações, como de que a tese de Karl Marx de que o Direito pertence à superestrutura e determinado pela infra-estrutura econômica deve ser entendida com a observação de L. Matarasso de que Marx e Engels usam sempre a expressão "em última instância" ao se referirem a esta determinação. Significando isto que cada elemento do direito não é diretamente o reflexo da estrutura econômica. Esta determina a ideologia jurídica. Engels, em uma carta a Conrad Smith, em 1890, afirma que o Direito, apesar de ser "em geral dependente da produção e do comércio, possui não obstante uma capacidade particular de reação sobre essas esferas". Observa ainda que o direito deve ser uma "expressão sistemática", isto é, coerente. "E para chegar a este ponto, o direito reflete as contradições econômicas de modo cada vez menos fiel." Podemos acrescentar que a sociedade internacional não tem um único modo de produção (o capitalismo predomina), o que levou os juristas soviéticos a defenderem a "desideologização" do DIP. Daí Chau-mont observar que apesar de os Estados não terem os mesmos fins, estes podem ser atingidos pelos mesmos meios, o que torna possível o DI. A posição mais coerente dentro do pensamento marxista parece-nos ser a de Pasukanis, que sustenta o desaparecimento do Direito e do Estado com a revolução proletária. É suficiente lembrar que os próprios juristas formam um grupo social a serviço dos dominantes. A própria linguagem jurídica só é inteligível para os juristas (v. Roberto A. R. de Aguiar). O positivismo deve ser abandonado e é necessário que o Direito seja ensinado como uma ciência social e com uma visão crítica. Roberto Racinaro observa que o sistema kelseniano neokantismo de Kelsen talvez possa ser explicado por sua época, em que a Sociologia e a Ciência Política não eram consideradas disciplinas "sérias", vez que para uns a Sociologia estava ligada ao socialismo e marxismo, enquanto para outros era uma filosofia empírica que ameaçava a autonomia do espírito. Elas eram vistas como uma ameaça à objetividade de análise do Direito. É contra isto que reage Carl Schmitt, que criticava o normativismo que ignorava o caso excepcional, vez que este não está incluído na norma. A filosofia do Direito que quer cuidar do mundo real tem que tratar do normal e do excepcional (Joseph W. Bendersky — Carl Schmitt, Theorist for the Reich, 1983). Schmitt sustentava que o formalismo despolitizando o Direito era do interesse do liberalismo (Nelson Saldanha). Villey escreveu, com razão: "poucos são os juristas que se preocupam em saber para que servem, se limitam a obedecer. O positivismo reduziu o direito à letra morta das leis..." O Direito é profundamente ideológico. Bem como toda ideologia tem uma concepção sobre o Direito (Gérard Soulier). O positivismo diminui o papel do jurista e, como dizia Julius Herman von Kirchmann, no século XIX, a mudança de umas poucas palavras na lei pelo legislador "converte toda uma bibliografia em lixo". Ou, ainda como dizia este jurista, o positivismo transforma os juristas em "vermes vivendo em madeira podre". "Falar em direito e ideologia é tautológico" (Roberto A. R. de Aguiar). Ele faz com que a dominação tenha uma justificação e pareça justa. Podemos usar uma expressão de Monique e Roland Weil de que ele é "a máscara hipócrita da opressão". Ou, como diz Foucault: "a lei não é nem o estado de paz, nem o resultado da guerra ganha, mas a estratégia de uma guerra sempre em realização". Para o pensador francês a lei é um "meio de dominação" em benefício da classe dominante. No

DI a dominação ainda é mais acentuada, tendo em vista que os Estados (sujeitos do DI) não levam em consideração a opinião de seus próprios povos (P. Paone). Podemos recordar que o Direito é usado para defender a segurança, que é sempre a da classe dominante. A segurança passou a ser um valor em si mesmo, sem que se analise o seu conteúdo. Os juristas sempre foram os defensores da ordem. Pierre Legendre (El amor del censor, 1979) cita C. Giraud, que em 1846 dizia "Nós, professores da ciência da ordem, temos ao menos como um dever a obrigação de ensinar o respeito à ordem e à lei." Não se pode esquecer que há sempre no Direito uma subjetividade, porque ele é produto da razão prática e não da razão pura (Paul Anselek).

Em 1850, na Câmara dos Deputados, ao se discutir os estatutos dos cursos jurídicos e sociais, Zacarias de Góis critica um professor de D. Público que ensina: "o povo pode romper com o governo e derrubá-lo por meio da força". Fala então Zacarias de Góis: "um mestre de Direito, estipendiado pelo tesouro para infundir na sociedade sentimentos e idéias de ordem e estabilidade, parece-me que outra linguagem deveria dirigir a seus discípulos... (e) condena(r) as revoluções, dizendo que não pode haver um direito de rebelião ou sedição, mormente em países regidos pelas formas representativas..." Em 1851, na Câmara dos Deputados, Bandeira de Mello declara que é contra a criação de uma universidade na capital do Império por causa da participação decisiva dos estudantes nos acontecimentos políticos (Evolução do Ensino Jurídico no Brasil Império, organização e pesquisa de Aurélio Wander Bastos, 1985).

Na França o Código de Napoleão transformou as faculdades em "curso de código". Era a escola exegética. O estudo do Direito foi ampliado por influência da Alemanha, que a considerava como ciência e não como lei, como faziam os franceses (Robert Jacob). Os juristas tiveram uma grande influência na França, sendo que para Carl Schmitt foram eles que formaram o espírito francês: "juridismo, razão e clareza". No século XVI são a elite cultural da França e transformam o estudo do Direito em uma verdadeira "cultura universal", que incorporava a História, Filosofia, Teologia, etc. No século XVIII eles perdem o lugar em favor dos filósofos (Jean-Louis Thireau, de quem tiramos as linhas acima).

"O jurista é um homem virtuoso (*honnête homme*), cujos conhecimentos são mais técnicos que conceituais. O seu saber é apenas um saber-fazer" (J. J. Gleizal). Marx observa que não adianta criticar o Direito sem mexer nos modos da produção que lhe dão origem. Entretanto, parece-nos que se isto é verdadeiro, há, contudo, um espaço dentro do Direito existente que pode ser usado pelo proletariado. Este pode aproveitar as contradições existentes no direito capitalista, daí merecer ele ser estudado. Georges Sarotte escreve: "mas se o direito se encontra subordinado à política, ele autonomiza-se contudo quando, por sua vez, atua sobre ele, com maior ou menor êxito". É de se lembrar que Engels já observava que o Direito deve ser uma "expressão coerente em si mesma, que não forma cada vez menos fiel às condições econômicas". Como diz Cerroni: "o problema principal de como o Direito se transforma em economia e vice-versa permaneceu sem solução". "Uma das funções primordiais do direito refere-se aos meios pelos quais o domínio do fuzil é sancionado pela ética" (Eugene Genovese — A Terra Prometida. O mundo que os escravos criaram, 1988). "Se a política é uma guerra por outros meios, o "direito ao direito" é o butim do partido vencedor" (Oswald Spengler — Le déclin de l'Occident, vol. II, 1948).

O grande problema é que o Direito tende a se transformar em algo afastado da realidade. O Direito é usado *a posteriori* para justificar o fato. Marx já dizia que a sua especialidade era o Direito, mas que ele só dava a esta disciplina um segundo lugar, após a filosofia e a história. O grande mérito do marxismo para a ciência jurídica é que ele abandonou a análise formal do direito. E, como já foi dito, a doutrina passou a ser um "*dever ser*" sobre o "*dever ser*". A. Hobza afirma que o Direito evoluiu, mas não a doutrina, que ainda está presa a um formalismo inexistente nos dias de hoje. Umberto Cerroni observa que o Direito é a única das ciências sociais que ainda está "discutindo sobre a natureza do seu objeto, anunciando inclusive em várias ocasiões a impossibilidade de defini-lo". A própria palavra dogmática só é usada pela teologia e pelo direito, isto decorrendo do fato do saber destas duas "ciências" estar condicionado pela autoridade (Cesarini Sforza). F. S. Cohen fala em "teologia legal" porque os conceitos do Direito "são entidades sobrenaturais cuja existência só é verificável aos olhos da fé". O Direito é um ramo da "ciência do absurdo transcendental" e não teria passado ou futuro. Atualmente, a norma jurídica é apenas "um sistema de autojustificação que só convence aqueles que já estão convencidos" (Jean-Paul Charnay). Finalmente, para encerrarmos estas notas, podemos lembrar que "o Direito é imprescindível até para a destruição do Direito" (Djacir Menezes). É de se repetir algumas observações de Régis Debray de que "na sociedade internacional o coração está sempre à esquerda, mas a lei muitas vezes à direita", bem como "o direito aí é conservador por definição", vez que ele consagra um *status quo*. Continua o pensador francês observando que os vencidos e os subdesenvolvidos não fazem a lei e que "a superstição do direito é também uma forma elegante de eurocentrismo".

É necessário que o Direito deixe de ser "a teoria social genérica" (David Trubek), ou o obstáculo ao desenvolvimento social (Novoa Monreal), ou, como dizia Goethe, "as leis e os direitos se transmitem de geração em geração como uma doença hereditária". "O Direito não é um fim em si mesmo" (Henkin).

Devemos acrescentar algumas observações sobre o direito pós-moderno. Para André-Jean Arnaud (Pour une Pensée Juridique Européenne, 1991) "o jurista pós-moderno será levado necessariamente a reintroduzir a dúvida sistemática e o conceito de complexidade no centro de observação do fenômeno jurídico e do processo decisório de criação da norma de Direito". Tem que se aceitar um pluralismo jurídico que será examinado por uma ótica relativista e flexível, retornando o direito ao pragmatismo. Afirma ainda que "o Direito pós-moderno vai reintegrar a dimensão social. Cita Boaventura Santos que fala em "porosidade jurídica e porosidade legal" devido à interpenetração das diferentes ordens jurídicas. A multiplicidade de culturas conduz a uma relativização do Direito" e coloca em questão uma eventual "essência" do Direito".

A crítica que se tem dirigido ao direito pós-moderno é que ele destruiu os valores e faz do dever ser coincidir com o ser.

Delmas-Marty afirma com razão: "O direito tem horror do múltiplo. Sua vocação é a ordem unificada e hierarquizada, unificada porque hierarquizada".

14. Piero Ziccardi — *Diritto Internazionale Odierno*, 1964, pág. 108; B. A. Wortley — *The Interaction of Public and Private International Law Today*, in RdC, 1954, vol. 1, t. 85, págs. 245 e segs.; Edward Hambro — *The Relations between International Law and Conflict Law*, in RdC, 1962, vol. 1, t. 106, págs. 1 e segs.;

François Rigaux — Reflexions sur les rapports entre le Droit International privé et le Droit des Gens. *in* Estudios de Derecho Internacional — Homenaje a D. Antonio de Luna. 1968. págs. 569 e segs.; I. Seidl-Hohenveldern — The Impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations. *in* RdC. 1968, vol. 1. t. 123. págs. 1 e segs.; Bent Rosenthal — Étude de L'oeuvre de Myres Smith McDougal en matière de droit international public, 1970; Richard A. Falk — The Status of Law in International Society. 1970. págs. 41 e segs.; M. A. Vieira — Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine. *in* RdC. 1970, vol. II, t. 130. págs. 351 e segs.; Emile Geraud — Le Droit International Public et la Politique, *in* RdC. 1963, vol. III, t. 110. págs. 419 e segs.; Serge Sur — L'Interprétation en Droit International Public. 1974, Archives de Philosophie du Droit — Le Droit Investi par la Politique, t. XVI, 1971; Gidon Gottlieb — The Nature of International Law; Toward a Second Concept of Law. *in* The Future of The International Legal Order, coordenado por Cyril E. Black e Richard A. Falk, 1972, vol. IV, págs. 331 e segs.; H. Morgenthau — La Notion du "Politique" et la Théorie des Différents Internationaux, 1933; François Rigaux — Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales, 1977; Fausto Pocar — Quelques aspects des interférences entre le droit international privé et le droit international public, *in* Le Droit International Demain, 1974. págs. 41 e segs.; Luzius Wildhaber — The Impact of Tomorrow's — International Law on The Framework of The Constitution. *in* Le Droit International Demain, 1974. págs. 91 e segs.; William L. Morrison — Myres S. McDougal and Twentieth Century Jurisprudence: A Comparative Essay, *in* Toward World Order and Human Dignity — Essays in Honor of Myres S. McDougal, 1976. págs. 3 e segs.; Richard A. Falk — The Role of Law in World Society; Present Crisis and Future Prospects, *in* Toward World Order and Human Dignity — Essays in Honor of Myres S. McDougal, 1976. págs. 132 e segs.; John Norton Moore — The Legal Tradition and the Management of National Security, *in* Toward World Order and Human Dignity — Essays in Honor of Myres S. McDougal, 1976. págs. 331 e segs.; Otto Kimminich — International Law and International Relations, *in* Law and State, vol. 14, 1976. págs. 23 e segs.; Gunter B. Krause-Ablas — Civil Law and The Law of Nations, *in* Law and State, vol. 15, 1977. págs. 112 e segs.; Prosper Weil — Droit International Public R. Stevenson — The Relationship of Private International Law to Public International Law, *in* Essays on International Law — from the Columbia Law Review, 1965. págs. 49 e segs.; Gonzalo Ortiz Martin — Puntos de Contacto entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público. Soberanía y Orden Publica, *in* Septimo Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1980). 1981. págs. 391 e segs.; Joe Verhoeven — Droit international public et droit international privé; ou est la différence; *in* Archives de Philosophie du Droit, t. 32, 1987. págs. 23 e segs.; Grigory I. Tunkin — Remarks on the Primacy of International Law in Politics. *in* Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement. Mélanges Michel Virally, 1991. págs. 456 e segs.

15. Alguns autores (Amílcar de Castro) colocam o DI Privado como ramo do direito nacional ou interno e o consideram como direito público. Todavia, parece-nos que a melhor solução é a de Ziccardi, "que o coloca entre os institutos da vida internacional". Neste mesmo sentido assinala Georges Scelle que a concepção

que coloca o DI Privado na ordem interna é "incompatível com a finalidade da disciplina". O jurista francês acrescenta que "a essência da comunidade internacional" são as "relações entre particulares", e conclui que "o DI Público é o servidor do DI Privado". É interessante observar a origem do DI Privado, segundo F. Rigaux: as lacunas do DI Público é que teriam levado os Estados a regulamentarem os assuntos do DI Privado. Segundo este autor: "A autonomia do direito internacional privado data do dia em que o direito das gentes limitou a si próprio a regulamentação apenas das relações entre Estados e quando se constatou que as duas outras espécies de relações (entre o Estado e o estrangeiro; entre indivíduos em uma sociedade internacional) não tinham dado nascimento a uma prática internacional suficientemente estável para merecer o nome de costume."

16. Nicolas Politis — La Morale Internationale. 1944; George W. Keeton e Georg Schwarzenberger — Making International Law Work, 1946. págs. 49 e segs.; Unión Internacional de Estudios Sociales — Código de Moral Internacional, 1954; Herbert Kraus — La Morale Internationale, *in* RdC, vol. I, t. 16. págs. 339 e segs.; Luis García Arias — Moral y Moralidad Internacionales. *in* Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional. 1964. págs. 79 e segs.; Werner Levi — The Relative Irrelevance of Moral Norms in International Politics, *in* International Politics and Foreign Policy, coordenada por James N. Rosenau, 1969. págs. 191 e segs.; Traditions of International Ethics, coordenado por Terry Nardin e David R. Mapel, 1993. Alain Papaux e Eric Wiler — L'Éthique du Droit international 1997; Alexandre Boldizar e Outi Korhonen — Ethics, Morals and International Law, "in" European Journal of International Law, vol. 10, n.2, pgs. 279 e segs.

17. Politis observa que "certas regras da moral são comuns a todas as categorias de relações". No sentido adotado por nós: Aguilar Navarro observa que toda norma de moral se dirige sempre aos homens e que, portanto, a moral seria uma só. Da mesma opinião é Truyol y Serra, que assinala: "A moral internacional será aquela parte da moral social que determina os deveres do homem enquanto membro da sociedade internacional, seja como governante, seja como súdito, de um Estado cuja atividade deve se coordenar com a dos outros Estados e subordinar-se ao bem comum de todos."

18. Aguilar Navarro manifesta-se no sentido de que "os usos são uma etapa intermediária entre uns postulados morais que se fazem direito, ou uns preceitos jurídicos que perdem esta sua característica".

19. Jean Touscoz — Le Principe d'Effectivité dans l'Ordre International. 1964; Pietro Provan — Il Significato del Principio di Effettività. 1955; Adolfo Miaja de la Muela — El Principio de Efectividad en Derecho Internacional. 1958; Giuseppe Ottolenghi — Il Principio di Effettività e la sua Fusione nell'Ordinamento Internazionale. *in* Scritti Vari di Diritto Internazionale, vol. I, 1959. págs. 221 e segs.; Robert W. Tucker — The Principle of Effectiveness, *in* International Law and Politics in the World Community, 1953. págs. 30 e segs.; R. Y. Jennings — Nullity and Effectiveness in International Law, *in* Cambridge Essays in International Law. Essays in Honours of Lord McNair. 1965. págs. 64 e segs.; Charles de Visscher — Les Effectivités du Droit International Public, 1967; Juan Antonio Carrillo Salcedo — Soberanía del Estado y Derecho Internacional, 1969; Tarciso Burity — Reflexões sobre Direito e fato na Ordem Jurídica Internacional, *in* Revista da Faculdade de

Direito — Universidade de São Paulo, vol. XLVIII, 2ª fasc., 1973, págs. 133 e segs.; Bernadette Pedrosa — O Fato e a Norma no Direito Internacional Público, *m* Revista da Faculdade de Direito de Curitiba, 1975, n.º 10, págs. 273 e segs.; Monique Chemillier-Gendreau — Le rôle de L'effectivité en droit international, *m* Realités du Droit International Contemporain, Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, s./d., págs. 79 e segs.; Jean Salmon — La construction juridique du fait en droit international, *m* Archives de Philosophie du Droit, t. 2, 1987, págs. 135 e segs.; Monique Chemillier-Gendreau — Origine et rôle de la fiction en droit international public, *m* Archives de Philosophie du Droit, t. 32, 1987, págs. 153 e segs.

20. Este autor diferencia a efetividade da eficácia do seguinte modo: a) a eficácia "se mede por referência a uma intenção", ela consiste em saber se uma regra atingiu "a finalidade que lhe foi conferida pelo seu autor"; b) a efetividade trata somente da relação existente entre uma norma e a realidade social, "é uma noção mais simples, menos elaborada que a de eficácia". Charles de Visscher qualifica a eficácia como "a adequação dos meios colocados em funcionamento para alcançar o objetivo desejado".

20-A. É de se repetir um pensamento de Jean Giraudoux: "O Direito é a mais poderosa das escolas de imaginação. Nunca um poeta interpretou a natureza tão livremente quanto um jurista a realidade." Dentro de uma orientação mais jurídica podemos repetir uma observação de J. Salmon de que o DI não regulamenta as consequências que os Estados devem tirar do real. Os Estados são livres para apreciar o real e até mesmo recusá-lo.

20-B. Algumas críticas têm sido formuladas a este princípio sustentando que a efetividade que se transformou em uma noção central no DIP é ajurídica (Chemillier-Gendreau). Ou ainda ela é uma tentativa para servir de controle a uma "subversão permanente" existente na sociedade internacional (R. Lepoutre).

21. Esta tendência vem de Jellinek, que afirma: "o real tem em geral uma tendência psicológica a se transformar em obrigatório".

22. Alguns autores (Verzil) negam valor ao princípio de efetividade, vez que ele levaria à negação do direito e que ele não teria encontrado consagração na jurisprudência internacional.

23. Tucker considera que no DI existem restrições ao princípio "ex injuria jus non oritur" em nome da aplicação do princípio da efetividade. A aplicação do princípio da efetividade demonstra ser o DIP, para este autor, um "direito fraco".

24. Miaja de la Muela assinala que a efetividade de uma situação somente pode produzir efeitos jurídicos se ela tiver sido originada conforme o DIP. E acrescenta que atualmente no DIP o reconhecimento é o único meio de "resolver em cada caso a oposição dramática entre a efetividade e a juridicidade". Na verdade, como estudaremos, é o reconhecimento um ato da vida internacional capaz de transformar situações de fato em situações jurídicas.

24-A. Michel Virally — Le Principe de Réprocité dans le Droit International Contemporain, *m* RdC, 1967, vol. III, 122, págs. 1 e segs.; Emmanuel Decaux — La Réciprocité en Droit International, 1980; G. P. Niboyet — La Notion de Réciprocité dans les Traités Diplomatiques de Droit International Privé, *m* RdC, 1935, vol. II, t. 52, págs. 253 e segs.

25. Jean J. A. Salmon — Le Concept de Raisonnable en Droit International Public, *m* Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 447 e segs.; Jean J. A. Salmon — Quelques Observations sur la Qualification en Droit International Public, *m* La Motivation des Décisions de Justice, Estudos publicados por Ch. Perelman e P. Foriers, 1978, págs. 345 e segs.; Olivier Cayla — La qualification, ou la vérité du droit, *m* Droits, n.º 18, 1994, págs. 3 e segs.; Bernard Audit — Qualification et Droit International Privé, *m* Droits, n.º 18, 1994, págs. 55 e segs.

26. É a "operação intelectual que consiste em classificar um fato, uma ação, uma instituição, uma resolução jurídica determinada visando lhe aplicar o regime jurídico correspondente a esta categoria" (Dicionário Basdevant).

27. J. A. Salmon — Le Procédé de la Fiction en Droit International Public, *m* Les Presomptions et les Fictions en Droit, sob a coordenação de Ch. Perelman e P. Foriers, 1974, págs. 114 e segs.; Jacques-Michel Grossen — Les presomptions en droit international public, 1954.

CAPÍTULO III

NEGADORES DO DI¹

19 — *Introdução*; 20 — *Negadores práticos*; 21 — *Negadores teóricos*; 22 — *Crítica aos negadores*; 23 — *O DI como direito imperfeito*; 23A — *Conclusão*.

19. O DI tem sido alvo de diversos doutrinadores, que ora negam a existência de qualquer norma regulamentando a vida internacional, ora declaram a existência de tais normas mas não as consideram como sendo normas jurídicas. O primeiro grupo é formado pelos chamados negadores práticos (Espinosa, Lasson, Gumpłowicz, Lundstedt, etc.), enquanto o segundo grupo é composto pelos denominados negadores teóricos (Austin, Binder, etc.).

É de se salientar que estes autores partem de teorias inteiramente diversas, somente tendo em comum esta concepção negativa ao estudarem o DI; são, por exemplo, materialistas (Gumpłowicz), neo-hegelianos (Lasson), etc.

O assunto ora estudado possui interesse meramente doutrinário e didático, tendo em vista que nos dias de hoje a impugnação do DIP não tem qualquer valor e a crescente institucionalização da vida internacional tem respondido a diversas objeções dos negadores. Os autores a serem estudados são apenas alguns dos principais negadores teóricos e práticos.

20. Os negadores práticos apresentam em favor das suas teses uma série de argumentos.

Espinosa defendeu que os Estados viviam em verdadeiro estado de natureza e que os próprios tratados subscritos por eles não tinham qualquer valor quando se opunham aos seus interesses.

Adolf Lasson reduz o DI a uma simples relação de força, uma vez que o Estado, sendo um fim em si mesmo, não poderia existir qualquer sistema normativo superior a ele. Os tratados só seriam respeitados enquanto não variasse a relação de forças de que eles são expressão.

Ludwig Gumplowicz sustenta também que o DI também se reduz a uma simples relação de força, porque não existe um sistema coercitivo semelhante ao estatal para impor tais normas. O egoísmo seria o único princípio regulador da atividade estatal. Admite este autor, todavia, que o progresso venha a tornar possível a existência de um DI.

Anders Vilhelm Lundstedt considera que os Estados agem na vida internacional impulsionados por meros interesses particulares. Não existiria um DI, porque não há um aparelho coercitivo, um poder legislativo e judiciário que atuem de modo regular na vida internacional. Os tratados não teriam obrigatoriedade, porque não existe aparelho coercitivo capaz de lhes impor o respeito.

21. Os negadores teóricos, como vimos, não negam a existência de normas no plano internacional; apenas consideram que elas não são jurídicas.

John Austin defendeu que as normas internacionais integrariam a moral positiva pelas seguintes razões: a) elas não são jurídicas, porque não se manifestam no seio de uma sociedade organizada; b) elas seriam leis morais porque emanam da opinião pública; c) fariam parte da moral positiva porque, na realidade, elas são aplicadas. As normas internacionais seriam para o jurista inglês, no fundo, normas de cortesia, porque não implicam juízo de valor. Todavia, nada impede que um Estado ou tribunal sancione uma norma de moral positiva transformando-a em norma jurídica, que faria, no caso, parte do direito estatal, seria uma norma de "direito estatal externo".

Júlio Binder considera que não existe DI, porque não existe uma comunidade internacional. As normas internacionais são simples regras morais ou são usos internacionais aplicáveis em virtude de uma prática constante.

22. Devemos estudar agora a questão da procedência destas críticas dirigidas ao DI. Na verdade, todos os seus negadores estão ofuscados pela visão do Estado moderno, bem como pelo direito estatal, esquecendo-se de que eles são o resultado de uma fase histórica e que nem sempre apresentaram as características que têm hoje, ou ainda partem de afirmações *a priori*.

Os negadores práticos não distinguem o "ser" do "dever ser" ao considerarem que o DI não existe, tendo em vista certos abusos que aparecem na vida internacional. Eles afirmam de maneira *a priori* que os Estados não se encontram submetidos a normas jurídicas. De fato, os Estados pautam a sua conduta pelas normas de DIP, tanto assim é que as suas violações são poucas diante da intensidade da vida internacional. Das centenas de tratados existentes, alguns, mesmo "inconvenientes" para os seus signatários, são respeitados e poucos são violados. Quem olha a vida internacional tem à primeira vista a impressão de que nela só domina a violência, uma vez que qualquer violação acarreta graves repercussões na vida dos povos

e, em consequência, produz fortes impactos psicológicos nos indivíduos.²⁰ Entretanto, essas violações produzem tais impactos também porque elas não são comuns e, justamente, representam uma exceção no panorama internacional. Seria difícil e sem qualquer fundo de realidade dizer que os Estados não possuem qualquer norma limitando a sua conduta. Se assim fosse, a vida internacional seria inteiramente anárquica, o que resultaria em impossibilidade da sua organização, ao contrário do que tem acontecido com a criação de organismos internacionais. A própria guerra foi considerada como um dos modos de solução dos conflitos internacionais e regulamentada a sua conduta pelo DIP.²¹ É de se recordar que a existência de litígios não significa necessariamente que tenha ocorrido violação do direito. O que é mais importante no DI, conformê doutrinares norte-americanos, é "a ausência de um procedimento seguro para a identificação de uma violação".

Por outro lado, é de se lembrar que grande parte das violações do DIP são também ao mesmo tempo violações do Direito Constitucional, como ocorre naqueles países que incorporam o DIP ao direito interno, por exemplo, na Constituição norte-americana (John H. E. Fried). Nicos Poulantzas (*L'État, le Pouvoir, le Socialisme*, 1978) observa que "todo sistema jurídico inclui a ilegalidade" no sentido de que ele tem lacunas que são "dispositivos expressamente previstos, brechas para permitir" o abandono da lei. Diz este mesmo autor que à máxima "a ninguém é lícito ignorar a lei" deve-se acrescentar "salvo os representantes do Estado". Parece-nos que estes raciocínios podem ser aplicados, *mutatis mutandis* ao DIP. Para Jean Carbonnier (*Derecho Flexible*, 1974) esta máxima foi adotada na codificação napoleônica, porque a lei, naquele tempo, era apenas uma formulação de costumes antigos.

O mais poderoso Estado sofre limitações não só impostas pela intensidade da vida internacional de que ele depende em maior ou menor grau como também de que ele para controlar outros Estados precisa controlar a si próprio. Louis Henkin observa com razão que as relações entre os Estados "caminham da força para a diplomacia e desta para o direito".

Os negadores teóricos partem da comparação do DI com o direito estatal. Eles se esquecem que a figura da lei, como uma das características do direito interno moderno, é fenômeno recente da evolução do direito. O costume, ainda a principal fonte do DI, tende a ter o seu papel reduzido com a codificação da nossa matéria. O tratado em época futura terá papel idêntico, em importância para o DI, ao da lei no direito interno. Não podemos considerar que as regras de conduta da sociedade internacional sejam normas de moral, uma vez que a moral tem outro tipo de sanção. As próprias normas da "comitas gentium" regulamentam apenas aspectos secundários da vida internacional.²² Nem inexistem mais, como pretendeu Lundstedt, órgãos judiciais na vida internacional. Temos, entre outros, a Corte Internacional de Justiça.

A crítica mais comum que é dirigida ao DI é que ele não é passível de sanção e, em consequência, ele não seria Direito. É de se observar inicialmente que o DI possui sanções, que são de natureza distinta das do direito.⁴ São sanções do DI: a retorsão, as represálias, etc. Se estas sanções nem sempre atuam com a eficácia desejada, contudo isto não significa que elas não existam. O D. Penal não deixa de existir porque as suas sanções deixam de ser aplicadas aos criminosos que conseguem escapar à Justiça. O direito como ciência normativa se dirige aos homens, seres livres: é, em consequência, essencialmente violável. A sanção é um elemento externo ao direito e o que o caracteriza é a "possibilidade de sanção".⁵

Cláudio Souto observa com razão que a coação física é para o Direito "um instrumento que não opera ou já não opera em grande parte dos casos, e cuja tendência, em uma perspectiva histórica longa, parece ser a de funcionar cada vez menos". Ou ainda, como lembra Paul Foriers (*Règles de Droit. Essai d'une problématique, in La Règle de Droit. Études Publiées par Ch. Perelman, 1971*), a sanção é um critério falso para servir como característica do Direito, porque se a norma jurídica recebeu uma adesão, de e a quem ela se dirige, a sanção terá importância secundária nesta adesão, e, no caso dela não receber a mencionada adesão, a sanção será irrelevante. Max Weber admite a coercibilidade psicológica para caracterizar o Direito. A. Bugallo Alvarez (*Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito, 1976*) observa que a ordem jurídica não subsiste apenas por causa da sanção, mas que, "a longo prazo, a vigência da ordem jurídica é proporcional ao grau de aceitação e aceitabilidade da mesma". Podemos lembrar ainda que o D. Canônico não tem sanção coercitiva e não deixa de ser direito. O direito é anterior à sanção. Michel Miaille (*Une Introduction Critique au Droit, 1976*) lembra que os momentos de repressão constituem uma exceção no sistema social. Nas relações internacionais é extremamente difícil se organizar uma sanção coercitiva. É suficiente lembrarmos o poderio das grandes potências. É de se perguntar, neste sentido, o que adiantaria organizar um exército internacional.

Por outro lado, é de se lembrar que existe uma "pressão" sobre toda e qualquer norma jurídica, porque se ela é inteiramente respeitada ela é desnecessária socialmente (Falk).

E para concluir podemos observar com Kelsen que a diferença entre o direito interno e o internacional é apenas de estrutura e não de natureza. A pretensa distinção de Triepel de que o DI seria baseado na coordenação, enquanto o direito interno seria de subordinação, caiu por terra com a observação do mestre de Viena de que coordenar é também subordinar. Na verdade, só se pode coordenar "duas coisas" subordinando-as a uma "terceira".

A grande dificuldade do DI é que ele se fundamenta no Estado soberano e, "por outro lado, por causa do direito, deve restringir a arbitrariedade que se esconde no conceito de soberania" (Otto von der Gablentz).

23. Podemos mencionar neste estudo um grupo de internacionalistas que não faz parte dos negadores, apenas considera o DI como sendo um direito imperfeito (Savigny, Wilson, Zitelmann, etc.). Estes autores apresentam argumentos semelhantes aos expostos pelos negadores: a ausência de uma comunidade internacional (Savigny); falta de uma organização central para impor as sanções (W. Wilson); as normas internacionais seriam obscuras, e a guerra faria cessar o estado de direito entre as nações (Zitelmann). Entretanto, eles não negam a existência do DI, considerando-o apenas como um "direito imperfeito".

Este grupo de doutrinadores é passível da mesma observação que dirigimos anteriormente aos impugnadores. Tais doutrinadores, nas palavras de Aguilar Navarro, estão "deslumbrados pela imagem do Estado moderno". Limitar a ciência jurídica ao direito estatal moderno é estreitar os seus horizontes.

23-A. Na verdade, se aos internacionalistas do 3º Mundo não interessa o DI Clássico consagrador dos interesses das grandes potências, também não interessa a negação do DIP. A negação significaria colocar a sociedade em estado de anarquia, que talvez viesse a favorecer aos poderosos. O Direito emana dos poderosos, mas uma vez "promulgado" limita o seu poder e passa a ser também uma arma de defesa para os fracos.

A questão dos negadores do DIP tem interesse meramente histórico.

NOTAS

1. A. Trivoli — *Doctrines Contemporaines du Droit des Gens*, 1951; Gustav Adolf Walz — *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*, 1943; Cláudio Souto — *Introdução ao Direito como Ciência Social*, 1971; Otto-Heinrich von der Gabelentz — *Introducción a la Ciencia Política*, 1974; Louis B. Sohn — *The Effectiveness of International Law*, in *Essays on International Law in Honour of K. Krishna Rao*, 1976, págs. 58 e segs.

1-A. "O normativo existe para ser realizado, o que não significa que se realize necessariamente... o fato de que a norma não se cumpra não invalida, como sua nota essencial, a exigência de realização" (Adolfo Sánchez Vázquez — *Ética*, 1980).

2. A guerra já era encarada por Giovanni de Legnano (século XIV) como modo de solução dos conflitos internacionais.

3. A própria crítica de Binder é imprecisa, porque, como vimos no nº 5, existe uma sociedade internacional.

4. No DI, a sanção é dirigida, em princípio, ao Estado, e, no direito interno, ao indivíduo.

5. Podemos lembrar a distinção de Miguel Reale: "Para os adeptos da primeira (coercitividade) o Direito seria dotado sempre e invariavelmente de um elemento coercitivo, sem o qual não haveria Direito; para os da segunda (coercibilidade), a coação seria elemento externo do Direito, o qual se distinguiria apenas pela possibilidade de interferência da força." Jiménez de Aréchaga lembra que o próprio D. interno possui sanção ("consequência da violação do preceito jurídico") desprovida de coação ("força física eventualmente utilizável para impor a sanção em caso de resistência a ela") como a "exceptio inadimpleti contractu". Neste aspecto estariam diversas sanções do DIP, como a ruptura de relações diplomáticas, etc. Acrescenta este autor que a Carta da ONU organizou sanções coativas no âmbito de competência do Conselho de Segurança. Todavia, tem sido paralisada em inúmeros casos por motivos políticos. Por outro lado, como bem observa Parry, a efetividade do direito não depende apenas de um poder que o imponha. Nenhum poder estatal teria força suficiente para impor o direito se os indivíduos não quisessem cumpri-lo.

CAPÍTULO IV ¹⁵

RELAÇÕES ENTRE O D. INTERNACIONAL E O D. INTERNO¹

24 — *Introdução*; 25 — *Dualismo*; 26 — *Monismo*; ~~27~~ — *Teorias conciliadoras*; ~~28~~ — *Prática internacional*; 29 — *Prática interna*; 30 — *Conclusão*.

24. As relações entre o D. Internacional e o D. Interno acarretam inúmeros problemas doutrinários e práticos que decorrem da questão que consiste em sabermos qual o tipo de relações que mantêm entre si. Podemos exemplificar da seguinte maneira: havendo um conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual delas deverá prevalecer? Poucos autores, como Ross, consideram a disputa entre as diversas doutrinas como sendo uma "disputa de palavras", e têm negado a importância da questão ora estudada.

25. O primeiro estudo sistemático da matéria² foi feito por Heinrich Triepel: em 1899, na obra "*Volkerrecht und Landesrecht*". Parte este jurista da concepção de que o DI e o Direito Interno são "noções diferentes" e, em consequência, as duas ordens jurídicas podem ser tangentes, mas não secantes, isto é, são independentes, não possuindo qualquer área em comum. Esta oposição é resultante de três diferenças que existem nas duas ordens jurídicas.

A primeira diferença é de "relações sociais": na ordem internacional o Estado é o único sujeito de direito enquanto na ordem interna aparece o homem também como sujeito de direito.

A segunda diferença é das fontes nas duas ordens jurídicas: o Direito Interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto o DI tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados, leis e tacitamente no costume internacional. Triepel, neste aspecto, se baseara em trabalhos de Bergbohm e Binding,³ sendo que este último

já utilizara a expressão "Vereinbarung" (convenção, ato-união) em trabalho publicado um decênio antes. A "Vereinbarung" é, na definição de Binding, "a fusão de vontades diferentes com um mesmo conteúdo". Ela se manifestaria nas decisões do Congresso, etc. É esta "Vereinbarung" que, para Triepel, cria as normas internacionais. A "Vereinbarung" se diferenciaria do "Vertrag" (contrato), em que as vontades têm conteúdo diferente.

A terceira diferença é relativa à estrutura das duas ordens jurídicas: a interna está baseada em um sistema de subordinação e a internacional na coordenação. É a comunidade internacional uma sociedade paritária.

Esta concepção conduz à denominada "teoria da incorporação", isto é, para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua "transformação" em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. É isto uma consequência da completa independência entre as duas ordens jurídicas, o que significa dizer também que não existe uma possibilidade de conflitos entre elas. Para Triepel o tratado "não é um meio em si de criação do direito interno". Ele é "um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional".

Esta concepção proposta por Triepel foi levada para a Itália por Dionísio Anzilotti, que a adotou, em 1905, em um trabalho intitulado "Il Diritto Internazionale nel giudizio interno". Este autor apresenta algumas diferenças em relação ao jurista alemão, admitindo, por exemplo, que o DI pode ser aplicado pelo D. Interno em alguns casos sem a devida transformação.

O dualismo foi seguido por grande número de autores italianos, mas apresentando algumas características próprias. Perassi, um dos autores mais representativos da denominada escola italiana, defende a autonomia das duas ordens jurídicas, sustentando, contudo, a superioridade do DI em relação aos Estados. O DI não atinge diretamente a ordem jurídica interna, tanto assim que a revogação de uma norma interna contrária ao DI só pode ser feita por um procedimento do direito interno. Posição bastante semelhante à de Perassi é a de Sereni, que retoma as diferenças entre as duas ordens jurídicas sustentadas por Triepel.

A denominação de dualista para esta concepção foi dada por Alfred Verdross, em 1914, e aceita por Triepel, em 1923. Todavia, Verdross reconheceu a deficiência deste termo, uma vez que não existe apenas um direito interno, sendo portanto mais correto denominá-la de pluralista.

É o dualismo passível de uma série de críticas: a) o homem é também sujeito internacional, uma vez que tem direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional; b) o direito não é produto da vontade nem de um Estado, nem de vários Estados. O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; c) Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem, assim sendo, a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto

é, uma simples "diferença de grau"; d) o DI consuetudinário é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação ou incorporação; e) quanto à escola italiana, que sustenta que o DI se dirige apenas ao Estado e não ao seu direito interno, podemos endossar a opinião de Rolando Quadri, que observa não ser "possível dissociar o Estado do seu ordenamento"; f) pode-se acrescentar a observação de P. Paone de que o dualismo no DI está sempre ligado à sua concepção como sistema privatístico.

26. Encontramos, em oposição ao dualismo, a concepção denominada monismo, ou seja, a teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional.

a) O monismo com primazia do direito interno tem as suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples "direito estatal externo". Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Esta concepção foi seguida por Wenzel, os irmãos Zorn, Decencière-Ferrandière, Verdross (inicialmente). Os autores soviéticos (Korovin) sustentaram que o direito internacional só é válido para o Estado, como parte do seu direito nacional, filiando-se a esta concepção da soberania absoluta do Estado.⁶ Seguiram a esta tese ainda os juristas nazistas e mais recentemente ela foi adotada por Georges Burdeau, que considera o DIP "um direito nacional para uso externo".

Esta teoria se encontra sujeita a diversas críticas. A primeira e mais importante de todas é que ela nega a existência do próprio DR como um direito autônomo, independente. Ela o reduz a um simples direito estatal. Em consequência, como bem observa Truyol y Serra, é uma teoria pseudomonista, vez que não existe apenas um Direito Interno. Esta teoria não se encontra de acordo com a prática internacional: se a validade dos tratados internacionais repousasse nas normas constitucionais que estabelecem o seu modo de conclusão, como sustentara Wenzel, toda modificação na ordem constitucional por um processo revolucionário deveria acarretar a caducidade de todos os tratados, concluídos na vigência do regime anterior. Entretanto, isto não ocorre, porque em nome da continuidade e permanência do Estado ele é ainda obrigado a cumprir os tratados concluídos no regime jurídico anterior.

b) O monismo com primazia do Direito Internacional⁶⁴ foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz, etc.). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base, ("Grundnorm"), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu "indiferentismo" e passa a considerar a "Grundnorm" como sendo uma norma de DI: a norma costumeira "pacta sunt servanda". Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos.⁷

A concepção ora estudada parte da não existência de diferenças fundamentais entre as duas ordens jurídicas. A própria noção de soberania deve ser entendida com certa relatividade e dependente da ordem internacional.

Kelsen inicialmente sustentou a inexistência de conflitos entre as ordens interna e internacional, uma vez que a norma inferior jamais poderia ir de encontro à norma superior, que era a sua fonte e fundamento. Finalmente, o mestre da escola de Viena, ainda por influência de Verdross, passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas, como de fato existem. É o denominado "monismo moderado", que veio substituir o "monismo radical" de Kelsen na sua fase anterior.

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um "processo" de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Podemos citar ainda em favor do monismo com primazia do DI a formação de uma nova fonte formal na nossa matéria: a lei internacional. Esta, muitas vezes, se dirige diretamente ao indivíduo sem que haja transformação em lei interna. É o que ocorre com inúmeras decisões da CECA.

A principal crítica⁸ dirigida a esta teoria é que ela não corresponde à História, que nos ensina ser o Estado anterior ao DI. Os monistas respondem que a sua teoria é "lógica" e não histórica. Realmente, negar a superioridade do DI é negar a sua existência, uma vez que os Estados seriam soberanos absolutos e não estariam subordinados a qualquer ordem jurídica que lhes fosse superior.

O argumento invocado pelos dualistas, em favor da independência das duas ordens jurídicas, dizendo que uma norma interna só pode ser revo-

gada por um procedimento do Direito Interno, cai por terra ao observarmos que isto ocorre porque o contencioso internacional é de reparação e não de anulação. Tal fato se dá em virtude do próprio DI e não por causa de uma completa independência ou autonomia do ordenamento interno.

27. Ao lado do monismo e do dualismo surgiram diversas teorias que procuram conciliar estas duas doutrinas e são, por este motivo, denominadas de "teorias conciliadoras".

O principal grupo destas teorias é aquele formado pelos doutrinadores espanhóis, que sustentam a independência entre as duas ordens jurídicas, mas acrescentam que elas estão coordenadas sob o direito natural. É, em última análise, a consagração do primado do direito natural. Esta é a teoria defendida por Antonio de Luna e seus seguidores, como Adolfo Miaja de la Muela, Mariano Aguilar Navarro, Antonio Truyol y Serra.⁹ Este último, ao sintetizar a presente corrente, declara que a solução da questão ora estudada só pode ser encontrada "em um equilíbrio harmônico entre a comunidade internacional e o Estado". Admite ainda a responsabilidade internacional do Estado por norma interna violadora do DI, ainda que tal norma interna seja obrigatória para os órgãos e súditos do Estado. Sobre a possibilidade de uma norma internacional ter vigência imediata na ordem interna, sustenta o internacionalista espanhol que, além da evolução do DI neste sentido, não seria necessária uma transformação para cada caso concreto, mas bastaria uma "recepção" geral pelo legislador estatal. É como se pode verificar uma teoria monista.

Erich Kaufman fala em "idéia de Direito", que por ser a mesma nas duas ordens jurídicas, as uniria; acrescenta que existem princípios que pertenceriam a uma ordem superior, que estão unidos à idéia de Direito, que se impõem onde o direito seja aplicado. Estes princípios seriam do Direito Natural.

Outros afirmam a unidade do Direito falando em "sentimento jurídico" (Drost), o que é uma noção vaga e imprecisa.

Estas teorias, no fundo, afirmam a primazia do DI ao admitirem a responsabilidade internacional do Estado quando o seu direito interno viola a ordem jurídica internacional. Guggenheim observa com razão que "é impossível estabelecer a existência de órgãos pertencentes a uma ordem jurídica universal e aos quais incumbiria, independentemente dos órgãos do direito das gentes e do direito interno, a delimitação da ordem jurídica internacional e o da ordem jurídica interna". O direito natural, que é o verdadeiro fundamento do DI, para alguns autores consiste naqueles enunciados primeiros da justiça e não fornece qualquer critério concreto para uma divisão de competências entre as duas ordens jurídicas, sendo mesmo de se assinalar que existe atualmente um processo de internacionalização de toda a vida jurídica. (Kelsen sustenta com razão que não existe assunto ou matéria que não possa vir a ser internacionalizado.)

Entre as teorias conciliadoras está a defendida por Walz, que consagra um "pluralismo com subordinação parcial". Para Gustav Adolf Walz o DI se dirige sempre aos Estados ou entidades análogas, não intervindo diretamente no direito interno, uma vez que as duas ordens jurídicas são independentes. Este autor admite a existência de duas "espécies" de DI: (a) o DI originário, que é o verdadeiro DI, possui autoridade imediata sobre os Estados e outras entidades análogas, estando a responsabilidade coletiva intimamente ligada a ele; (b) o DI derivado, que possui validade interna em virtude de uma norma estatal e cujas normas se dirigem às coletividades e aos indivíduos. (O DI originário, em regra geral, não pode ser aplicado pelos tribunais nacionais, enquanto o DI derivado é aplicado pelas autoridades e tribunais nacionais da mesma maneira que o direito interno.) Constitui, portanto, o DI derivado (corresponderia aos tratados auto-executáveis do direito norte-americano), um elo entre o DI e o direito interno, estabelecendo, em consequência, uma "certa relação entre o monismo e o dualismo". Admite Walz uma autonomia entre as duas ordens, mas admite também que uma parte do D. Interno está submetida ao DI, como se pode observar da existência do instituto da responsabilidade internacional.

Esta teoria não teve aceitação na prática ou na doutrina e consagra uma distinção entre as normas internacionais que não tem qualquer razão de ser, nem é encontrada na prática internacional.

Uma outra teoria que pode ser mencionada foi a defendida na URSS, que abandonou o monismo com primado do D. Interno alegando que este nega o DI, o que é incompatível com a "doutrina" da coexistência pacífica. A concepção (Mironov) afirma que o DI e o direito interno têm o mesmo valor e que existe entre eles um "elo indivisível". Um tratado revoga a lei anterior; mas a lei posterior revoga um tratado anterior. Afirmam que devido à unidade de conduta na URSS praticamente não existem conflitos entre as duas ordens jurídicas (v. Bernard Ramundo).

Esta teoria tem aspectos inaceitáveis para nós: (a) uma norma costumeira sendo geral é obrigatória independente do consentimento do Estado, pelo menos as já existentes quando o Estado surge na sociedade internacional; (b) o "elo indivisível" já é o primado do DI; (c) a mencionada unidade de conduta é impossível em Estados onde exista uma real separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A conclusão que se pode apresentar é a mesma de François Rigaux, de que há um pluralismo jurídico, vez que a ordem interna e internacional se interpenetram. Vamos ver adiante o direito interno aplicando o DIP, mas este também leva aquele em consideração em questões como a nacionalidade e ratificação imperfeita do tratado.

Um grande publicitário alemão, Klaus Stern (Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana, 1987), afirma que as doutrinas são hoje moderadas. Ele considera que há três modos de inserção do DI no direito

interno: (a) teoria da transformação em que o DI precisa ser convertido em direito interno (Constituição dos EUA); (b) teoria da execução que exige um ato intra-estatal e a norma internacional não é transformada permanecendo DI; (c) teoria da incorporação ou da adaptação que dá validade imediata ao DI no direito interno. Os órgãos estatais fazem um ato meramente declaratório/ Observa Stern que todos dão validade ao DI, apenas seguem diferentes caminhos. Na Alemanha se discute se é adotada a teoria da transformação ou a teoria da execução. Conclui Klaus Stern que seja qual for a teoria adotada há o primado do De que o tratado é visto como lei especial.

Na Inglaterra adota-se o dualismo, sendo necessário uma lei interna para que o DI seja aplicado pelos tribunais, mas é consagrada a primazia do DI.

28. A jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do DI. No século XIX este princípio já fora admitido na arbitragem do caso Alabama. No corrente século a jurisprudência internacional nos fornece, entre outros, o caso Wimbledon. O direito interno tem para o juiz internacional o valor de um simples fato, não possuindo qualquer valor normativo.⁶⁴ Pode-se lembrar que isto não significa que o DIP ignore o direito interno, sendo de se recordar que os princípios gerais do direito são fontes do DIP, bem como o direito interno pode servir de prova para a existência de um costume internacional (Akehurst).

As normas internacionais, na sua maioria, são dirigidas aos Estados, pessoas internacionais; assim sendo, todo o ordenamento jurídico estatal deve se conformar ao DI. Seria impossível existirem, em última análise, duas ordens jurídicas contraditórias e válidas ao mesmo tempo. Seria negar a unidade do Direito. E mais ainda uma ordem jurídica é sempre superior aos sujeitos de direito, e "negar sua superioridade significa negar sua existência" (Michel Virally).

Kaufman bem observa que é "o mesmo Estado que possui uma vida interior e uma vida exterior"; ele "é o ponto de junção entre as duas ordens". Dentro deste raciocínio, um Estado pode incorrer em responsabilidade internacional mesmo quando a violação do DI é cometida por sua lei básica, ou seja, a Constituição. Neste sentido encontramos na jurisprudência internacional a decisão da comissão arbitral franco-mexicana, no caso George Pinson.

O princípio da responsabilidade acima enunciado é consagrado pacificamente quando a Constituição viola um tratado concluído pelo Estado anterior à sua vigência ou quando a Carta Magna viola um costume internacional. Todavia, o problema se complica quando um tratado é concluído com a violação de preceito constitucional. Neste caso várias soluções são preconizadas e as estudaremos no capítulo referente aos tratados.

Em conclusão podemos assinalar que em todos os casos existe uma primazia do DI, mesmo naqueles em que se admite a relevância interna-

cional das normas constitucionais, como é a última hipótese formulada e a ser estudada mais adiante, porque esta relevância só ocorre em virtude da consagração do próprio DI.¹⁰

Por outro lado, parece-me contraditório afirmar como fazem certos autores (Brownlie) que uma lei posterior ao tratado revoga este e passa a ser aplicada, mas que o Estado é responsável por ter violado norma internacional. Ora, por esta afirmação o mesmo ente (Estado) se encontra sujeito a duas normas contraditórias; o que me parece violar um princípio básico de que ninguém pode estar obrigado a cumprir duas normas com o mesmo valor e contraditórias entre si ao mesmo tempo. Tal fato na verdade só surge por falta de entrosamento entre o Poder Executivo e o Legislativo em matéria internacional, geralmente, por causa de questões de política interna e esta deve se subordinar à ordem internacional.]

→ Se o tratado fosse equiparado realmente à lei interna, o Executivo não poderia revogá-lo por meio da denúncia. Em outras palavras, se existe a equiparação, como justificar que uma lei interna (o tratado em vigor) seja revogada apenas pelo Executivo. Até mesmo dizer apenas que o tratado produz efeito de lei também já não é correto nos Estados que formam a CEE, vez que o próprio direito comunitário se sobrepõe à Constituição. Ou ainda uma lei necessita de veto do Executivo, e este não impede que o Legislativo venha a derrubá-lo, já um tratado aprovado pelo Congresso basta o Executivo não ratificá-lo e o Legislativo nada poderá fazer. É preciso lembrar que o tratado não se equipara a lei, mas produz efeito apenas semelhante, vez que ele tem primazia sobre ela.

A Corte de Justiça das Comunidades Européias tem lutado para que o direito comunitário tenha um regime especial, que é o da sua superioridade sobre o direito interno, como obrigatório para os juízes dos tribunais internos. Caso contrário, haveria uma variação do direito comunitário para cada país. Os tratados institutivos das comunidades estabelecem que os atos emanados dos órgãos comunitários têm aplicação direta nos Estados e a sua Corte de Justiça considera que eles se impõem aos órgãos jurisdicionais dos Estados. O primado do direito comunitário está também consagrado no tratado de Maastricht. A Corte de Justiça das Comunidades Européias já afirmava, em 1970, no caso "Internationale Handelsgesellschaft", que a Constituição de um Estado não atinge a validade de um ato comunitário. Já em 1964, no caso "Costa-ENEL", a CJCE já afirmava que os Estados ao ingressarem nas comunidades consentiram em "uma limitação definitiva de seus direitos soberanos". A doutrina tem sido divergente no tocante à distinção de "limitação" e "transferência" de soberania que ocorre nas Comunidades. Favoreu tenta fazer uma distinção, já Ruzić alega que é uma questão tão sutil que resiste a qualquer análise, enquanto Luchaire defende que toda limitação é uma transferência.

A grande questão que está sendo estudada atualmente é a da compatibilidade do direito derivado (regulamentos, diretivas) das comunidades

européias com as Constituições. Ainda não houve nenhum caso. Na França se diz que o direito derivado "prolifera como um câncer". Há proposta de incluir um novo artigo na Constituição em que o Conselho Constitucional poderia ser chamado a se pronunciar previamente. Ou então se alterar o tratado de Roma. Considera-se que no futuro pode haver um conflito de normas. Luchaire afirma que é tudo desnecessário, porque os textos já são submetidos ao Conselho do Estado. E mais, o que adiante dizer que a França não pode aprovar o ato por ser este inconstitucional se grande parte das decisões no CE são aprovadas por maioria. Já na Grã-Bretanha o Parlamento informalmente analisa todos os atos comunitários. O estado não pode violar o D. Comunitário.

A CJCE exerce seu controle sobre o direito derivado para ver se está de acordo com os princípios gerais do direito comunitário que coincidem com a convenção de direitos humanos. Na Alemanha se faz um controle se os atos derivados estão de acordo com a Constituição alemã (François Rigaux — La loi des Juges, 1997).

O D. Derivado na sua essência tem origem no Conselho da Comunidade (formada por representantes dos governos (Altera o equilíbrio constitucional. A integração é feita em condições de reciprocidade que permite limitações da soberania. Assim são feitas as "cláusulas de abertura". Os juízes aplicam um direito que não é aquele que lhes dá o poder de julgar. Os atos comunitários não são submetidos a apreciação de constitucionalidade.

Ainda em relação ao tema deste capítulo, a CIJ considera que as convenções de direitos humanos não são tratados no sentido tradicional e que o homem pode recorrer a elas perante os seus tribunais internos. Esta posição decorre dos fins e beneficiários daquelas convenções. Segundo K. Wellens, elas são "instrumentos atípicos".

29. Desde a Constituição austríaca, após a 1ª Guerra Mundial, encontramos na Europa Continental a tendência de se incorporar as normas internacionais ao D. Interno.^{10A} É a aplicação do princípio dominante na Grã-Bretanha e nos EUA, o qual fora enunciado de modo claro no século XVIII por Blackstone: "The law of Nations is held to be a part of law of the land." Este princípio, que domina a jurisprudência americana e inglesa, tem um alcance limitado, uma vez que o DI é simplesmente equiparado ao Direito Interno, significando que um tratado revoga a lei que lhe é anterior, mas é também revogado por uma lei posterior.¹¹ Os "Founding Fathers", na Constituição americana, desejavam evitar a violação do DI por um Estado-membro do Estado federal. Os tribunais americanos não afastam sistematicamente os tratados quando há leis nacionais contrárias. Os juízes não dão um alcance absoluto a "lex posterior derogat priori" (Michel Sastre).

Depois da 2ª Guerra Mundial é que alguns países incorporaram à sua Constituição o princípio da primazia do DI; isto ocorreu, por exemplo, na

Constituição francesa e na dos Países-baixos, que declaram não ser o tratado revogado por uma lei posterior. A própria Carta da ONU no seu preâmbulo afirma: "Nós, os Povos das Nações Unidas, resolvimos... a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos..."

O tratado de união entre as duas Alemanhas de 28/8/90 modificou vários dispositivos da Constituição (Lei Fundamental) da Alemanha Ocidental. Este tratado tem valor constitucional, legal e regulamentar (Michel Froment). Ele foi concluído pelas duas Alemanhas e pelos quatro Aliados.

No Brasil existem diversos acórdãos consagrando o primado do DI, como é o caso da União Federal v. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). Coelho Rodrigues assinala a existência de um acórdão do STF (1914), no Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. É a tese do primado do DI.¹² No mesmo sentido deste último, de que um tratado não é revogado por uma lei interna posterior, está o acórdão do STF na Apelação Cível nº 7.872, de 1943, com base no voto de Filadelfo de Azevedo.

É de se mencionar que a Lei nº 5.172, de 25/10/66, estabeleceu: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha."

O Código Tributário Nacional tem o estatuto de lei complementar. Contudo, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, a partir de 1894, passou a adotar uma interpretação restritiva, afirmando, que o primado do DIP só se aplica em relação ao tratado-contrato. Já o tratado-lei pode ser revogado por lei interna. Ora, a classificação dos tratados em tratado-lei e tratado-contrato completamente ultrapassado e não tem qualquer valor, inclusive nunca a doutrina chegou a um acordo o que era um e o que era outro. E como dizem, Combacau e Sur, nunca se conseguiu tirar "conseqüências jurídicas" desta distinção. (O Brasil é um país muito atrasado em DIP. Contudo, nos seus últimos acórdãos o STJ não tem adotado a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato.)

- É preciso que o Poder Judiciário brasileiro se "submeta" aos reais interesses da política externa do Brasil. -

O atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um "ordenamento jurídico supranacional" e os tratados acima das leis e só tendo acima deles a própria Constituição. A Constituição da Argentina após 1994 permite tratados de integração e que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais, bem como antes desta data a Corte Suprema de Justiça já afirmava que os tratados estavam acima da lei interna e não eram revogados por esta. No Uruguai o tratado é equiparado à lei e o mais recente revoga o anterior.

A tendência acima é a consagrada no DI Americano, na Convenção de Havana sobre tratados (1928), que foi ratificada pelo Brasil, cujos artigos 10, 11 e 12 estipulam: a) um Estado só pode deixar de executar um tratado se tiver a concordância dos demais contratantes; b) "os tratados continuarão a produzir os seus efeitos ainda quando se modifique a constituição interna dos contratantes"; c) a parte que inexecutar culposamente um tratado "é responsável pelos prejuízos resultantes da sua inexecução".

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel (Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas. A própria análise da jurisprudência norte-americana é superficial. Até hoje a Corte Suprema sustenta que pode declarar a inconstitucionalidade de um tratado, mas jamais o fez. Esta afirmação é "política" no sentido de dizer que ela assim "fiscaliza" o Executivo e o Senado. Na verdade, o STF errou e não tem coragem de corrigir quando afirmou que as convenções de direito uniforme são aplicadas nas relações entre brasileiros. De agora em diante o STF ficará fazendo remendos deste tipo. A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu a conseqüência do seu acórdão, que poderá influenciar os juízes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais. Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de lei interna pode deixar de aplicá-lo? Se o STF considera que as convenções do direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF. Finalmente, uma hipótese que pode ser levantada é sobre o que acontecerá se o STF mudar a sua orientação em relação às convenções de direito uniforme, afirmando, por exemplo, que elas só são aplicadas entre brasileiros e nacionais de Estados que a tenham ratificado: volta a vigorar a antiga legislação entre os brasileiros?

A Constituição de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI no D. Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno. A pergunta que, por enquanto, está sem resposta é se a jurisprudência poderá estender esta orientação a outras matérias, vez que não tem norma proibitiva.

Finalmente, é de se citar que o art. 119, III, "b", da Constituição, estabelece que compete ao STF "declarar a inconstitucionalidade do tratado". Tendo em vista o que foi dito acima, este dispositivo nos parece

perigoso, porque falta atualmente ao STF a menor sensibilidade em relação a problemas de DIP. O dispositivo em si nos parece saudável, mas tememos no tocante à sua aplicação. Valladão admitia que a Constituição não revogava o tratado, mas afirmava que um tratado não podia violar a Constituição. No Brasil, quando a Constituição de 1934 proibiu a extradição do nacional, considerou-se revogados os tratados de extradição que a admitiam. Em 1974 o STF "declarou a inconstitucionalidade, em parte, de alguns artigos da Convenção da OIT nº 110 referente às condições de trabalhadores em fazenda". O Brasil, após cumprir o prazo exigido pela convenção, acabou por denunciá-la.

Atualmente esta tendência na Europa Ocidental se encontra em franca transformação, como o já citado tratado de unificação alemã e com o tratado de Maãstricht. É preciso lembrar que houve nesta matéria uma evolução, vez que quando a França discutiu seu ingresso na Comunidade Européia de Defesa, que ela não aprovou, no início da década de 50 houve um grande debate. Um grupo (Sibert, Capitant) defendeu que, como o tratado alterava a Constituição, ele precisava ser aprovado no Legislativo por uma lei constitucional. A contestação partiu de G. Vedel, que argumentou que se qualquer tratado que limitasse a competência do Estado tivesse que ser por lei constitucional, o Estado acabaria sem poder concluir tratados, bem como lembrou que o orçamento da ONU é fixado pela Assembléia Geral da ONU e que é obrigatório para os Estados-membros sem que seja aprovado por estes. Acrescenta ainda, em favor de sua posição, a tese do primado do DI de que o preâmbulo da Constituição francesa admite limitações à soberania desde que haja reciprocidade.

A jurisprudência da Corte das Comunidades consagra o primado da norma comunitária sobre a norma constitucional dos Estados. O que não é aceito por todas as Cortes Constitucionais dos Estados-membros, com a alegação de que o direito comunitário produz efeito no estado em virtude do Direito Constitucional destes mesmos Estados (Bruno de Witte) (É mais, os próprios tribunais internos têm considerado como não válida uma lei que viola o tratado de Roma, que tem primado sobre o direito interno.)

No Brasil, as resoluções das organizações internacionais têm sido promulgadas, como as da OEA ou da ONU, com fundamento no art. 84, inciso IV da Constituição de 1988, por meio de decreto do Poder Executivo. O texto constitucional fala em "sanctionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". É interessante mencionar que não foi prevista expressamente a execução de resoluções de organizações internacionais. E mais, dizer que elas são fundadas nos seus tratados institutivos que foram aprovados pelo Poder Legislativo também não resolve a questão, porque os tratados não são leis, quando muito pode-se dizer que eles produzem "efeito de lei". De qualquer modo, é correto perante o DIP ordenar a execução de resolução obrigatória de organizações internacionais de que o Brasil faz parte. Em 1989, o

Ministro Sydney Sanches afirma que a imunidade de jurisdição trabalhista da Embaixada da República Democrática Alemã foi "revogada" por vários argumentos e, entre eles, o "direito constitucional superveniente".

Um problema curioso é o de se saber se os atos emanados de organizações internacionais podem ser equiparados aos tratados. Na França a jurisprudência dos tribunais e a do Conselho de Estado não são uniformes.

O Conselho de Estado estabeleceu que o direito comunitário não dá ao Executivo poder para revogar por decreto uma lei (v. nota 14).

Parece-nos que se o Estado ingressou em uma organização internacional, limitou a sua soberania inclusive no sentido de aplicar os atos obrigatórios que dela seja emanado.

Vamos fazer uma pequena exposição síntese sobre a situação do direito comunitário, tendo em vista que o Brasil pretende também criar com outros Estados do continente americano um mercado comum e este material talvez possa no futuro servir de subsídio.

A Corte das Comunidades Européias nos casos "Van Gend en Loos" (1963) e "Costa c. ENEL" (1964) afirmou de modo claro que tinha sido criada uma nova ordem jurídica perante a qual os Estados limitaram a sua soberania e que ela integra o direito dos Estados. No seio das Comunidades não é aplicado o DI Clássico. Em 1990, a citada Corte afirma que as comunidades estão fundadas em uma Carta Constitucional.

(A Holanda adota que a ordem jurídica comunitária está acima de sua Constituição e reviu várias leis, como a da igualdade de tratamento entre o homem e a mulher) Inclusive em matéria de direitos do homem a Corte de Cassação incorpora às decisões da Corte Européia de Direitos do Homem, mesmo tendo em vista que esta última julga casos concretos. O mesmo procedimento é adotado em relação as decisões da Corte das Comunidades. Neste país um juiz pode se recusar a aplicar a lei que viola norma internacional e pode remeter o caso ao legislador sob alegação de que isto é um problema político. C. Kortmann, após esta análise, afirma que o direito supranacional é um "novo direito constitucional sobreposto ao sistema jurídico nacional". (A Constituição holandesa é expressa no sentido de que os tratados e, até mesmo, as decisões obrigatórias das organizações internacionais não podem ser revogadas por legislação interna e revoga a esta) A norma internacional tem valor supraconstitucional. Existe neste sentido o controle da convencionalidade e o D. Constitucional tem que ser conforme ao DIP. Na Suíça o Tribunal Federal "opera no controle de convencionalidade das leis nacionais". isto é, se estas não violam convenções internacionais. Os tribunais não alegam inclusive que o tratado não é "self-executing", porque isto faria com que o tratado não fosse aplicado.

Na França a questão é mais debatida e as soluções mais complexas. A maior parte do direito comunitário é formada de regras derivadas e se aplica a elas o art. 55 da Constituição que é referente a tratados. Neste

sentido está uma decisão do Conselho Constitucional de 1977. É preciso recordar que houve uma grande evolução nesta matéria. Prevalência a idéia de que a lei se sobrepõe ao direito comunitário tendo a seu favor vários argumentos: a) a denominada "Doutrina Matter" (Procurador-geral da Corte de Cassação), firmada em 1931, que defende se exprimir pelo Parlamento a soberania nacional; b) a teoria da separação dos poderes que vem de 1790 proibindo "impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo". Os juizes da ordem administrativa ou do judiciário consideram-se sem poder para resolver um conflito entre o direito comunitário e a lei. O Conselho Constitucional tem consagrado o primado do direito comunitário, desde 1975, afirmando que a condição de reciprocidade estabelecida na Constituição não se refere à questão da lei perante a Constituição, mas sim no tocante à aplicação do tratado. Na prática nem sempre se aplica a lei posterior que altera o direito comunitário. O art. 55 da Constituição, consagrando a supremacia dos tratados, é considerado uma exceção ao princípio da separação dos poderes. O Conselho de Estado tem decisões interministeriais que violam o direito comunitário. A França sustenta que a Constituição é superior ao direito comunitário, mas isto está sujeito a "amenizações" e até agora não houve um conflito aberto. Tem sido afirmado que tradicionalmente o juiz na França se recusa a dizer se o DI ou o D. Comunitário é conforme a Constituição. O Conselho Constitucional, em 1970, afirmou que os tratados das comunidades estão incluídos no âmbito do art. 55 da Constituição e que há uma presunção em favor deles de constitucionalidade e, em consequência, os atos que surgem destes tratados são constitucionais. Ainda uma observação tem sido apresentada, é de que o Conselho Constitucional, apesar de não explicar, faz uma distinção entre transferências de soberania que são proibidas e limitações à soberania que são permitidas, tendo em vista o que estabelece o preâmbulo da Constituição (François Hervouet). Na França também os atos comunitários são equiparados aos tratados.

Em 1990 o Conselho de Estado incorporou o direito comunitário ao direito francês e afirmou a submissão das leis francesas aos regulamentos comunitários. Em 1987 o Conselho de Estado tinha dado aos regulamentos comunitários o mesmo valor dos tratados. Em 1989, no caso Nicolo, afirmou que as leis francesas têm que respeitar os tratados anteriores. Houve neste caso uma mudança em relação à jurisprudência anterior. No caso Boisdet (1990) afirmou que uma lei nacional não pode criar obstáculo à aplicação de um regulamento comunitário e anulou uma decisão ministerial. Em 1992, nos casos Rothmans e Philips, anulou decreto que dava ao Ministro do Orçamento o direito de fixar o preço do tabaco, afastando lei de 1976, porque violava uma diretiva da comunidade europeia (Olivier Duhamel — Le Pouvoir Politique en France, 1993).

Tem sido acentuado (Nadine Poulet — Gibot Leclerc) que o direito comunitário transfere grande número de competências do Legislativo para

o Executivo e que os Paramentos dos Estados-membros se sentem limitados em suas ações nos mais diferentes domínios e que eles dispõem de poucas informações sobre as atividades europeias.

Na CEI, várias Constituições consagram a incorporação do DI e o seu primado, como na Rússia, Moldavia, Casaquistão, etc. Na Rússia as decisões sobre direitos humanos invocam sempre o DIP.

30. A conclusão que podemos apresentar é que, sendo o Estado sujeito de Direito Interno e de DI, é uma mesma pessoa, não se podendo conceber que ele esteja submetido a duas ordens jurídicas que se chocam.¹³ É o Direito na sua essência um só. A ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o Estado aceita esta responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Da constatação deste simples fato podemos observar que o Estado sujeito de direito das duas ordens jurídicas dá primazia ao DI.

A atitude coerente é a dos países europeus, como a Holanda e a França,¹⁴ que consagraram no seu texto constitucional o primado do DI. Esta atitude tem a vantagem de evitar conflitos internacionais para o Estado. Os juizes dos Estados-membros das comunidades europeias (CECA, CEE, EURATOM) têm, em certos casos, ao aplicarem o direito comunitário, a obrigação de submeter as dúvidas sobre interpretação dos tratados à própria Corte de Justiça das Comunidades, por um pedido de interpretação. Estas comunidades, como veremos, representam a mais alta forma de integração internacional nos dias de hoje.

Entretanto, na França, o Conselho de Estado afirma que o costume internacional não prevalece sobre uma lei francesa.

(De qualquer modo, os conflitos entre leis e tratados não são muito comuns, entretanto, com a internacionalização da vida econômica e social, eles tendem a aumentar. (Alguns autores (Francescakis) assinalam a existência já de um "direito internacional estatal" que ocorreria naqueles casos em que os juizes internos levam em consideração uma prática costumeira internacional.) Tais casos são regulados por juizes internos que se referem a princípios supranacionais. Esta parece-nos ser uma tendência que deverá se acentuar. Por outro lado, distinguir tratado auto-executável do que não é auto-executável é irrelevante, porque o tratado uma vez publicado passa a integrar o direito interno e há uma obrigação seja de completar ou executar o tratado (Jorge Rodríguez Zapata).

Nos países europeus há uma influência nas constituições de origem internacional ou supra-nacional. A própria convenção europeia de direitos humanos é vista como tendo "traços supranacionais". As constituições tcheca, eslovaca e rumena, malgrado o seu sistema dualista, prevêem o primado dos tratados em face da lei interna. A interdependência entre as duas ordens é um traço característico do CE. As bases jurídicas devem ser homogêneas: estado de direito, democracia e liberdades fundamentais. Tem ocorrido uma revisão indireta da Constituição, como é o caso das

conseqüências dos princípios comunitários. Assim, a soberania "absoluta" do Parlamento inglês foi abolida nas áreas integradas. Já houve caso em que o "Common Law" nesta área foi alterado por decisão da CJCE. A revisão direta é quando o estado modifica a sua Constituição por determinação do direito comunitário, por exemplo, a ampliação dos direitos do indivíduo, o direito eleitoral. A ordem comunitária pode estabelecer novos direitos e liberdades.

A Corte Constitucional da Alemanha dá primado ao direito comunitário sem levar em consideração se está conforme os direitos fundamentais alemães a não ser o caso da Comunidade reduzir tais direitos.

Na Holanda os juízes internos controlam as leis com fundamento na convenção europeia de direitos humanos e não com base na Constituição holandesa.

A citada convenção europeia integra a ordem constitucional (Áustria), é elemento de interpretação (na Espanha) e base de controle jurisdicional (na Holanda).

Os parágrafos acima são calcados em Rainer Arnold.

Na Alemanha a Constituição permite "transferir direitos de soberania instituições internacionais". Na Dinamarca podem ser transferidos autoridades internacionais com base na reciprocidade. Na Itália se admite limitações de soberania que visam a assegurar a paz e a justiça entre as nações. Na Alemanha com base no dispositivo acima foi afastado o dualismo no direito comunitário. Contudo, a Corte Constitucional pode apreciar a constitucionalidade dos atos. Este parágrafo é calculado em Joel Rideau.

NOTAS

1. Dionisio Anzilotti — Il Diritto Internazionale nel giudizi interni. *in* Schitti di Diritto Internazionale. vol. I. 1956. págs. 291 e segs.; Henrich Triepel — Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. *in* RdC. 1923, t. I. págs. 77 e segs.; Hans Kelsen — Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public. *in* RdC. 1926. vol. IV. t. 14. págs. 231 e segs.; Erich Kaufman — Traité International et Loi Interne. *in* Mélanges Gilbert Gidde, 1963. págs. 383 e segs.; Gustav Adolf Walz — Les Rapports du Droit International et du Droit Interne. *in* RdC. 1937. vol. III. t. 61. págs. 379 e segs.; G. Barile — Diritto Internazionale e Diritto Interno. 1960; L. Erades e Wesley L. Gould — The Relations between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States, 1961; Achille Mestre — Les traités et le droit interne. *in* RdC. 1931. vol. IV. t. 38. págs. 237 e segs.; Pedro Baptista Martins — Da Unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional, 1942; Riccardo Monaco — L'Ordinamento Internazionale in Repporto all'Ordinamento Statuale, 1932; H. F. Panhuys — Relations and Interactions between International and National Scénes of Law, *in* RdC. 1964, vol. II. t. 112. págs. 7 e segs.; Pierre Lardy — La Force Obligatoire du Droit International en Droit Interne, 1966; Eric Suy — Les Rapports entre le Droit Communautaire et le Droit Interne des États Membres, 1964; A. M. Bonner. R. M. Chevallier, M. Waelbroeck K. Wolf. S. Neri. L. J. Brinkhorst — Le juge national et le droit communautaire, 1966; Colette Constintimids-Mégret — Le Droit de la Communauté Économique Européenne et l'ordre juridique des États Membres, 1967; Riccardo Monaco — Diritto delle Comunità Europee e Diritto Interno, 1967; Bernard A. Ramundo — Peaceful Coexistence, 1967. págs. 37 e segs.; Giorgio Sacerdoti — L'Efficacia del Diritto delle Comunità Europee nell'Ordinamento Giurídico Italiano, 1960; Wilhelm Wengler — Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes, *in* RGDIP, 1968, n° 4, octobre-décembre, págs. 921 e segs.; H. Mosler — L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux. *in* RdC. 1957, vol. I. t. 91, págs. 619 e segs.; Michel Waelbroeck — Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun, 1969; M. Miele — Les organisations internationales et le domaine constitutionnel des États. *in* RdC. 1970, vol. II. t. 131, págs. 309 e segs.; Edoardo Vitta — International Conventions and National Conflict Systems, *in* RdC. 1969, vol. I. t. 126, págs. 111 e segs.; Orlando Bitar — O Presidente dos Estados Unidos e o Controle dos Atos Internacionais de sua competência, *in* Revista de Ciência Política, vol. 3, n° 2, junho de 1969, págs. 72 e segs.; Juan Carlos Puig — Derecho de la Comunidad internacional y Derecho interno, *in* Estudios de Derecho y Política Internacional, 1970, págs. 265 e segs.; José Thomaz Nabuco — A Vigência e os Efeitos da Convenção de Genebra para a Adoção de uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1971, n°s 53 e 54, págs. 115 e segs.; Vicente Marotta Rangel — Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais. *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1967, n°s 45 e 46, págs. 29 e segs.; Denis Tallon — Communautés Européennes (Droit). *in* Dalloz — Répertoire de Droit International, dirigido por Ph. Francescakis, t. I, 1968, págs. 390 e segs.; Alfred Verdross — Coincidences: Deux théories du droit des gens apparues à l'époque de la création de l'Académie de droit international. Académie de Droit International de La Haye — Livre jubilaire, 1973.

págs. 83 e segs.; Wilfried M. Bolewski — Les certificats gouvernementaux relatifs à l'application du droit international par le juge anglais. *in* RGDIP, 1973, n° 3, Juillet-Septembre, págs. 672 e segs.; F. A. Mann — Studies in International Law, 1972, págs. 327 e segs.; M. Miele — Les organisations internationales et le domaine constitutionnel des États. *in* RdC, 1970, vol. III, t. 131, págs. 309 e segs.; P. Reuter, A. Blondeaux, N. Questiaux, L. Dubouis, D. Ruzić — L'Application du Droit International par le Juge Français, 1972; Luigi Condorelli — Il giudice italiano e i trattati internazionali, 1974; Nguyen-Quoc-Dinh — Le Conseil constitutionnel français et les règles du droit public international. *in* RGDIP, Octobre-December, 1976, n° 4, págs. 1.001 e segs.; Marco G. Marcoff — Les règles d'application indirecte en droit international, *in* RGDIP, Avril-Juin, 1976, n° 2, págs. 385 e segs.; Michel Waelbroeck — L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité: quelque conséquences pour la pratique, *in* Le Droit International Demain, 1974, págs. 85 e segs.; William Caffey Norman, III — Proving International Law in a National Forum, *in* Proceedings of The 70th Annual Meeting, American Society of International Law, April 1976, págs. 10 e segs.; Heinrich Triepel — Droit International et Droit Interne, 1920; P. Foriers — Les antinomies entre dispositions de droit communautaire et dispositions de droit interne. *in* Les Antinomies en Droit, Études publiées par Ch. Perelman, 1965, págs. 320 e segs.; Jean-Pierre Rougeaux — Les Renvois du Droit International au Droit Interne, *in* RGDIP, 1977, 2, t. 81, págs. 361 e segs.; Claude Blumann — L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France, *in* RGDIP, t. 82, 1978, vol. 2, págs. 537 e segs.; José Inácio G. Franceschini — Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhe forem posteriores, *in* Revista dos Tribunais, vol. 556, fevereiro de 1982, págs. 28 e segs.; George Ginsburgs — The Validity of Treaties in the Municipal Law of the "Socialist" States, *in* AJIL, July, 1965, vol. 59, n° 3, págs. 523 e segs.; Giuseppe Sperduti — Le Principe de Souveraineté et le Problème des Rapports entre le Droit International et le Droit Interne, *in* RDC, 1976, vol. V, t. 153, págs. 319 e segs.; Antonio Remiro Brotons — La Accion Exterior del Estado, 1984; A. Cassese — Modern Constitutions and International Law, *in* RDC, t. 192, 1985, vol. III, págs. 333 e segs.; Michel Waelbroeck — Les Effets Internes des Accords Internationaux conclus par la Communauté Économique Européenne, *in* Mélanges Charles Chaumont, 1984, págs. 579 e segs.; Antonio La Pergola e Patrick Del Duca — Community Law, International Law and the Italian Constitution, *in* AJIL, July, 1985, vol. 79, n° 3, págs. 598 e segs.; Joel Rideau — Constitutions et droit international dans les Etats membres de Communautés européennes, *in* Revue Française de Droit Constitutionnel, 1990, n° 2, págs. 259 e segs.; Julio A. Barberis — La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Republica Argentina. *in* Consejo Argentina para las Relaciones Internacionales — Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana, 1991, págs. 11 e segs.; Joel Rideau — La ratification et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, aspects internationaux, *in* Revue Française de Droit Constitutionnel, n° 11, 1992, págs. 479 e segs.; Bruno de Witte — Droit Communautaire et Valeurs Constitutionnelles Nationales, *in* Droits, n° 14, 1991, págs. 87 e segs.; Nadine Poulet — Gibot Leclerc — La Place de la Loi dans L'Ordre juridique Interne, 1992; François Hervouet — L'incidence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes sur la Hierarchie des Normes en Droit Français; e Constantin Kortmann — Les Relations

entre le Droit International et le Droit National dans le Droit Constitutionnel Néerlandais. ambos os trabalhos *in* Les Incidences des jurisprudences Internationales sur les Droits Néerlandais et Français Notamment sur les Droits de l'Homme. Actes du Colloque organisé à Poitiers, les 13-14-15 mai 1991, par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, 1991, respectivement, págs. 3 e segs. e 13 e segs. Maurice Gaillard — L'application de l'article 88-4 de la Constitution. *in* Revue française de Droit constitutionnel, n° 16, 1993, págs. 707 e segs.; Jacob Dolinger — Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts between Domestic and International Law: An Exercise in Eclectism, *in* Capital University Law Review, Fall, 1993 (separata); Vanessa Oliveira Batista — A Integração dos Tratados no Direito Brasileiro, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, janeiro de 1995, n° 80, págs. 131 e segs.; Zlata Drnas de Clément — Los Documentos Internacionales del ámbito regional incorporados a la Constitución Nacional, *in* Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. vi, 1994-1995, págs. 193 e segs.; Ernesto J. Rey Caio — Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Argentino consi deraciones sobre la Reforma Constitucional, *in* Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. VI, 1994-1995, págs. 209 e segs.; Thibaut de Berranger — Constitutions Nationales et Construction Communautaires, 1995; L'Internationalité dans les Insitutions et le Droit. Études offertes a Alain Plantey, 1995; Denys de Béchillon — Hiérarchie des Normes et Hiérarchie des Fonctions Normatives de L'Etat, 1996; Catherine Haguenu — L'Application Effective du Droit Communautaire en Droit Interne, 1995.; Jerarquia constitucional de los tratados internacionales, coordinadores: Juan Carlos Vega e Marisa Adriana Graham, 1996. Revue française de Droit constitutionnel n. 28, 1996, págs. 675 e segs.; François Luchaire — La Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés, 1987; Mirtô Fraga — O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno, 1997; Armando Alvares Garcia Junior — Conflito entre Normas de Mercosul e Direito Interno, 1997; Giovanni Guzzetta — Costituzione e Regolamenti Comunitari, 1994; Perspectivas Constitucionais, organização de Jorge Miranda 1997; Michel Sastre-Lâ de la superiorité des traités sur les lois, "in" RGDIP, t. 103, 1999, págs. 147 e segs.; Germady M. Wanilerko — Implementation of International Law is CIS Status: Theory and Practice, "in" European Journal of International Law, vol. 10, n.1, pág. 51 e segs.

2. Aguilar Navarro considera que os problemas decorrentes das relações entre o DI e o Direito Interno só se tornaram urgentes nas suas soluções com o abandono de concepção "universalista e jusnaturalista do Direito Internacional" e o aparecimento do "positivismo e do voluntarismo".

3. O que não significa que outros autores não tenham antes de Triepel estudado o assunto. Na verdade. Bártolo já declarava que o costume que violasse a "lei divina, o direito natural e o direito das gentes não é obrigatório". Alguns anos antes de Triepel, Amancio Alcorta estudou o assunto, levando em consideração a prática estatal. Laband, antes de Triepel, já sustentava o dualismo.

4. Bergbohm já havia diferenciado certos tratados em que os Estados estipulavam normas de conduta para o futuro, o que as caracterizava era a "finalidade de criar normas jurídicas". Binding se utilizara da palavra "Vereinbarung" para designar um grupo de acordos distinto do contrato.

5. A última crítica que podemos dirigir a Triepel é a distinção entre os órgãos legislativo e executivo de um Estado e os órgãos administrativos, judiciais e o homem. Para o jurista alemão o primeiro grupo de órgãos pode estar sujeito

diretamente ao DI (porque eles têm que executar o tratado), enquanto que os últimos órgãos e o homem só estão sujeitos ao D. Interno. Na verdade, não existe qualquer princípio constitucional ou internacional que consagre esta distinção. Podemos acrescentar que os tribunais internos sempre reconheceram as imunidades diplomáticas sem que houvesse qualquer incorporação da norma costumeira internacional. Enfim, os tribunais também se encontram diretamente subordinados ao DI. Triepel já observava que o DI não funciona sem o auxílio dos direitos internos. O DI se dirige ao direito interno, e se este não o cumpre, ele deixa de funcionar.

6. É de se assinalar que alguns trabalhos soviéticos mais recentes têm criticado a posição do direito estatal externo e afirmam: a existência de um "elo indivisível entre o DI e o D. Nacional" e a igual importância dos dois sistemas, quanto à sua força obrigatória, concluindo que um não pode contradizer o outro ou ter primazia sobre o outro. Esta última formulação soviética se aproximaria mais do que denominamos dualismo. Entretanto, deve ser salientado que eles criticam a teoria de Triepel e Anzilotti, encarando a sua posição como sendo própria. Esta posição é defendida na obra de Direito Internacional da Academia de Ciência da URSS. É interessante observar que o capítulo relativo às relações entre o DI e o Direito Interno foi escrito por Korovine, que teria assim reformulado a sua posição inicial. Assinala Ginsburgs que os autores socialistas têm considerado que o primado do Direito Internacional é um meio de os países capitalistas interferirem nos assuntos internos dos Estados. O decreto do Presídio que ratifica um tratado tem força de lei, mas é preciso que a legislação subsequente o confirme.

6-A. Ele já é encontrado no art. LXXXVI do tratado de Munster (1648), concluído entre Espanha e Países-Baixos, em que se estabelece que para serem executadas as obrigações que atingiam as particulares os contratantes renunciavam "a qualquer lei, costume... contrários às obrigações do tratado" (González Campos).

Esta concepção tem a sua origem nos jusnaturalistas (Gonçalves Pereira e Fausto Quadros).

7. É o caso de Scelle, ao sustentar a existência de várias sociedades formadas por homens e que segregariam o seu direito. Ao existir uma norma internacional, segregada pela sociedade internacional, ela derogaria as normas segregadas pelas sociedades particulares que lhe fossem contrárias.

8. Devemos observar que não mencionamos aqui as críticas à teoria pura do direito, que são inúmeras. Adotamos o monismo com primazia do DI sem seguirmos a teoria pura do direito ou a escola realista francesa, que é de natureza sociológica: O nosso estudo se limita apenas às relações entre o DI e o Direito Interno.

9. Miaja de la Muela assinala que Verdross, sem conhecer a posição de Luna, veio a coincidir com ele. Na verdade, o professor de Viena denomina a sua teoria de monismo moderado, reconhecendo a supremacia do DI, mas também a distinção entre o DI e o Direito Interno, que são conexos "dentro de um sistema jurídico unitário baseado na constituição da comunidade jurídica internacional" (Verdross).

9-A. Esta afirmação merece uma ressalva tendo em vista que o DIP reconhece ao Estado o poder de elaborar as normas sobre conclusão de tratados (v. nº 88).

10. É importante que se faça uma distinção a respeito da questão de que o tratado revoga a lei anterior. Esta revogação opera em relação aos Estados que ratificaram o tratado, mas não em relação aos próprios nacionais do Estado. Significa isto que, se o Brasil assinar e ratificar um tratado que modifique uma lei nacional, o tratado não seria necessariamente aplicado entre brasileiros, mas, geralmente, apenas entre brasileiros ou o Brasil e os nacionais de um Estado estrangeiro. Nesta questão é preciso que se verifique a finalidade do tratado e se ele visa ser aplicado nas relações internacionais. Entretanto, existem convenções cuja finalidade é serem aplicadas no interior do Estado (ex.: convenções internacionais do trabalho) e que revogam todas as leis que lhes são contrárias e são aplicadas, por exemplo, entre brasileiros. Devemos repetir que o importante é se verificar a finalidade da convenção, isto é, a quem ela se destina.

Quanto às convenções de direito uniforme, elas se incorporam à legislação do Estado como um "direito especial", sendo apenas aplicadas nas relações internacionais, isto é, elas não se aplicam entre os nacionais do Estado. Neste sentido, há jurisprudência na Itália e na França e se manifestaram em seu favor: Ripert, Niboyet, etc. Tal ato decorre da própria finalidade da convenção, que é a de evitar "conflitos de leis". Por outro lado, se não fosse este o procedimento, nacionais de Estado que não participaram da convenção acabariam se beneficiando dela quando estivessem em Estado estrangeiro que a tivesse ratificado, sem que houvesse reciprocidade. Os que criticam esta tese alegam que a uniformização é muito diminuída com ela. Talvez esta última opinião venha a ser predominante no futuro com a maior integração da sociedade internacional, isto é, quando o Direito uniforme for o "jus gentium" de que fala Malintoppi e não um "jus intergentes". Atualmente ela nos parece estar afastada da realidade como regra geral. Entretanto, não podemos deixar de reconhecer com Malintoppi (*Les rapports entre droit uniforme et droit international, privé, in RdC, 1965, vol. III, t. 116, págs. 5 e segs.*) que algumas convenções de direito uniforme, "segundo o seu conteúdo", podem ter por finalidade serem aplicadas entre os nacionais do Estado contratante. No Brasil o Consultor-geral da República, em parecer aprovado pelo Presidente da República (1968), adotou a tese de que as convenções de direito uniforme são aplicadas entre brasileiros. É interessante reproduzir algumas observações de Wengler sobre a aplicação de convenção de direito uniforme: o particular que não pagou uma letra de câmbio, conforme estipula a convenção, não comete um ilícito internacional, nem a sanção determinada pelo juiz é também sanção internacional. A obrigação internacional do Estado é de introduzir a lei uniforme... no direito interno e a sua aplicação pelos tribunais. Ainda de Wengler é o seguinte texto: "O juiz nacional 'aplica', em sentido amplo, o direito internacional fazendo apelo na sua pesquisa do direito com conteúdo normativo a uma fonte formal do direito internacional. Entretanto quando o juiz nacional, assim fazendo, constata que houve ou não houve cumprimento do tratado, não se trata, repetimos, de uma observação do direito internacional público. É inicialmente o legislador nacional que observa as obrigações internacionais, isto é, as de introduzir estas regras na legislação interna e de dar instrução ao juiz nacional para aplicar as disposições de direito interno 'contidas' textualmente no tratado. Quanto ao juiz nacional, aplicando estas regras... contribui para a realização de um outro fato pelo qual o Estado é responsável no DI, isto é, a obrigação de assegurar a eficiência do direito uniforme no Estado. Pode-se falar aqui de uma aplicação do DI para controlar a observação de outras regras impostas ao Estado em um texto internacional".

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 71.154 decidiu que as convenções de direito uniforme são aplicadas nas relações entre brasileiros. A convenção deste modo substitui a lei interna.

10-A. Na Constituição de Weimar (1919) foi proclamada pela primeira vez a observância do costume internacional. As Constituições após 1946 reconhecem a formal aplicação do direito costumeiro a nível doméstico (Itália, Alemanha Ocidental, etc.).

11. Nos EUA os tribunais, ao aplicarem os tratados, procuram dar uma interpretação de modo a salvar o tratado mesmo quando há uma lei posterior aparentemente contrária. Entretanto, quando o Congresso pretender revogar o tratado por uma lei, esta tem predominância (caso Reid v. Covert, 1957). O "Restatement of the Foreign Law" acrescenta que a revogação do tratado "não afeta as obrigações internacionais dos EUA consagradas no tratado". A Suprema Corte norte-americana tem sustentado que os tratados se submetem à Constituição do mesmo modo que as leis se subordinam a ela: entretanto, até hoje a Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade de nenhum tratado. Na Inglaterra, se a lei viola claramente um tratado anterior, os tribunais dão predominância à lei. Na Grã-Bretanha um tratado que modifique uma lei necessita de um "Act of Parliament". Uma lei inglesa só pode revogar uma norma internacional se isto foi feito de modo claro, caso contrário os tribunais darão uma interpretação no sentido de que não há conflito. O costume faz parte automaticamente do direito interno, contudo se entrar em conflito com um "act of parliament" predomina este. Prevalece ainda sobre o costume um "precedente judicial obrigatório". A Inglaterra, ao entrar no Mercado Comum, fez o "European Communities Act" de 1972 introduzindo em bloco o direito comunitário no direito interno. Os juízes ingleses levam em consideração os certificados fornecidos pelo governo sobre questões de fato (ex.: reconhecimento, se há guerra, etc.). Estes certificados decorrem da consideração de que são da competência da Coroa as relações internacionais e esta comunica ao Judiciário o que fez. O juiz pode inclusive convocar o "Attorney General" para que lhe seja notificada a opinião do governo. Nos EUA os tribunais têm admitido o testemunho de professores para prova do DI. Sendo de se recordar que o mesmo tem feito a CIJ, admitindo também testemunho de técnicos em DIP. Roger Pinto observa que nos países de tradição jurídica anglo-saxônica a publicação do tratado não é suficiente e nem mesmo a incorporação do tratado na lei autorizando a sua ratificação para que ele seja aplicado pelo juiz interno. É necessário que a lei interna seja modificada e adaptada às disposições do tratado. O Estado que ratificou o tratado tem a obrigação internacional de fazer esta adaptação, contudo, se a mencionada adaptação não for feita, os tribunais não podem aplicar o tratado. Este procedimento é o adotado na Grã-Bretanha, Dinamarca, Irlanda, Islândia, Malta, Noruega, Suécia e Luxemburgo. Na Suíça os tribunais não podem deixar de aplicar uma lei federal que seja incompatível com um tratado, mas eles procuram por meio de interpretação afastar o conflito. Na Itália os acordos do executivo não são "self executing", como nos EUA, para terem eficácia no direito interno devem ser objeto de um "ato de adaptação", por exemplo, por meio de lei.

12. No Brasil esta tendência se tem manifestado de outras formas, por exemplo, a Lei de Extradicação de 1911 mandava que se denunciasses todos os tratados de extradicação para que ela pudesse entrar plenamente em vigor.

13. Assimila Suy que os juízes da Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica e Luxemburgo (membros das comunidades européias), para não aplicarem o princípio "lex posterior derogat priori", e, em consequência, constatar que o tratado teria sido revogado por uma lei posterior, eles partem "da suposição de que o legislador não pretendeu violar o tratado, e se esforçam de dar à lei uma interpretação conforme ao tratado". Este procedimento, chamado "hinwegdiscutieren" (discutir sem levar em consideração), pelo Professor Munch, nem sempre dá resultado, porque o legislador pode ter pretendido violar o DI. Nas comunidades européias o direito comunitário tem uma primazia absoluta. Alguns autores (Sacerdoti) já falam no aforismo "in dubio pro communitate".

Na Itália a jurisprudência estabelece que, apesar de dela integrar as Comunidades Européias, os tribunais italianos não podem deixar de aplicar o direito italiano que esteja em conflito com o tratado. Entretanto, o juiz pode pedir à Corte Constitucional que declare o direito subsequente ao tratado como inconstitucional. A Corte Constitucional da Itália em 1975 deu ao direito comunitário o *status* de direito costumeiro internacional e que este é superior ao direito nacional subjacente.

Na Bélgica, Alemanha Ocidental e Itália os tribunais se consideram competentes para interpretar os tratados. Na França isto já não ocorre e os tribunais se socorrem do executivo para os pontos duvidosos a fim de evitar conflitos internacionais, apesar de os juízes recorrerem às vezes à noção de "ato claro". Na Holanda os tribunais também não podem apreciar a constitucionalidade dos tratados. Na Bélgica, apesar de nada constar na Constituição, a prática é no mesmo sentido. É preciso salientar que tendo em vista o texto da Constituição de Bonn a lei posterior só não revoga "as regras gerais do direito das gentes", que, podemos dizer, geralmente não estão incluídas nos tratados. Esta é a situação teórico-legal, mas na prática, conforme já vimos, considera-se que o legislador não quis revogar o tratado. A não apreciação ou declaração de inconstitucionalidade do tratado decorre de várias razões: a) o tratado pode já ter criado uma situação de fato insuscetível de ser revogada; b) seria revogar um ato do Legislativo e Executivo; c) ocasionaria o término do tratado de modo unilateral. Na Itália tem sido afirmado o princípio do controle da constitucionalidade dos tratados.

14. A Constituição francesa prevê, no art. 54, a existência de um tratado contrário à Constituição proibindo a sua ratificação até que a Constituição seja reformada. Na Constituição da França os tratados são superiores à lei sob reserva de ser aplicado pelo outro contratante, o que conduz o juiz a situações não muito fáceis. Na França, a Constituição de 1958 estabeleceu o controle da constitucionalidade dos tratados. Conselho Constitucional pode ser acionado pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro e os presidentes das duas assembleias. O Conselho não aprecia os atos unilaterais das organizações internacionais. Claude Blumann vê no art. 54 a consagração do primado da Constituição. Na França o Conselho de Estado não afasta a aplicação de uma lei contrária a um tratado em vigor. Entretanto, a Corte de Cassação decide que um tratado não pode ser revogado por uma lei posterior, vez que considera existir uma presunção segundo a qual a lei faz reserva da aplicação dos acordos internacionais em vigor. Em 1992 a Constituição da França foi revista para se adaptar ao D. Comunitário. O Conselho Constitucional se apreciar em tratados o pedido do Presidente da República, ou Primeiro-Ministro, ou presidente de uma ou outra assembleia, ou de 60 deputados.

ou de 60 senadores, e ele considerar que o tratado viola a Constituição, ele só pode ser aprovado ou retificado após a revisão da Constituição. A França admite a transferência de competências soberanas, sob reserva de reciprocidade, que forem necessárias para o estabelecimento de uma "união europeia". As Constituições da Espanha e da Dinamarca aceitam a limitação das competências das autoridades nacionais desde que se siga um procedimento específico na aprovação do tratado, como uma maioria especial. Já as Constituições da Alemanha, França e Itália não prevêm procedimento especial. Salienta Thibaut de Berranger, em quem nos fundamentamos em todo este parágrafo, que os países do primeiro grupo não são menos comunitaristas do que os do segundo grupo, e eles apenas podem não estar "banalizando" a transferência de competências soberanas e apenas reforçando a própria transferência. Para L. Favoreu há nas comunidades europeias uma "constituição dual", isto é, a do Estado e a de um Estado composto que com o tempo pode ser um Estado federal. No direito comunitário os seus atos têm "efeito direto", isto é, os particulares podem reivindicar os seus direitos perante os juizes nacionais, e os tribunais nacionais têm por função proteger os direitos dados aos particulares. Até a Grã-Bretanha aceita o efeito direto como sendo especificidade do direito comunitário e por ser "em vigência" do Parlamento inglês. Na Bélgica e na Espanha ele é considerado uma decorrência da limitação da soberania. O D. Comunitário tem um caráter superconstitucional. O princípio da subsidiariedade no direito comunitário é considerado como uma defesa da soberania, mantendo com equilíbrio entre o Estado e a comunidade, enquanto a Corte Constitucional da Alemanha considerou em 1993 que ele "fixou uma barreira" para que a Comunidade estenda as suas competências. Todavia, existe uma tendência mais acentuada em favor de se reconhecer a superioridade do tratado em face da Constituição: é o caso da Constituição holandesa, no seu art. 63, na Carta Magna de 1956, que estipula que, sendo necessário para o desenvolvimento do DI, é permissível a conclusão de um tratado contrário a ela; entretanto este tratado deverá ser aprovado por maioria de 2/3 dos Estados-gerais. Esta Constituição holandesa estabelece ainda, no art. 60, seção 3, que os tribunais não podem examinar a constitucionalidade dos tratados. Existe uma tendência nas Constituições europeias de admitirem restrição à soberania em favor da ordem internacional. Assim a Constituição da Noruega admite restrição à soberania em favor de organizações internacionais, desde que o tratado seja aprovado por uma maioria de 3/4 no Parlamento. A Constituição da Grécia de 1975 consagra que competências estabelecidas nela podem ser dadas a organizações internacionais desde que haja aprovação por 3/5 dos membros do Congresso, bem como uma lei aprovada por maioria absoluta do total dos membros do Parlamento pode limitar a soberania.

A orientação consagrada na Constituição francesa foi copiada por várias Constituições africanas: Congo-Kinshasa (1964), Mauritânia (1961), Senegal (1963), Togo (1963), Alto Volta (1960), Guiné (1958), Mali (1960), etc.

Na Espanha o Tribunal Constitucional pode apreciar a constitucionalidade dos tratados. Esta posição cria problemas para as resoluções das organizações internacionais, que o Estado se obriga a cumprir quando nelas ingressa. Neste caso Remiro Brotons sugere que se possa levar a questão à Corte da CEE e depois o Tribunal interno deixa de julgar, vez que já há uma decisão de tribunal internacional.

Na Alemanha "as leis de aprovação de tratados internacionais podem ser excepcionalmente submetidas à apreciação da Corte Constitucional Federal antes de sua publicação". A Corte deve decidir antes do tratado entrar em vigor. Na Áustria o Tribunal Constitucional pode examinar os tratados do ponto de vista de sua constitucionalidade.

As Cortes Supremas da Alemanha e Itália consideram que não cabe a elas apreciar a constitucionalidade de uma norma comunitária, vez que as suas Constituições não regem a ordem jurídica comunitária, mas apenas a ordem jurídica alemã e italiana.

Na Argentina a Corte Suprema afirma que os tratados têm um valor "supra-legal, mas também "infraconstitucional".

CAPÍTULO V

FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL¹

31 — Introdução; 32 — Doutrinas mais antigas; 33 — Classificação das teorias; 34 — Teoria da autolimitação; 35 — Teoria da vontade coletiva; 36 — Teoria do consentimento das nações; 37 — Teoria da “delegação do direito interno”; 38 — Teoria dos direitos fundamentais dos Estados; 39 — Teoria da norma-base; 40 — Teoria da norma “pacta sunt servanda”; 41 — Teorias sociológicas; 42 — Teorias modernas italianas; 43 — Teoria do Direito Natural; 44 — Conclusão.

31. O estudo do fundamento do DI consiste na investigação da justificação e legitimidade da norma jurídica internacional. O fundamento do Direito é de onde ele tira a sua obrigatoriedade.

Kelsen confunde a noção de fonte e fundamento ao afirmar que a norma inferior, na pirâmide, tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. Sustentamos que a fonte do DI é a maneira pela qual a norma internacional se manifesta, enquanto fundamento é o que torna o DI obrigatório.

O problema do fundamento do DI tem sido abandonado por diversos doutrinadores (Rousseau) por considerarem que esta questão não faz parte do direito propriamente dito, ou, ainda, é sem qualquer “valor prático” (Spiropoulos). A pesquisa do fundamento é considerada por inúmeros positivistas como estando fora das cogitações do jurista. Damos razão a Quadri quando afirma que sustentar a opinião de que o fundamento é assunto “metajurídico” é estar confundindo “o direito com um dos seus momentos: a norma”. Na verdade não podemos sustentar que o direito está esgotado com o estudo do direito positivo, ou seja, da norma jurídica. Esta atitude seria limitar o campo de atividade do jurista.^{1A}

O estudo do fundamento do DI é da maior importância para a sua reconstrução. François Geny já assinalava que não podemos tomar uma

posição perante o Direito sem antes termos tomado uma posição perante Deus, o Homem e o Universo. No DI as posições adotadas pelo jurista decorrem normalmente de sua posição filosófica. O DI será encarado pelo estudioso através do fundamento que ele tiver dado a este ramo da ciência jurídica. Apesar de tudo, não deixa de ter razão R. Ago quando afirma que a existência de uma ordem jurídica é um fato e que deve ser investigado cientificamente. Ou, ainda, P. de Visscher, que sustenta existir o Direito Internacional por ser isto uma "necessidade social".

32. A questão do fundamento do DI tem preocupado os juristas há longa data. As teorias se têm multiplicado. Entre as concepções mais antigas (sem mencionarmos as de cunho jusnaturalista), e que atualmente apresentam um interesse meramente histórico, estão as da escola utilitária ou da necessidade e a teoria das nacionalidades da escola italiana.

A da escola utilitária ou da necessidade foi defendida, entre outros, por Bentham e Story. Bentham sustentou que o DI teria por finalidade "a investigação da utilidade geral no comércio dos Estados independentes, e, em caso de guerra, a produção do menor mal possível". Story assinala que o fundamento do DI é que as suas normas "nascem do interesse e utilidade mútuos, do sentimento dos inconvenientes que resultariam de uma doutrina contrária e de uma espécie de necessidade moral de fazer justiça, a fim de que, em troca, nos seja feita justiça".

A teoria das nacionalidades foi elaborada por P. Stanislav Mancini em aula inaugural, em Turim, na 1ª cadeira de Direito das Gentes criada em uma universidade italiana, em 22 de janeiro de 1851. O título da sua aula já enunciava a sua concepção: "Della nazionalità come fondamento del Diritto delle Genti."² Sustentava este autor que a nação era uma "associação natural de homens, com unidade de território, de origem, de costumes e de língua com uma consciência social e vida em comum". A nação seria o único sujeito de DI.³ O princípio das nacionalidades seria a base do DI e a sua garantia. As relações pacíficas entre os Estados estariam asseguradas se eles fossem organizados por nações. Esta teoria foi seguida por: Pierantoni, Carnazza-Amari, Fiore, Contuzzi, etc.⁴

A teoria da necessidade não traz um verdadeiro fundamento ao DI, pelo contrário, ela quase que o anula. A necessidade é um fato material. A necessidade anularia a justiça, que é uma valorização ética. Se ela fosse adotada, nada defenderia os Estados fracos dos fortes. A teoria das nacionalidades desempenhou um papel importante no século XIX quando da unificação italiana e alemã; todavia o princípio das nacionalidades jamais foi obedecido como norma internacional.

33. As doutrinas que apresentam maior interesse para o nosso estudo podem ser classificadas em dois grandes grupos: o voluntarista e o objetivista.^{4A}

O voluntarismo⁵ é formado por aquelas doutrinas que defendem estar o fundamento do DI na vontade dos Estados, enquanto o objetivismo

pressupõe a existência de uma "norma" ou de um "princípio" acima dos Estados.

Entre as teorias voluntaristas estão: a da autolimitação; a da vontade coletiva; a do consentimento das nações e a da "delegação do direito interno". Entre as teorias objetivistas estão a da: norma-base, teoria dos direitos fundamentais, teoria sociológica, a "pacta sunt servanda", direito natural e as teorias italianas modernas, bem como as já mencionadas teorias da necessidade e das nacionalidades.

34. Teoria da autolimitação — Esta teoria teve a sua formulação definitiva dada por Georg Jellinek,⁶ que afirmou não poder um Estado soberano se encontrar submetido a uma vontade que não fosse a sua própria, que era absoluta. Todavia, esta vontade impunha a si mesma o dever de respeitar o direito por ela estabelecido. O DI se fundamentaria na autolimitação do Estado que não poderia se "deslimitar". O DI se fundamentaria na vontade estatal. O Estado seria um Estado de direito e a sua soberania deve ser compreendida como sendo a faculdade de se autolimitar.

Esta teoria é contraditória, porque, se o DI só existe em virtude da autolimitação estatal, isto é, em virtude da vontade do Estado soberano absoluto, ele poderia se deslimitar. Se isto não ocorre, é que existe algum princípio superior ao Estado impedindo isto. Podemos acrescentar a crítica de Aguilar Navarro: "um Direito que só obriga a vontade do interessado não pode pretender ser considerado como tal".

35. Teoria da vontade coletiva — Esta concepção foi formulada por Heinrich Triepel, em 1899, na sua obra "Volkerrecht und Landesrecht". Para o jurista alemão o DI se fundamentaria na vontade coletiva dos Estados, que se manifestaria expressamente no tratado-lei e tacitamente no costume. A "Vereinbarung" (ato-união) é, na definição de Binding, quem primeiro se utilizara desta expressão endossada por Triepel, "a fusão de vontades diferentes com um mesmo conteúdo". A "Vereinbarung" é para Triepel "o meio de se entenderem vários titulares de poder" (Miaja de la Muela).

André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros afirmam que em certa fase a doutrina soviética aderiu a esta teoria ao defender que os países socialistas e capitalistas tinham vontades diferentes, mas que "podiam ser dirigidas a um fim comum".

A teoria da vontade coletiva está sujeita a diversas objeções. A primeira objeção que lhe pode ser dirigida é que ela não explica por que um Estado novo na sociedade internacional se encontra sujeito a uma norma costumeira elaborada anteriormente ao seu ingresso nesta sociedade. Como explicar a vontade tácita deste Estado quando da formação do costume se ele ainda não existia? Como explicar que, sem ter manifestado tacitamente a sua vontade sobre aquela norma, ele se encontra subordinado a ela? Na verdade, como estudaremos, o costume é um "produto da vida social" e obrigatório para todos independentemente da vontade.

A segunda objeção é que esta vontade coletiva, que se assemelha à vontade geral de Rousseau do direito público interno, não pode ter a sua existência demonstrada.

A terceira crítica é que Triepel, como Jellinek, faz apelo a elementos estranhos ao voluntarismo. Triepel, como que prevendo a crítica de que o Estado poderia retirar a sua vontade individual da vontade coletiva, afirma que o direito em última análise se fundamenta em elementos éticos e psicológicos. Termina este autor por assinalar que a sua "teoria é mera hipótese de trabalho".

36. *Teoria do consentimento das nações* — Esta concepção, adotada acima de tudo pela doutrina inglesa (Hall, Oppenheim), não se confunde com a anterior, de origem germânica. A grande diferença com a da vontade coletiva é que ela não prevê a formação de uma vontade coletiva independente das vontades individuais que para ela concorrem. A vontade a que se refere a presente concepção é a vontade majoritária, o consentimento mútuo. O consentimento seria expresso nos tratados e tácito no costume.

Esta teoria apresenta o mesmo defeito da anterior para explicar o fenómeno costumeiro. E permanece de pé a principal crítica dirigida ao voluntarismo: como garantir o DI contra a "instabilidade da vontade estatal"?

37. *Teoria da "delegação do direito interno"* — Esta concepção foi estudada ao tratarmos do monismo com primazia do direito interno. Ela é uma conseqüência natural da teoria da autolimitação. É a teoria de Max Wenzel que fundamenta a validade do DI no direito interno estatal, ou seja, na Constituição.

A sua crítica nós já a fizemos no sentido de que, se tal ocorresse, o Estado poderia se desvincular dos tratados alterando a sua Constituição. Todavia, tal fato não acontece em nome da permanência do Estado.

38. *Teoria dos direitos fundamentais dos Estados* — Esta teoria se desenvolveu após a Revolução Francesa e doutrinariamente remonta a Grotio e Wolff. Os Estados viveriam em verdadeiro estado de natureza, uma vez que a vida internacional ainda não foi organizada em um "Superestado". Os seus defensores (Pillet, Rivier, etc.) aplicam aos Estados a teoria dos direitos naturais do homem. Os Estados possuiriam direitos naturais ou fundamentais "pelo simples fato de existirem". Partindo-se desta constatação é que poderiam ser deduzidas as normas internacionais. O DI teria o seu fundamento nos direitos fundamentais dos Estados.⁷

Esta concepção tem sido violentamente criticada pelos modernos doutrinadores, porque não corresponderia à história, quando afirma, por exemplo, que a igualdade é "direito natural" dos Estados. Ora, assinala Brierly, "a atribuição dessa característica é apenas uma fase no processo histórico", e nem sempre foi assim. Esta teoria conduz ainda à soberania absoluta dos Estados. O estado de natureza alegado pelos seus defensores

nunca existiu, e se porventura existisse, não predominariam nele os direitos fundamentais, mas a força, enfim, a guerra. Se não existisse uma sociedade internacional, os Estados não teriam direitos subjetivos, uma vez que estes direitos pressupõem a existência de um direito objetivo, que se manifesta na sociedade.

Nós não negamos que existam direitos fundamentais dos Estados, o que sustentamos é que eles não podem dar ao DI um fundamento estável, porque eles variam de acordo com a época histórica.

39. *Teoria da norma-base* — Kelsen foi quem formulou e defendeu esta concepção. Considera este autor que todo conhecimento conduz à unidade. Partindo desta afirmação, ele construiu a teoria da pirâmide, ou dos degraus ("Stufenbautheorie"). A validade de uma norma depende da que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estaria situada a norma fundamental ("Grundnorm"). Na sua primeira fase Kelsen afirmou que esta norma poderia ser qualquer uma. Todavia, posteriormente, ele saiu do seu indiferentismo e considerou que ela seria a norma costumeira "pacta sunt servanda". A norma fundamental, para Kelsen, é uma hipótese, que não necessita de justificação.

Posteriormente, Kelsen rejeitou a teoria da "acta sunt servanda" e passa a considerar como fundamento do DIP "uma norma que institua como fato gerador do Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados" (sobre esta doutrina, v.: Arnaldo Vasconcelos).

Merecem ser reproduzidas algumas observações de Kelsen (Teoria Geral das Normas, 1986), devido à grande importância deste jurista. Ele escreve: "a norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas... não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não no sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou 'verdadeira ficção'..." E: "segundo Vaihinger... uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente..." Finalmente: "por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental... não é hipótese — como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei — e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência" ou, então, deve ser acompanhada "porque a ela não corresponde a realidade".

Esta teoria conduz a um círculo vicioso, uma vez que a norma-base necessitaria ter o seu fundamento explicado. Kelsen não explica por que uma norma costumeira é obrigatória. É verdade que este jurista não está preocupado com a formação do Direito mas com o Direito já existente, o que torna a nossa crítica não muito procedente. Esta tese é "formalista" e a política é da maior importância no DIP. A teoria de Kelsen está "a serviço da ordem estabelecida" (Michel Villey). Ela tem as raízes em Gerber e Seydel, que pretendiam expor o D. Público "de um ponto de vista

exclusivamente jurídico” (Nelson Saldanha — Teoria do Direito e Crítica Histórica, 1987).

40. *Teoria da norma “pacta sunt servanda”* — Esta teoria, como a anterior, sustenta que a norma “pacta sunt servanda” é o fundamento do DI. Anzilotti, seu defensor, entretanto, não se filia à teoria pura do direito e à sua pirâmide de normas. Para o jurista italiano ela “é um valor jurídico absoluto, indemonstrável e que serve de critério formal para diferenciar as normas internacionais das demais”. Esta norma poderia ser demonstrada por outros ramos do conhecimento humano que não o direito; por exemplo, pela ética, o que seria irrelevante para a ciência jurídica.

Podemos dirigir duas observações a esta teoria: a) é que ela não explica a obrigatoriedade do costume; b) ela limita o campo do jurista que não poderia pesquisar o verdadeiro fundamento, mas apenas aceitar um “princípio indemonstrável”.

41. *Teorias sociológicas* — Estas teorias foram desenvolvidas por Leon Duguit e seus seguidores, como Georges Scelle.

Duguit, baseando-se nos trabalhos de Durkheim, considera que o direito é um produto do meio social. A solidariedade social pode ser mecânica (similitude de interesses) e orgânica (divisão de trabalho). As necessidades é que impõem ao homem a vida em sociedade, decorrendo daí as duas formas de solidariedade para atendê-las. A norma social é um resultado da solidariedade. Para Duguit a solidariedade proíbe ao homem tudo aquilo que pode causar uma desordem social e, ao mesmo tempo, ela lhe ordena tudo aquilo que pode manter ou desenvolver o fato social. A norma internacional decorre da solidariedade internacional. O Direito se dirigiria sempre aos indivíduos. Uma norma econômica ou moral se transforma em norma jurídica quando preenche dois requisitos: a) os indivíduos integrantes de uma sociedade sentem a sua relevância e acham que ela deve possuir sanção; b) os indivíduos consideram que será justa a criação desta sanção (sentimento de justiça).

Esta teoria é contraditória no sentido de que, ao pretender ser eminentemente positivista, acabou sendo jusnaturalista.⁸ Existem, como assinalava Cavaré, “necessidades morais inerentes à pessoa humana que não implicam necessariamente a idéia de solidariedade”. Ele não se refere à justiça objetivamente, mas a um “sentimento de justiça”, enfim a um elemento pessoal que conduz a uma relatividade. As necessidades humanas são muito mais amplas do que as duas formas de solidariedade.

Georges Scelle foi quem melhor aplicou, entre os seguidores de Duguit, a sua concepção no campo do DI, acrescentando, contudo, argumentos de natureza biológica. Scelle denominava a sua concepção de neopositivismo, e Accioly a chamava de biológica. O internacionalista francês sustenta que o equilíbrio social só pode ser mantido com forças coercitivas que resultam das leis naturais, uma vez que sem elas a vida social estaria ameaçada. Tais forças seriam de ordem biológica. Os grupos sociais “se-

cretam” normas jurídicas, uma vez que sem elas a vida social estaria ameaçada. O DI tiraria a sua obrigatoriedade da necessidade dos grupos sociais que dele precisam para a sua sobrevivência. Ele teria assim um fundamento biológico. Scelle observa que o Direito fundamenta-se sempre na “necessidade social” e, em segundo lugar, na “utilidade social”, porque “não se trata somente de viver mas de progredir”.

Scelle se esquece de que o homem nem sempre se submete a necessidades biológicas, enfim, ele não leva em consideração os elementos psicológicos e elementos éticos.

42. Os doutrinadores modernos italianos^{9A} são talvez os que neste século mais tenham pesquisado o fundamento do DI, fazendo contribuições pessoais para o seu estudo. Salvioli os agrupa em duas correntes: uma, que apresenta correções ao normativismo; e outra, que tira o fundamento do DI do “substrato social”.

A primeira corrente é a formada por Ziccardi e Sperduti. Ziccardi fundamenta o DI na forma que torna obrigatório o costume internacional. Sperduti assinala que o fundamento do DI são diversas normas que formaram um “costume pré-jurídico”, que se teria elaborado espontaneamente.

A segunda corrente é formada por Ago, Quadri e Giuliano. Rolando Quadri constata que na comunidade internacional se encontra um Direito e uma autoridade. Os sujeitos desta comunidade têm sobre eles um corpo social, que é a autoridade, com um “poder irresistível”. Este poder existe, porque a vontade do corpo social cria uma situação psicológica que se transforma em autoritária, uma vez que é comum a todos. O fundamento de uma norma seria no fundo um fato psicológico coletivo.

Giuliano considera o Direito como um produto de determinada comunidade histórica e seu fundamento se resume no fato de que “um conjunto de juízos de valor jurídico” próprios de uma determinada comunidade estejam presentes e operantes na mesma”. Ago, cuja concepção se aproxima da de Giuliano, sustenta que as normas fundamentais são inúmeras e que seria difícil declarar qual delas é a norma-base. Estas normas fundamentais seriam de formação espontânea.¹⁰

As teorias sobre fundamento na Itália e fora dela são ainda inúmeras, além das já estudadas, que todavia servem suficientemente para ilustrar as grandes linhas de discussão em torno do assunto.

43. *Teoria do Direito Natural* — A admissão da existência de um direito superior ao direito estatal ou positivo e dele independente é sustentada desde a Antiguidade. Na Grécia, Sófocles já defendia a sua existência em “Antígona”;¹¹ em Roma, Cícero o pregava no “De Republica” e no “De Legibus”;¹² isto para só citarmos dois exemplos. Foi contudo com o cristianismo que esta concepção encontrou maior desenvolvimento e difusão. O jusnaturalismo foi desenvolvido no período medieval pelos padres da Igreja, como Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Este declara que

a primeira das leis é a lei eterna, que emana da razão divina; em seguida viria a lei natural, que é a lei eterna conhecida pelo homem por meio da razão, sem "o auxílio sobrenatural da revelação". O D. Natural se divide em: primário, que possui poucas normas invariáveis, e o secundário, que seria mais extenso e com conteúdo variável.^{12A}

É na obra de Santo Agostinho que se vai encontrar as raízes da unidade do direito: ideal de justiça, a lei terrestre interpretada à luz da lei divina que vem através da Revelação. Santo Tomás retoma este D. Natural, mas com uma visão aristotélica, sendo a "lei ditada pela razão" (divina e humana). Já o empirismo de Occam só aceita como modo de conhecimento a experiência. Deus está fora do Direito, porque se trata de questão de fé. A moral não se fundamenta na razão. O homem faz o que Deus ordena. O único fundamento da lei é o comando do legislador. É o germe do positivismo. O indivíduo passa a ser o centro do direito. Já Santo Tomás parte da observação da ordem que vem da natureza. A laicização do D. Natural vem com Grotius, em quem a lei moral se fundamenta na razão, que é autônoma. Ele se opõe a Occam. (Este parágrafo é tirado de André-Jean Arnaud — *Pour une pensée juridique européenne*, 1991.)

Jusnaturalistas foram ainda os teólogos espanhóis fundadores do DI: Francisco de Vitória e Francisco Suárez.

No século XVII, Grotius admite a existência de um direito natural e de um direito positivo. Pufendorf e seus seguidores: Barbeyrac, Thomasius, etc., abandonam o direito positivo, ou "jus voluntarium" de Grotius, e passam a admitir apenas a existência do direito natural. Pufendorf assinala que o direito natural se origina na razão, que criaria o direito, ao contrário da doutrina católica, que considerava a razão não como criadora do direito, mas o meio de "descobri-lo".

Um jusnaturalismo racionalista universal não é possível, porque os valores não são universais e só a lógica formal é, como o princípio da não contradição. Na verdade o direito natural racionalista não descobre princípios universais e necessários. "Eles correspondem a desígnios normativos exigidos pelas condições sociais e institucionais de uma certa época". "O pensamento jurídico não se limitou a "descobri-las", mas "pô-los lá". "Através de uma interpretação das fontes romanas "comandada por intenções normativas próprias da época". Eles são artificiais" e atendem a uma época. Esta corrente realça o aspecto universal do direito. "Este cosmopolitismo do direito e da própria legislação só vem a atenuar-se com o surto nacionalista do romantismo (Antonio M. Hespanha-Panorama histórico da Cultura Jurídica Européia, 1997).

No século XVIII, Wolff retoma, juntamente com seus seguidores, a idéia de Pufendorf, e desenvolve a concepção da existência de um direito natural entre os Estados.^{12B}

No século XIX, o jusnaturalismo começou a ser criticado de maneira violenta pelo positivismo, que no DI tem as suas raízes em Bynkershoek.

Observava-se que era uma ilusão pretender fazer um código com normas invariáveis, partindo-se exclusivamente da razão. As críticas se dirigiam ao jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que se afasta da realidade social. Entretanto o jusnaturalismo racionalista destes séculos foi confundido com toda a teoria do direito natural, sendo esquecido o jusnaturalismo católico, que também existia.

Salienta Norberto Bobbio (Hobbes e o jusnaturalismo, in N. Bobbio — *Ensaio Escolhidos*, 1988, págs. 1 e segs.): "a superioridade do jusnaturalismo medieval sobre o moderno reside no fato de que ele nunca pretendeu elaborar um sistema completo de prescrições deduzidas 'more geométrico' de uma natureza humana abstrata e permanente: o direito natural do jusnaturalismo medieval consiste em alguns princípios de grande generalidade, tendo como limite um princípio único: fazer o bem e evitar o mal". Continua o jurista italiano observando que o D. Natural Moderno (fundado por Hobbes) parte de uma "concepção estreita, particularmente, privatista e atomística do homem", o que vai dar origem ao liberalismo. Ele tem como ponto de partida o homem isolado, em estado natural e egoísta, enquanto o medieval parte do homem em sociedade e tem uma visão comunitária. Observa ainda Bobbio que enquanto o direito natural medieval vê as obrigações do homem, o moderno vê os direitos.

No início do século XX o direito natural teve um verdadeiro "renascimento", como escreveu Charmont. Bodenheimer considera que ele teria ressurgido em virtude do aparecimento de problemas econômicos e sociais, que não puderam ser solucionados pelo direito positivo. É o direito natural o recurso dos que protestam (De Page), o que torna mais necessária a sua utilização no século XX, em que o mundo se encontra em completa transformação. Max Weber igualmente afirma que o direito natural foi sempre invocado por aqueles que se revoltam contra a ordem estabelecida. É verdade, como observa Franz Neumann, os revoltados ao ocuparem o poder acabarão por transformar o direito natural em uma "ideologia conservadora". Ralf Dreier, em 1986, afirma que o D. Natural está tendo um novo renascimento.

Por outro lado, a partir de 1945 as teses jusnaturalistas encontram uma nova força diante da "trágica experiência do Estado totalitário" e da renovação filosófica (Recasens Siches).

A maneira de se entender o D. Natural tem variado de acordo com os doutrinadores que o estudam. Podemos adotar o conceito de Verdross como sendo formado pelas "normas que resultam da natureza racional e social do homem". Louis Le Fur, que aplicou a concepção do direito natural ao DI, considera que o direito natural tem dois princípios materiais: o "pacta sunt servanda" e o que "todo dano injustamente causado deve ser reparado"; e, um princípio formal, que é o princípio da autoridade.

O D. Natural tem a vantagem, como assinala Verdross, de dar ao DIP um fundamento na própria idéia de direito.¹³ A idéia de justiça existente

no direito natural dá a este um aspecto dinâmico, que por sua vez vai influenciar o direito positivo.

Paul Amscelek observa que a concepção jusnaturalista mascara a questão do direito pertencer ao mundo cultural e não ao mundo natural. Tércio Sampaio Ferraz (Introdução ao Estudo do Direito, 1988) assinala que um dos fatores para o enfraquecimento da dicotomia D. Natural e D. Positivo é que o D. Natural se positivou com os direitos fundamentais incluídos nas Constituições. Uma crítica que tem sido dirigida ao jusnaturalismo é que quando ele leva em consideração os dados sociológicos e psicológicos ele o faz “no nível de representações ideais e não de teorias científicas” (François Ost e Michel van de Kerchove — *Jalons pour une théorie critique du droit*, 1987).

O jusnaturalismo é adotado por uma série de internacionalistas modernos, tais como Lorimer, Verdross, Miaja de la Muela, Truyol y Serra, Brierly, Sauer, Korsters, Accioly, Antonio de Luna, etc.

44. A conclusão a que podemos chegar é que as doutrinas voluntaristas, que são no Direito a continuação das filosofias de Espinosa e Hegel, são insuficientes para fundamentar o DI ou qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma vez que a vontade só produz efeitos quando preexiste uma norma jurídica lhe atribuindo tais efeitos e, como assinala Jiménez de Aréchaga, tal norma não tem caráter consensual. As doutrinas objetivistas procuram evitar esta crítica; todavia, muitas delas acabam por admitir uma norma superior, cuja justificação é impossível. A melhor concepção, a nosso ver, pelos motivos já expostos, é a do direito natural, e podemos citar as observações de Delbez:

(...) o direito tem por missão fazer reinar a ordem e a justiça(...) inspirando-se em um certo ideal de justiça, ele visa a assegurar e manter a ordem social.¹⁴ O direito tira portanto o seu valor obrigatório do fato de que ele é indispensável à ordem social e que ele é presumido estar conforme a justiça. Se os Estados devem obedecer às regras costumeiras e convencionais, é (...) que elas visam a exprimir e a realizar o “bem comum” da sociedade internacional.

O fundamento assim dado (...) tem um tríplice caráter. Ele é objetivo, porque o bem comum da ordem internacional existe em si e não depende das vontades subjetivas dos Estados. Ele é racional, porque é a razão que o concebe. Ele é transcendente, porque visando a assegurar o bem geral da sociedade interestatal, ele é superior aos Estados que perseguem o seu bem particular (...)

O D. Natural e o Direito Positivo não se opõem; o primeiro se concretiza no segundo. É como assinala Luis García Arias: “o Direito Positivo é o prolongamento necessário do Direito Natural”.

O apelo a princípios que estão acima do Direito Positivo é feito constantemente na prática internacional, como ocorre nas Convenções de Genebra de 1949, que declaram que os casos não previstos na sua regulamentação estão sujeitos, entre outras limitações, às “leis de humanidade e às exigências da consciência pública”; no mesmo sentido está o art. 51 da Carta da ONU, que qualifica o direito de legítima defesa de “direito inerente”. Pode-se lembrar que o D. Natural está nas raízes da noção do “jus cogens” que foi consagrado na convenção de Viena sobre direito dos tratados.

Merece ser citado um texto de Friedrich Meinecke (*El Historicismo y su Genesis*, 1983) sobre o D. Natural: “foi como uma estrela polar... no meio das tempestades na história do mundo. Deu ao pensamento dos homens um apoio absoluto”. Ou ainda: “a razão humana, considerada como eterna... podia legitimar a tudo”.

O grande problema do D. Natural é o de se saber quem vai definir o que é “bem comum”, sendo de se recordar que “bem” é aquilo que atinge a sua finalidade. Acresce ainda que a doutrina do “bem comum” de Santo Tomás de Aquino é passível de vários usos e foi incorporada pelo fascismo.

A doutrina católica (*Le Fur*) defende a sua “descoberta” pela Revelação e este jurista francês aponta três princípios de direito natural: o “pacta sunt servanda”, o respeito à autoridade e o de que todo dano injustamente causado deve ser reparado. Outra corrente, apontada por Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, é a do jusnaturalismo dos valores em que o D. Natural está no plano axiológico (axiologia — “teoria crítica da noção de valor em geral” — André Lalande — *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, 1993) e é descoberto através “de uma progressiva participação da consciência moral nos valores”. É a tese de Helmut Coing e Verdross (este encontra os princípios do D. Natural nos princípios gerais do direito).

Durante vinte anos a nossa posição foi jusnaturalista, entretanto atualmente estamos em um processo de mudança e várias críticas podem ser dirigidas ao jusnaturalismo. Ele não se insere “claramente na luta de classes atual” (M. Mialle). As doutrinas do direito natural têm dado uma imutabilidade ao Direito (propriedade individual, família monogâmica, como sendo eternos) e têm-se constituído em um dique à mudança (Jean Carbonnier). Acresce ainda que a doutrina de Santo Tomás tem conduzido ao corporativismo. Denis Touret (*La Violence du Droit*, 1980) afirma que o direito natural serve sempre para legitimar o Poder, já que este se considera sempre justo. Umberto Cerroni diz que o jusnaturalismo pode ser definido “como a pré-história teórica do liberalismo”. Dentrô desta linha de raciocínio está uma passagem de Reinhard Kuhn em que é observado que após 1918 a burguesia com a sua hegemonia em perigo faz renascer o D. Natural afirmando “que o legislador não pode de modo algum estruturar a seu capricho a ordem social, mas que estava obrigado

a repetir "normas superiores" que sendo examinadas de perto se comprovava serem sempre as normas da sociedade burguesa e de sua ordenação da propriedade". Acrescenta o pensador alemão que na sociedade burguesa "a propriedade privada estava sempre por cima do princípio da democracia".

Preferimos atualmente nos filiar ao pensamento de Charles Chaumont para quem a natureza do caráter obrigatório da norma está na solução a uma contradição que se encontra em um momento histórico dado mais forte que todas as outras.

A posição adotada quanto ao fundamento do DI vai influenciar todo o nosso estudo; por exemplo: a admissão dos direitos fundamentais dos Estados, a soberania limitada, etc.

NOTAS

1. J. Korsters — Les Fondements du Droit des Gens. *in* Biblioteca Visseriana. t. IV, 1925; Rolando Quadri — Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. *in* RdC. 1952. vol. I. t. 80, págs. 579 e segs.; J. L. Brierly — Le Fondement du Caractère Obligatoire du Droit International. *in* RdC. 1928. vol. III. t. 23. págs. 467 e segs.; Alfred Verdross — Le fondement du droit international. *in* RdC. 1927. vol. I. t. 16. págs. 251 e segs.; Mircea Djuvara — Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international. *in* RdC. 1958. vol. II. t. 64. págs. 485 e segs.; Louis Le Fur — La théorie du droit naturel depuis de XVIIIe siècle et la doctrine moderne. *in* RdC. 1927. vol. III. t. 18. págs. 263 e segs.; Edgardo-Manotas Wilches — Le Nouveau Droit des Gens, 1948; Luis García Arias — Las concepciones jusnaturalistas sobre la fundamentación del Derecho Internacional. *in* Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional. 1964. págs. 15 e segs.; Piero Ziccardi — La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale, 1943; João Frank da Costa — O fundamento do direito internacional segundo Léon Duguit e Georges Scelle. *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1954, nºs 19 e 20, págs. 39 e segs.; Bolívar de Freitas — A Obrigatoriedade da Norma Internacional, 1951; Luis Recaséns Siches — Jusnaturalismos Actuales Comparados, 1970; Josef L. Kunz — "The "Vienna School" and International Law" e "Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law", *in* The Changing Law of Nations, 1968, respectivamente, págs. 50 e segs. e 145 e segs.; G. Soulier — Rapport sur la critique marxiste appliquée aux théories traditionnelles du droit international. *in* Anais da Faculdade de Direito de Reims (1^o). 1974. págs. 193 e segs.; Michel Troper — Le fondement du caractère obligatoire et la causalité en droit international. *in* Realités du droit international contemporain, s./d. Anais da Faculdade de Direito de Reims (2^o), págs. 41 e segs.; Arnaldo Vasconcelos — A Norma Básica em Direito Internacional Público. *in* Nomos, 1978, págs. 286 e segs.; A. A. Cançado Trindade — The Voluntarist conception of International Law: a re-assessment. *in* Revue de Droit International, Juillet-Septembre, 1981, págs. 201 e segs.

1-A. Dentro de uma concepção marxista a colocação do problema está errada, porque se chama de fundamento o que é superestrutura, o que faz Michel Miaille (Une Introduction Critique au Droit, 1976) dizer que no Direito se coloca a cabeça para baixo.

2. Fauchille assinala que Madame de Staël já enunciara o princípio das nacionalidades no seu livro "Da Alemanha".

3. Em uma outra aula proferida em 1872 ele admite o Estado como sujeito de DI.

4. Os seguidores de Mancini, como Fusinato, fizeram algumas correções à sua teoria, assinalaram que os Estados é que eram sujeitos do DI.

4-A. G. Soulier faz uma crítica inteiramente procedente que deve ser registrada: é que a divisão em doutrinas voluntaristas e não voluntaristas é falsa, vez que se coloca a doutrina soviética e a de Triepel na mesma categoria de doutrinas voluntaristas. Realmente é uma classificação meramente formal e pode-se dizer que é consagrada, mas não é correta.

5. O voluntarismo, segundo Delbez, teria se originado no Renascimento e aumentado com o culto do Estado e o nacionalismo surgido com a Revolução Francesa.

6. Esta teoria, segundo alguns autores (Accioly), teria sido formulada por Putter, e, segundo outros (Le Fur), por Jhering. Verdross mostra que ela já existia em Roma, onde os tratados concluídos tinham a sua execução dependendo da boa vontade dos romanos (*nudum pactum*). Todavia, se este tratado era sacrossanto, isto é, se a sua violação acarretava a execração divina, ele seria irrevogável. Cada parte contratante prestava um juramento perante o seu deus. O tratado se originaria de "duas fontes diferentes", uma vez que não existiriam normas comuns superiores aos Estados. Entretanto é salientado que o mundo romano considerou necessário o juramento, que violado traria a execração divina, isto é, o fundamento do tratado somente na vontade do próprio Estado era insuficiente.

7. Esta teoria, segundo alguns autores (Nelson Ferreira da Luz), deve ser estudada entre as teorias voluntaristas. Todavia, a nosso ver, ela é objetivista ao admitir para os Estados direitos inatos que preexistem ao direito internacional positivo.

8. A teoria sociológica tem sido considerada por diversos doutrinadores (Lectona, Recársens Siches, Mello Bosen) como fazendo parte integrante do pensamento jurídico jusnaturalista. Esta interpretação baseia-se no fato de que Duguit, ao considerar que a norma jurídica deriva da sociedade, nada impede que nos grupos sociais mais atrasados, onde ainda não existe a formação de um Estado, exista norma jurídica. Ora, este direito que existe independente do Estado é exatamente o Direito Natural. O próprio sentimento de justiça de Duguit, que ele considera como existente em todas as épocas e povos, faz com que ele acabe por identificar o "Direito" e a noção do "justo". Na verdade, o que Duguit combate é o jusnaturalismo racionalista do século XVIII, que ele tomava como sendo toda a concepção do D. Natural. É de se lembrar que Scelle (partidário do sociologismo) negou a aproximação da sua teoria com a do D. Natural, o que não impede todavia esta interpretação.

8-A. Miaja de la Muela considera que as teorias de Sperduti, Ago e Sereni podem ser inseridas nas teorias jusnaturalistas.

9. Para ele as normas são "juízos de valor jurídico e o ordenamento jurídico um conjunto de juízos de valor jurídico".

10. Miaja de la Muela observa que estas concepções italianas, apesar de lutarem contra o jusnaturalismo, não se encontram longe desta concepção ao admitirem "sistema de juízos de valores", "autoridade do corpo social", etc.

11. Antígona declara não ter cumprido o edito de Kreon porque ela não quis violar as leis imutáveis e não escritas dos deuses. A "lex naturae" é uma criação dos estóicos, que foi retomada pelo cristianismo (Max Weber — Sociologie du Droit, 1986).

12. Fala em uma "reta razão" que existe em todos os seres, que seria imutável e conforme a natureza.

(12-A) O D. Natural é um tema inesgotável. Os gregos procuravam descobrir o direito na natureza, mas ela é um ídolo que o cristianismo não aceita. O D. Natural da patrística é a natureza antes da Queda do Homem. Para Grotius o D. Natural está fundado na razão. Pufendorf e Thomasius tentam fazer um sistema de direito fundado na razão. O D. Público foi o primeiro a ser atingido pelo D. Natural, porque ele não está tão ligado à "técnica", mas à política, e no DIP o D. Romano não ajudava muito (Michel Villey — Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, 1962).

O D. Natural é um ponto a que os homens recorrem para a sua segurança e que teria validade universal independente da vontade dos particulares (Mario Bertolissi e Ruggero Meneghelli — Lezioni di Diritto Pubblico Generale, 1993). O D. Natural é descoberto pela racionalidade ocidental, que é expressão de uma cultura particular.

12-B. Tem-se procurado ligar o direito natural à evolução do capitalismo. Assim, segundo Soulier, o D. Natural Clássico corresponderia ao nascimento do Estado e do capitalismo: o período do positivismo voluntarista (direito natural latente) seria o período do triunfo do Estado capitalista e a época do renascimento do D. Natural corresponderia à época do imperialismo e da crise do Estado. Jean-Marie Vincent (apresentação da obra de Evgeny B. Pasukanis — La Théorie Générale du Droit et le Marxisme, 1976) observa que a escola do direito natural do século XVIII contestava a ordem jurídica feudal, abandonando a ordem divina e procurando regular a vida social conforme a natureza humana. Era a ascensão da burguesia. O próprio Bergbohn observa que ele liberou "as forças produtivas aprisionadas... em um regime corporativo ossificado", acabou com "restrições comerciais absurdas" e obteve a liberdade da ciência. Para Sergio Paulo Rouanet (Mal-estar na Modernidade, 1993), "a partir da segunda metade do século XVIII, a doutrina do direito natural começou a perder a sua força legitimadora, em consequência da ascensão de uma nova epistemologia, que substituiu a razão abstrata pela experiência, desqualificando as idéias inatas". No mesmo sentido se manifesta Luis Diez Del Corral — El Liberalismo Doctrinario, 1984. A grande crítica que se pode dirigir ao positivismo jurídico é que ele defende que o ordenamento jurídico se sustenta a si mesmo, isto é, não "recorre a critérios e fundamentos exteriores". Ora, o *status quo* beneficia os que detêm o poder, daí "o positivismo recrutar muitos de seus servidores entre os burocratas identificados com o *establishment*, entre os professores temerosos de mudança e, por fim, os partidários da segurança burguesa, e entre advogados ávidos de notoriedade e de prebendas" (Pablo Lucas Verdu — La Lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend, 1987). A Cassese aponta dois méritos do positivismo: a) é ter dado à ciência jurídica um aspecto técnico, tirando-a da História, Filosofia, etc.; b) ter contribuído para a autonomia do D. Público em relação ao D. Privado. Uma corrente moderna tem mostrado que o positivismo não se afasta tanto do jusnaturalismo como se sustentava, tendo em vista que ele não consegue fugir ao problema da efetividade, o que o torna um "jusnaturalismo positivado" e produz uma "pretensa teoria científica dos valores". A única diferença entre positivismo e jusnaturalismo é que aquele considera que o juiz só deve aplicar a lei do Estado, enquanto este considera que o juiz pode aplicar também o direito natural. Tanto em uma corrente como na outra as fontes do direito são ideológicas e prescritivas. O positivismo desenvolve o "aparato conceitual dogmático do jusnaturalismo" como as noções ideais de validade e de direito subjetivo. O positivismo só é científico no aspecto de validade formal sem se importar com o seu efetivo cumprimento. Estas observações são de Enrico Pattaro — Elementos para una Teoría del Derecho, 1991. Ainda dentro de uma visão crítica se encontra Simone Goyard-Fabre (Les fondements de l'ordre juridique, 1992), que observa que o positivismo jurídico sustenta se distinguir do positivismo filosófico; mas ambos têm a "mesma premissa epistemológica", isto é, a "objetividade científica". O positivismo jurídico, na prática, acabou por usar cri-

gérios ideológicos, sociológicos e históricos, o que acabou com a pretensa "neutralidade científica". Na verdade, é como assinala Michel Virally (La Pensée Juridique, 1960): ninguém sabe o que significa positivismo, vez que todos os autores entram nele: Kelsen, Duguit, Scelle, Jellinek, Carré de Malberg, etc.

13. O D. Natural não faz parte da moral, uma vez que as suas normas se enquadram dentro do próprio Direito se levarmos em consideração os elementos que o distinguem em relação à moral. Os princípios do Direito Natural enunciados por Le Fur são princípios que "partem de fora para dentro do indivíduo, visando mais ao ato" e que implicam uma "alteridade". Ora, estas características são do Direito e não da Moral.

14. Miaille observa com certa razão que a alegada finalidade de segurança que o Direito tem é para evitar a justiça absoluta, porque esta não seria "deste mundo".

CAPÍTULO VI

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DI. FUNDADORES DO DI

45 — A questão do método; 46 — Antiguidade oriental; 47 — Grécia; 48 — Roma; 49 — Período medieval; 50 — Idade Moderna; — 51 — Idade Contemporânea: FUNDADORES DO DI; 52 — Introdução; 53 — Francisco de Vitória; 54 — Alberico Gentili; 55 — Francisco Suárez; 56 — Hugo Grotius; 57 — Ricardo Zouch; 58 — Samuel Pufendorf; 59 — Cornelio van Bynkershoek; 60 — Christian Wolff; 61 — Emer de Vattel; 62 — Georges-Frederic von Martens.

45. A primeira questão a ser examinada em um estudo sobre a evolução histórica do DI¹ é a do método. O problema consiste em saber se existiu ou não um DI na Antiguidade.

A doutrina há longos anos está dividida sobre o assunto. A maioria dos autores nega a existência de um DI na Antiguidade. Laurent o fazia datar da Reforma. Henry Wheaton, o primeiro historiador do DI, só o tratou da Paz de Vestfália em diante. A parte anterior a 1648 foi objeto, na sua obra, apenas de uma introdução. Louis Le Fur nega a sua existência na Antiguidade Oriental e sustenta que o DI teria as suas raízes no cristianismo, que afirmara a igualdade dos homens, o que, em consequência, acarretara a igualdade entre os Estados. Entre os autores mais recentes que negam a existência de um DI na Antiguidade está Mário Giuliano, que o faz datar do século XVI.

Os primeiros autores a admitirem um DI na Antiguidade foram o Barão Sérgio A. Korff e Paul Vinogradoff.

Sérgio A. Korff sustentou ser um erro só se admitir o DI a partir de determinada fase adiantada da História, uma vez que os povos antigos mantinham relações entre si, praticavam a arbitragem e conheciam o instituto das imunidades dos agentes diplomáticos, etc. E como bem assinala, o "DI é uma consequência necessária de toda civilização". O DI surgiria onde existissem dois ou mais Estados, com cultura semelhante, e

que houvesse entre eles uma "certa igualdade". As normas internacionais teriam na Antiguidade uma sanção, que era a religiosa.

Paul Vinogradoff considera que se deve levar em consideração, para um estudo do histórico do DI, "as formas de organização social", e o divide em: Cidades Gregas; Jus Gentium; Republica Cristiana; Relações internacionais entre os Estados Territoriais e o desenvolvimento moderno em si.

Na verdade devemos admitir a existência de um DI desde que exista uma comunidade internacional, isto é, no momento em que duas ou mais coletividades independentes passam a manter relações entre si. O que não podemos é negar a existência de um direito para regulamentar estas relações ("ubi commercium ibi jus") simplesmente porque este direito apresentaria características diferentes das que tem hoje. O DI é aquele que regula as relações entre coletividades independentes. Ora, se estas coletividades existiram na Antiguidade e mantiveram relações entre si, inevitavelmente surgiu um DI. Montesquieu já afirmava que todos os povos têm um direito das gentes.

Podemos estudar a história do DI dentro das grandes divisões da História: Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea, apesar de os historiadores modernos salientarem a arbitrariedade desta divisão.^{1A}

46. Na Antiguidade Oriental encontramos a existência de um DI. O tratado mais antigo de que se tem notícia é o do ano 3100 a.C., entre Eannatum, senhor da cidade-Estado de Lagash, e os homens de Umma, duas cidades na Mesopotâmia. As fronteiras entre os dois mencionados Estados seriam fixadas pelo Rei Mesilin, rei de Kish. Segundo Nussbaum, Mesilin não teria atuado como árbitro, porque "provavelmente era uma espécie de senhor dos príncipes daquelas duas outras comunidades". Taube já considera que Mesilin teria atuado como árbitro com base em um tratado.

No Egito antigo existia uma chancelaria consagrada aos negócios estrangeiros e se ocupando da correspondência diplomática. A História registra ainda um tratado entre Ramsés II, rei do Egito, e Hattisuli, rei dos hititas, que pôs fim à guerra da Síria. Este tratado, nas suas diversas cláusulas, estipulava: a) paz perpétua que seria protegida pelas divindades de cada povo; b) aliança contra os inimigos; c) a entrega de criminosos políticos que se refugiassem no território do outro Estado contratante; d) o comércio entre as duas nações. Este tratado dataria de 1291 a.C., segundo Nussbaum, ou de 1280 a.C. (Taube).

Na Índia antiga, no Código de Manu, codificação do direito costumeiro existente, que data provavelmente do século I d.C. (os autores mais modernos variam de II a.C. ao século II d.C.), já existiam diversas normas de DI: a) normas sobre diplomacia; b) normas sobre a guerra em que se proíbe o uso de armas pérfidas (ex.: flechas envenenadas e em chamas); c) proíbe o ataque ao homem desarmado, etc. Nussbaum salienta ter

existido ainda na Índia o costume de se respeitar durante as guerras: as plantações, as moradias e os agricultores.

Na China antiga, normas de DI eram também observadas. Siu Tchoan-pao, o grande estudioso desta fase histórica, assinala que o Imperador Yao (2357 a.C.) já salientava que a "moral internacional era o coroamento da Moral". O livro "I — King" (2500 a.C.) já fala na paz, condenando a "guerra sem motivo". O período entre 720-220 a.C., observa Tchoan-pao, é "fecundo" nas relações entre os Estados chineses e os novos estrangeiros. Confúcio, que nasceu em 551 a.C., pregou a "grande união" dos Estados chineses, que seria uma "associação" dos Estados chineses com personalidade própria, mas que deixaria subsistir a personalidade particular dos Estados que a formassem. Na China, no período de 722-481 a.C., a guerra se transformou em uma instituição legal e ela só poderia ocorrer entre Estados iguais e não entre um Estado feudal e seus dependentes, e nem entre os Estados chineses e os bárbaros (Brownlie).

O povo judeu trouxe uma grande contribuição para o DI, que foi o pacifismo. A idéia de paz, que tanto tem influenciado o moderno internacionalismo, teve aí as suas raízes, que se desenvolveram sob a influência do cristianismo. O Talmud babilônico distinguia as guerras voluntárias para o aumento do território e as guerras obrigatórias, que tinham por fim defender Israel de um ataque.

A Antiguidade Oriental, que acabamos de estudar, é denominada por Truyol y Serra de pré-história da ciência do DI, juntamente com Grécia e Roma. (Todavia, não podemos negar que nela já tenham existido normas internacionais que são comuns a todos os povos, por exemplo, a inviolabilidade dos tratados e o respeito aos embaixadores.)

47. Alguns autores têm negado que no mundo grego tenha existido um verdadeiro DI. Assim, Walker o denomina de Direito Intermunicipal. Entretanto esta opinião não nos parece correta, uma vez que entre as características da polis está a independência política, com todos os elementos de uma verdadeira soberania (Ténékides).

O mundo grego conheceu e praticou diversos institutos do DI: a arbitragem, os tratados, a inviolabilidade dos embaixadores, etc.

A arbitragem contava no mundo grego com um meio social favorável à sua prática, uma vez que havia a igualdade jurídica, cultura semelhante e Estados independentes. Os gregos tinham como os modernos a arbitragem facultativa e a obrigatória.

Os tratados possuíam duas sanções: a opinião pública e a religiosa. A sua entrada em vigor era a partir do juramento dos embaixadores gregos. Eles previam a sua própria modificação em caso de necessidade, isto é, prevendo a sua revisão. Os tratados eram inscritos em placas de bronze e colocados nos principais templos, para que o povo tivesse conhecimento do seu conteúdo. Os tratados previam o consentimento do Conselho e da

Assembléa do povo, antes de serem "promulgados" e haver a troca de ratificações.

As modernas confederações tiveram a sua origem nas "anfícionias" gregas, sendo que a mais célebre delas foi a de Delfos.

Os embaixadores estrangeiros eram respeitados. O instituto do asilo foi praticado nos templos religiosos.

48. Em Roma o DI quase que desapareceu em certo período, em virtude do predomínio de Roma.⁴ A própria "Pax Romana" foi uma paz imposta, praticamente não havia igualdade entre Roma e os Estados que com ela contratavam. O estrangeiro, como na maioria dos povos antigos, era considerado inimigo. Esta posição acarretava que durante a guerra os inimigos e os seus bens não tinham nenhuma tutela. Esta prática, entretanto, foi sendo amenizada com a admissão do princípio da inviolabilidade dos prisioneiros de guerra.⁵

As normas de aspecto internacional se desenvolveram no "jus gentium" e no "jus fetiale".

O "jus gentium" era formado pelas normas do direito romano que os estrangeiros podiam invocar. Os romanos, a fim de facilitarem as relações comerciais com os estrangeiros, admitiram que certas normas do seu direito fossem aplicadas também aos estrangeiros. Ele se desenvolveu sob a influência do pretor peregrino e é utilizado nas relações entre romanos e estrangeiros. Este é o seu sentido no direito privado. No direito público ele é formado pelas normas aplicáveis entre as nações.⁶ Neste sentido de Cuy e Monier, que reconhecem no "jus gentium" um sentido de direito público e outro de direito privado, estão Padelletti e Cogliolo, que assinalam ter o "jus gentium" dois sentidos de: "jus belli ac pacis", ou seja, de normas comuns aos povos, e ainda o sentido de um "direito nacional" elaborado pelos romanos, diferente do "jus civile".

A noção de "jus gentium" é assim mais ampla do que a de DI atualmente. Além das normas aplicadas nas relações internacionais, ele possuía normas de direito privado. Ele era um "Direito Romano pela sua natureza e origem" (Wolfgang Kunkel — An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, 1985).

Uma observação importante é a formulada por B. Paradisi de que no aspecto histórico o DIP e o DI Privado devem ser tratados juntos, porque no mundo antigo não se distinguia entre o Estado e o conjunto de cidadãos.

O "jus fetiale" era o conjunto de normas utilizadas nas relações com as nações estrangeiras. Estas normas eram de caráter religioso e jurídico. Era o "direito público externo" de Roma. Como se pode observar, não era o direito fecial um verdadeiro DI, uma vez que ele não era elaborado pela sociedade internacional, mas um direito nacional de Roma. Este direito era aplicado pelo colégio dos feciais, sobre cuja origem os autores não se encontram de acordo: uns atribuem o seu aparecimento em Roma

a Numa Pompilius (Plutarco), outros a Tullius Hostilius (Cícero), e outros, ainda, a Ancus Martius (Tito Lívio).

Os reis citados anteriormente poderão ter concorrido para a criação desse colégio em Roma, mas, na verdade, os povos vizinhos já possuíam "colégio" semelhante, dos quais, então, os romanos teriam tomado a idéia por empréstimo.

Os feciais tinham ao mesmo tempo funções religiosas, políticas e judiciais. As suas funções consistiam, acima de tudo, em zelar pela observância das normas de "direito internacional". Eles formavam um colégio de 20 membros escolhidos por cooptação entre as pessoas das melhores famílias romanas. A chefia do colégio era exercida pelo "Magister Fetialium". Vestiam-se os feciais de lã branca. Eles intervinham nos principais atos da vida internacional, como, por exemplo, na declaração de guerra. Uma guerra não seria considerada "pia e justa"⁷ se não fosse declarada conforme o ritual dos feciais: quatro⁸ deles (um recebia a "verbena"⁸ e outro, o chefe da missão, era denominado "pater patratus") iam à fronteira do Estado ofensor de Roma e lá iniciavam uma verdadeira interpelação reclamando dele uma reparação ("clarigare, clarigatio, res repetere") e davam o prazo de 30 dias¹⁰ para a reparação. Esgotado este lapso de tempo sem receber a devida satisfação, o "pater patratus" declarava a guerra, com a prévia autorização do Senado,¹¹ atirando uma lança ensangüentada no território inimigo.¹²

Os feciais intervinham ainda em uma série de atos da vida internacional, como nos tratados em que eram designados dois deles: o "verbenarius" e o "pater patratus". Auxiliavam os "recuperatores",¹³ intervinham no processo de extradição¹⁴ e faziam a paz.

Os feciais começaram por perder a sua importância na declaração de guerra com o alargamento das fronteiras de Roma, e foram substituídos por membros do Senado. No fim da República, a cerimônia que eles praticavam na fronteira do Estado inimigo passou a ser realizada na praça que fica em frente ao templo de Belona (deusa da guerra). Os feciais já não existiam no final do século III da era cristã.

Em Roma, os tratados podem ser classificados em: "amicitia", "hospitium" e "foedus". O "amicitia" (alguns autores o consideram uma forma mais evoluída do "hospitium") dava ao estrangeiro garantia para a sua vida e para os seus bens e ele se comprometia a não auxiliar os inimigos de Roma. O "hospitium publicus" originava uma relação bem mais íntima do que a do "amicitia" e estipulava a hospitalidade pública e a "recíproca tutela jurídica nas relações de direito privado". O "foedus" era o mais perfeito tratado dos romanos, estabelecendo uma verdadeira união entre os signatários com a finalidade de criar um estado de paz permanente: ele continha uma fórmula de execração, acarretando o desfavor dos deuses para o povo que o violasse. Enfim, como assinala Miaja de la Muela, o "foedus" era "o pacto já ratificado e com força vinculante". O "foedus",

fosse ele justo ou injusto, isto é, impusesse obrigações para ambos os contratantes, ou apenas para o Estado estrangeiro, devia ser concluído segundo o rito feodal. O "foedus" estabelecia uma relação jurídica perpétua. Havia na palavra dada um aspecto sagrado e era invocada a intervenção da divindade. Ele é de um período histórico em que o direito não era inteiramente laico (B. Paradisi). Podemos citar entre os tratados a "sponsio", que eram os acordos transitórios concluídos pelos generais. Era no fundo uma promessa de tratado e só se tornando obrigatória com a aprovação pelo Senado. Quando um Estado concluía tratado com Roma, o fato dele reconhecer uma "condição superior" a Roma não era uma limitação da sua "soberania", que era consagrada na sua "dignidade menor" (B. Paradisi). Já Paul Veyne considera que "a idéia de uma pluralidade de nações, tendo cada uma seu direito de viver, é estrangeira aos romanos".

(Foi em Roma que surgiu o instituto da ratificação. Ainda no mundo romano se respeitava, como em toda a Antiguidade, a inviolabilidade dos embaixadores.)

(Podemos concluir dizendo que, se em Roma não houve um DI como hoje o entendemos, não podemos negar que diversos institutos da nossa matéria ali se desenvolveram.)

49. (No período medieval o DIP encontrou um grande desenvolvimento sob a influência da Igreja. As relações internacionais estavam sob o controle do Papado.) Este, através da excomunhão,¹⁵ tinha uma poderosa arma para lutar contra os príncipes. O seu poder era tão grande que o Papa tinha a faculdade de liberar um chefe de Estado do cumprimento de um tratado. O Papa era o árbitro supremo. A Igreja, contrária às guerras privadas, exerceu um papel altamente benéfico no sentido de humanizar as guerras medievais.

A Paz de Deus introduziu no mundo ocidental pela primeira vez a distinção entre beligerantes e não-beligerantes. Os cavaleiros faziam o juramento de respeitá-la. Ela proibia a destruição das colheitas e dos instrumentos agrícolas. Ela impunha o respeito aos camponeses, aos comerciantes, aos peregrinos, às mulheres, aos viajantes e a todos os seus bens. Foram formadas diversas "ligas para a manutenção da paz" (Poitiers, 1000). Este instituto de caráter altamente humanitário tinha também um aspecto eminentemente prático, que era o de evitar o flagelo da fome, tão comum no período medieval.

O movimento pela Paz de Deus teria começado no final do século X, com o desaparecimento da dinastia carolíngia. Havia, devido às lutas entre os príncipes territoriais, uma grande insegurança. Alguns bispos do sul e príncipes se reunem para restabelecer a paz, sendo que o 1º Concílio se reúne em Charroux em 989 e o 2º em Narbona em 990. Em 994 a prática se estende ao Limousin, Auvergne e reino da Borgonha. Os concílios promulgam normas de proteção às igrejas e ao clero (J. P. Poly e E. Bournazel — *La Mutation Féodale, X-XII Siècles*, 1980). Jacques Le Goff

atribui a atuação da Igreja pela Paz de Deus a uma pressão das massas. Os concílios eram ao ar livre em torno de relíquias sagradas. Na segunda metade do século XII o rei substituiu a paz da igreja ou a dos príncipes pela paz do rei, visando acabar com as guerras entre os nobres, sendo que a 1ª Ordenação de 1055 estabelece a paz no reino por dez anos. Em 1288 S. Luís proibiu as guerras privadas. É preciso assinalar que no fim do século XI surge a noção de guerra santa para justificar as Cruzadas.

(Alguns historiadores consideram que a Paz de Deus como não tendo maior relevância, vez que não conseguira acabar com as guerras. Uma outra corrente considera que ela trouxe transformações na civilização ocidental. Não havendo um poder coercitivo tentaram construir um consenso cultural e social.)

A Trégua de Deus¹⁶ surgiu, em 1027, no Concílio de Elna, que proibia a guerra da nona hora de sábado (três horas da tarde) até a primeira hora de segunda-feira (seis horas da manhã), com o objetivo de permitir a todos de cumprirem o seu "dever dominical".¹⁷ Pouco depois proibia-se a guerra "nos dias de festas, na Quaresma, nas festas dos principais santos, etc., de modo que a trégua absorveu a maior parte do ano". No Concílio de Marselha, em 1040, foi estabelecido que as lutas deveriam ser suspensas "da tarde de quarta-feira até segunda-feira de manhã: a quinta-feira para celebrar a Ascensão de Cristo, a sexta-feira a sua Paixão, o sábado a sua colocação no túmulo e o domingo a sua Ressurreição". Em 1095, Urbano II, ao pregar a Cruzada, "proclama a trégua de Deus por toda a cristandade". Os concílios de Latrão (1123, 1139, 1179) estenderam a trégua de Deus para toda a cristandade e as suas decisões foram incluídas no direito canônico. A penalidade para a sua violação era pagar com a vida, banimento da pátria e exclusão da comunidade cristã.

Observa Paul Rousset (*História das Cruzadas*, 1980) que o Concílio de Narbona (1054) estabeleceu que: "um cristão que mata outro cristão derrama o sangue de Cristo", mas não foi respeitado. "Em Clermont, Urbano II renovou e generalizou os decretos relativos à paz e à trégua de Deus antes de proclamar a Cruzada. Esta, no entanto, não é fruto das instituições de paz, mas é uma prova do fracasso dessas instituições, a Cruzada, segundo cuidavam o seu inventor e os seus pregadores, devia propiciar ao mundo ocidental uma paz que os decretos conciliares não foram capazes de lhe dar".

Surgem na I. Média normas regulamentando a conduta na guerra, assim no Concílio de Latrão de 1139 foi banido sob pena de excomunhão o uso de arbaletas, porque as setas furavam as armaduras.

A "Quarentena do Rei" ("quarantua regis") se desenvolveu com o fortalecimento do poder civil e acarretou o desaparecimento da Trégua de Deus. Estabelece-se por este instituto que "para os assassinatos cometidos ou as injúrias feitas haveria, de pleno direito, durante quarenta dias, uma 'trégua pelo rei' durante a qual era proibido atacar os parentes do

culpado que não estivessem presentes à injúria recebida" (Frédéric Duval). Este mesmo autor salienta que era uma simples "medida de polícia". A sua finalidade é restringir as guerras privadas neste período de tempo, durante o qual o rei deverá julgar a questão. Ela teria sido instituída por Felipe Augusto e fora renovada por S. Luís, sendo a sua violação considerada uma traição a ser apreciada pela alta justiça.

Uma instituição bastante semelhante é a do "asseurement" ("garantia"), que consistia em uma "promessa solene que uma pessoa dava a uma outra de se abster de todas as violências em relação a ela" (Esmein). A diferença entre o "asseurement" e a "quarentena do rei" é que esta só era acessível aos nobres, enquanto a primeira era aplicada aos nobres, aos clérigos e aos plebeus. Assim, quando um conflito estava iminente entre senhores feudais, o rei poderia citá-los e obrigá-los a se darem o "asseurement". Inicialmente, o "asseurement", para ser dado, precisava ser pedido por uma das partes e, posteriormente, passou a ser dado de ofício. O "asseurement" era uma prática antiga que ressurgiu nos séculos XII e XIII, sendo a sua violação punida com a morte.

Em 1304, Filipe o Belo proibiu as guerras privadas e todos os atos contrários aos bons costumes.

A maior contribuição da Igreja talvez tenha sido o conceito de guerra justa desenvolvido por Santo Ambrósio, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino: a grande ponte de união entre estes autores é que todos eles analisaram a guerra justa intrinsecamente, isto é, a sua causa. Santo Agostinho ("De Officiis") ensinava que uma guerra seria justa quando se tratasse de defender o país contra os bárbaros e a casa contra os bandidos. Santo Agostinho ("De Civitate Dei" e "Contra Faustum") sustenta que a doutrina de Cristo não impede todas as guerras. Uma guerra necessária teria por fundamento a justiça. A guerra que preenche duas condições é legítima: a) se é justa; b) se há o direito de declarar a guerra. A guerra seria justa quando ela visasse reparar uma injustiça. A guerra só pode ser declarada pelo chefe de Estado. Santo Tomás de Aquino ("Summa Theologica: Secunda Secundae — De Bello") é quem melhor estudou a noção de guerra justa, estabelecendo que para ela se configurar seriam necessárias três condições; a) que ela fosse declarada pelo príncipe, vez que ele é a autoridade pública competente; b) é necessário que ela tenha uma causa justa, enfim que a sua causa seja um direito violado; c) "que a intenção dos beligerantes seja reta", isto é, deve visar "promover um bem ou evitar um mal".

Os tratados eram concluídos com uma garantia não utilizada na Antiguidade, que era a dos reféns ao lado do juramento.

(Ainda no período medieval, podemos mencionar que Bizâncio desenvolveu a diplomacia mantendo relações com quase todos os povos.)

No final do período medieval surge a primeira legação permanente com a designação de Nicodemo de Pontremoli por Francesco Sforza de Milão junto a Florença.¹⁸

50. No período moderno da História, a supremacia do papado foi destruída pela Reforma, que quebrou a unidade do mundo cristão. Os grandes Estados nacionais se fortaleceram. Bodin precisou a noção de soberania.

No século XVII encontramos o primeiro dos grandes congressos internacionais: a Paz de Vestefália (1648), que pusera fim à Guerra dos Trinta Anos. Ela fora negociada durante três anos em Munster (onde tinha precedência a França católica) e em Osnabruck (onde tinha precedência a Suécia protestante) e os tratados concluídos nestas duas cidades foram depois reunidos no Ato Geral de Vestefália em Munster em 24/10/1648 (V. H. H. Green — Renascimento e Reforma, 1984) (Ela foi uma "ordem criada por estados, para estados" (K. Holsti). As suas decisões são da maior importância, vez que o direito convencional anterior foi revogado e, ainda, porque neste Congresso, pela primeira vez em conjunto, os Estados europeus deliberaram.¹⁹ As suas principais decisões foram: a) criação de novos Estados: Suíça; b) independência dos Países-Baixos da Holanda; c) a Alsácia foi incorporada à França. A Paz de Vestefália teve ainda grande importância na nossa matéria, porque a partir dela se desenvolveram as legações permanentes. É dela que data o início do imperialismo francês e o fracionamento do Sacro Império Romano Germânico. Ela cria a paz religiosa na Alemanha e torna 350 estados alemães quase que independentes do Imperador, e em consequência vai impedir a unificação alemã sob a bandeira católica (R. Bermejo). Assinala Henry Wheaton que a Paz de Vestefália foi confirmada em todos os tratados de paz entre os países da Europa Central até a Revolução Francesa.)

(Para Hedley Bull o que surge com a Paz de Vestefália é uma sociedade internacional em que os Estados aceitam regras e instituições que limitam a sua ação, e que isto é do interesse comum.)

Em 1681, Colbert, Ministro de Luís XIV, dá à França a célebre Orde-nança de Marinha, que, apesar de ser uma lei interna, veio a se tornar um elemento acessório para a formação do DI Marítimo.

Em 1713 a Paz de Utrecht afirma o princípio do equilíbrio europeu, que, segundo Paul Fauchille, é aquele sistema em que há uma distribuição de forças, em que um Estado não pode impor a sua vontade a outro Estado.

Ian Brownlie (International Law and the Use of Force by States, 1981) afirma que o princípio "balança de poder" surgiu nas cidades do norte da Itália no meio do século XV e perdurou até a invasão francesa em 1494. Na Europa Central e Ocidental ele foi adotado nos séculos XVI e XVII, mas só se torna estável com o fim das guerras de religiões. Este princípio vai ser consagrado no Congresso de Viena e no decorrer do século XIX. Lorde Bolingbroke, que respondia pela diplomacia inglesa no início do século XVIII, foi "o primeiro homem de Estado a construir uma diplomacia com a intenção deliberada de procurar o equilíbrio continental; o tratado de Utrecht é o primeiro instrumento diplomático", em que há uma re-

núncia de reunificar as coroas da França e Espanha (Jacques Huntzinger — Introduction aux relations internationales, 1987). É a partir deste tratado que se organiza o continente com fundamento na doutrina do equilíbrio. Este sistema vai ser aplicado no século XVIII entre Inglaterra, Áustria, Rússia, França e Prússia. Ele vivia de alianças, guerras e divisões territoriais. (O equilíbrio não assegurava portanto a paz, mas a existência das grandes monarquias (Pierre Gerbet — La Construction de L'Europe, 1983). O "equilíbrio europeu", segundo R. Aron, que resumiu as regras de Clausewitz, teria os seguintes princípios: a) afastar o perigo de uma monarquia hegemônica; b) nenhum Estado pode ser destruído; c) a paz é uma decorrência do princípio das nacionalidades e da proibição da guerra de conquista, também por ela consagrada. Em 1795 o Abade Gregoire apresenta a sua declaração dos Direitos dos Povos.

Chevalley chegou a intitular sua obra "Direito das Gentes Napoleônicas", o que na verdade nunca houve. Napoleão violou, pelo menos uma vez, o DI comum de sua época: quando exerceu o direito de caça, já então suprimido, para prender o Duque d'Enghien em território estrangeiro.²⁰ (O Congresso de Viena (1815), o segundo dos grandes congressos europeus, tomou deliberações da maior importância para o DIP. Entre elas podemos mencionar: a) manifestou-se a tendência para a internacionalização dos grandes rios europeus (Reno, Mosa, Escalda, etc.); b) por influência da Inglaterra, foram tomadas decisões contra o tráfico negroiro; c) a Suíça foi declarada e reconhecida neutra permanentemente; d) formação de novos Estados (Suécia-Noruega; Bélgica-Holanda); e) pela primeira vez foi feita uma classificação dos agentes diplomáticos;²¹ f) a precedência, entre os agentes diplomáticos, dentro de cada categoria, passou a ser dada conforme a data da notificação oficial da chegada do agente diplomático, etc. Tem sido considerada a "primeira carta territorial da Europa" (Charles Pouthas).)

A Santa Aliança surgiu por inspiração de Alexandre I, que teria sofrido influência da Baronesa de Krudener e de Nicolas Bergasse (antigo constituinte francês). Bourquin observa que a influência da Senhora de Krudener teria sido pequena e que na realidade a Santa Aliança teria nascido

do misticismo de Alexandre. Ela foi criada pelo tratado de 26 de setembro de 1815, concluído entre a Rússia, a Prússia e a Áustria.²² A finalidade deste tratado, segundo Bourquin, não era reacionária, mas se limitava apenas a recomendar aos chefes de Estado que submetessem a sua autoridade e o seu poder aos princípios cristãos. O tratado da Santa Aliança só foi assinado por chefes de Estado, sem ser submetido a ratificação.²³

A Quádrupla Aliança, criada pelo tratado de 20 de novembro de 1815, abrangia a Rússia, Prússia, Áustria e Inglaterra. Este tratado é "um complemento e uma explicação do da Santa Aliança" (Rain). É afirmado o princípio da intervenção. Em 1818 ocorre o ingresso da França e ela se transforma em Quíntupla Aliança. Este "concerto europeu" visava a solucionar os problemas do continente. Era a continuação ainda em 1821, em Laybach, se decide a intervenção em Nápoles; em Verona (1822), quando se resolveu o mesmo na Espanha.

A Inglaterra se opôs à intervenção na Espanha e se retirou do Congresso de Verona, enfraquecendo a Pentarquia de modo definitivo.²⁴ A Inglaterra temia que a França, que foi quem realizou a intervenção na Espanha, "tentasse obter vantagens indevidas para ela própria na Espanha e nas colônias" (Arthur P. Whitaker — Os Estados Unidos e a Independência da América Latina, 1966). A França saiu dela em 1830.

Em 1823 é elaborada a Doutrina de Monroe, que vai influenciar as relações interamericanas (v. Capítulo: Intervenção).

Em 1856, o Congresso de Paris, que pôs fim à guerra da Criméia, suprimiu o corso. Em 1864, a Conferência de Genebra criou a Cruz Vermelha Internacional. Em 1878 o Congresso de Berlim regularizou a situação dos Estados balcânicos (a Bósnia e Herzegovina foi ocupada e administrada pela Áustria em nome da Turquia; a Sérvia, a Romênia e o Montenegro obtiveram aumentos territoriais). Em 1885, a Conferência Africana de Berlim tratou dos territórios da bacia do Congo, criando novo requisito para a sua ocupação: a efetividade e a notificação aos demais Estados.

(O último quartel do século XIX apresentou uma característica das mais importantes para o estudo das relações internacionais, que foi o imperialismo e colonialismo.²⁵ As suas causas foram múltiplas: colocação de capitais, fatores demográficos, motivos estratégicos, saturação do consumo europeu e na Alemanha se falava mesmo na vitalidade do Estado. Era também o desejo de abandonar o *status* de grande potência europeia para se transformar em grande potência mundial, porque só os impérios se "imporiam no futuro" (W. Mommsen). Assim a dominação é consagrada

pelo Ato Geral de Berlim (1885) ao estabelecer a aquisição do território pela ocupação efetiva. (O colonialismo é consagrado além da ocupação pelo sistema de protetorado, mandatos e tratados desiguais.) As opiniões sobre o colonialismo foram as mais diversas. Cecil Rhodes sustentou que o colonialismo era bom para a metrópole e a colônia. Lênin afirmava que era nocivo para a colônia e para a metrópole, sendo que a primeira porque era explorada e a segunda porque entrava em um colonialismo parasitário. Kipling afirmava que era benéfico para a colônia. Schumpeter defendia que o colonialismo não era nem bom, nem mau. Seeley, no livro "The Expansion of England", protestou contra aqueles que se opunham à expansão colonial e se vangloriava da superioridade da raça anglo-saxã. Em 1870, Leroy-Beaulieu exaltava a grandeza da pátria e o poder do Estado. Jules Ferry falava que as raças superiores têm um direito sobre as raças inferiores.^{25B} As grandes potências se lançam em um amplo movimento

Em 1899 se reuniu a 1ª Conferência de Paz de Haia, convocada pelo Czar Nicolau da Rússia. Esta conferência criou a Corte Internacional de Arbitragem de Haia, na convenção para a solução pacífica dos litígios internacionais. Foram concluídas ainda: convenção sobre as leis e os costumes da guerra terrestre; convenção para a adaptação à guerra marítima dos princípios da convenção de Genebra, de 2 de agosto de 1864. Foram feitas ainda declarações visando humanizar a guerra, proibindo o uso de gás asfixiante, o lançamento de explosivos ou projéteis de balões e o emprego de projéteis que se espalham ao atingir o corpo humano.)

A 2ª Conferência de Paz de Haia reuniu-se em 1907 por iniciativa do Presidente dos EUA e da Rainha da Holanda. Compareceram 44 países, inclusive da América do Sul, que estivera ausente na 1ª.²⁶ O seu trabalho foi mais proveitoso do que o da anterior, e foram concluídas as seguintes convenções relativas: I) à regulamentação pacífica dos conflitos internacionais; II) à limitação do emprego da força para a cobrança de dívidas contratuais; III) à abertura das hostilidades; IV) às leis e costumes da guerra terrestre; V) aos direitos e deveres das potências e pessoas neutras em caso de guerra terrestre; VI) ao regime dos navios de comércio inimigos no início das hostilidades; VII) à transformação dos navios do comércio em navios de guerra; VIII) à colocação de minas submarinas automáticas de contato; IX) ao bombardeio por forças navais em tempo de guerra; X) a certas restrições ao exercício do direito de captura na guerra marítima; XI) ao estabelecimento de uma Corte Internacional de Presas; XII) aos direitos e deveres das potências neutras em caso de guerra marítima; XIII) à declaração relativa à interdição de lançar projéteis e explosivos do alto de balões.)

A Conferência Naval de Londres (1909) tratou da guerra marítima: bloqueio, contrabando de guerra, assistência hostil, destruição de presas neutras, transferência de pavilhão, comboio, caráter inimigo do navio, resistência à visita, perdas e danos nos casos em que o apresamento não for validado pela jurisdição de presas. Esta Declaração de Londres, que englobava os assuntos mencionados, era uma verdadeira convenção a ser ratificada pelos Estados. Ela não entrou em vigor, mas no início da Primeira Guerra Mundial os beligerantes declararam que pautariam a sua conduta por ela, o que foi feito até que a Alemanha iniciou a guerra submarina indiscriminada.

FUNDADORES DO DI²⁷

52. A denominação de Fundadores do DI é retirada de uma obra coletiva publicada em 1904 ("Les Fondateurs du Droit International"), conduz à concepção de "jus gentium" (que admite a intervenção de uma autoridade que visa defender os direitos do homem. É um dos precursores da liberdade dos mares. Revoltou-se contra a teologia que impregnava o DI e combateu as doações de terra à Espanha e Portugal, feitas pelo Papa. Sustentava que estas terras tinham dono, que eram os habitantes do Novo Mundo. Foi o autor da expressão "inter gentes" ao substituir, na definição de "jus gentium" das Institutas, a palavra "homines" por "gentes" (nº 10). Defende o direito de imigração, que denomina de "jus communicationis". Defende ainda como direito dos homens o "jus commercii".

O seu nome foi ofuscado nos séculos XVII e XVIII pelo de Grotius. No século XIX, Ernest Nys o redescobriu e divulgou os seus trabalhos. A sua obra é "Relectiones Morales ou Theologicae" e delas as mais importantes "relectio"²⁸ para a nossa matéria são: "De Indis Recenter Inventis", "De Jure belli hispanorum in barbaros"²⁹ e "De Potestate Civili".

54. Alberico Gentili (1552-1608) — Italiano de nascimento (San Ginesio), acompanhou seu pai quando este abandonou a Itália em virtude da Inquisição. Em 1580, Gentili se radicou na Inglaterra, onde foi professor da Universidade de Oxford. As suas obras de DI foram as seguintes: "De Legationibus Libri Tres" (1585); "Hispanicae Advocationis Libri Duo" (1613) e "De Jure Belli Libri Tres" (1598).

A primeira delas originou-se em uma consulta da Rainha Elizabeth sobre a legitimidade da prisão do embaixador espanhol Mendoza, que havia preparado contra ela uma conspiração. Gentili responde em um parecer, depois transformado na obra "De Legationibus", onde sustentou que os embaixadores gozavam de imunidades. No "De Jure Belli" fez a distinção entre guerra pública e guerra privada, declarando que aquela é "a luta justa das armas públicas" ("Bellum est publicorum armorum justa contentio"). Só haveria guerra quando se tratasse de luta iniciada pelo príncipe; fora disto haveria banditismo. Em "Hispanicae Advocationis" defendeu o direito da Inglaterra de dar asilo aos espanhóis perseguidos pelos holandeses e não reconheceu a validade do direito de caça (invasão de território estrangeiro para prender alguém).

Gentili pregou a secularização do DI.

O seu nome permaneceu esquecido até 1874, quando Erskine Holland, de Oxford, na sua aula inaugural, escolheu como tema a vida e a obra de Alberico Gentili. Esta conferência caiu sob os olhos de Mancini, que fez uma comunicação à Universidade de Macerata, que resolveu erigir-lhe um monumento. Diversas organizações se constituíram para homenagear Gentili: na Holanda foi formado um comitê sob a presidência de Asser; na Itália um outro, sob a chefia de Mancini, e na Inglaterra um outro, presidido por Sir Robert Philimore. O inglês, com as doações recebidas, publicou o "De Jure Belli"; o italiano prestou-lhe inúmeras homenagens e o holandês, por ironia, acabou erigindo uma estátua em homenagem a Grotius.

55. *Francisco Suárez (1548-1617)* — Nasceu em Granada e era jesuíta. A sua obra "De Legibus ac Deo Legislatore" (1612) é acima de tudo obra de teólogo, só ocasionalmente tratando do DI. A sua influência foi enorme e, ao contrário de Vitória, a sua fama se estendeu pela Europa.

A sua concepção da sociedade internacional é semelhante à de Vitória. O DI surge como uma necessidade da sociedade internacional, que necessita de normas para regulá-la. Quanto à noção de guerra justa, mantém-se dentro da tradição escolástica de que ela necessita ter uma causa justa ("Opus de Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe et Charitate").³⁰

Observa que o "jus gentium" tem dois sentidos: *a*) é o que regula as relações entre os Estados e *b*) é o direito que "as diversas comunidades observam no seu regime interno". O verdadeiro "jus as gentium" é o primeiro, e o segundo recebeu esta denominação por razões de "semelhança e conveniência".

56. *Hugo Grotius (1585-1645)* — Nasceu em Delf, na Holanda, era um profundo humanista e foi: jurista, filósofo, teólogo, músico, astrónomo, poeta e historiador, deixando obras nestes diferentes setores.

No DI deixou-nos: "De Jure Praedae" (foi escrito em 1604 e 1605); "De Mare Liberum" (1609) e "De Jure Belli ac Pacis" (1625).

O "De Jure Praedae" trata, como diz o seu título, do direito de presa. Surgiu de uma consulta da diretoria da Companhia das Índias, que versava sobre a legitimidade do apresamento de um navio português, *Santa Catarina*, no estreito de Malaca. Os escrúpulos da Companhia se prendiam ao fato de que a Reforma, no seu puritanismo, considerava ímpio qualquer ato de hostilidade. Esta obra não foi impressa porque foi um parecer destinado a ter circulação interna na Companhia, em que Grotius defendeu a legalidade da presa. Os seus originais foram encontrados em um leilão na Holanda em 1864 e publicados pela primeira vez em 1868.

O "De Mare Liberum" é o capítulo XII da obra anterior, em que Grotius defende a liberdade dos mares. As razões que levaram Grotius a publicar esta obra são objeto de controvérsia entre os internacionalistas (v. cap.: Alto-mar). Sustentamos que ela visava a defesa dos direitos da Holanda no comércio do Oriente na paz de Antuérpia, então em negociação com a Espanha.

O "De Jure Belli ac Pacis" é o primeiro estudo sistemático de DI; todavia, é de se assinalar que Grotius nele inclui assuntos que para nós hoje fariam parte do DI Privado, da Filosofia do Direito, etc. Deu "início à moderna doutrina do DI" (Nussbaum). Nesta obra ele se mostra partidário do que atualmente denominaríamos de escola eclética, isto é, admite um direito natural e um direito voluntário, sendo que o segundo não poderia ter normas que estivessem em contradição com o primeiro.

Mario Bettati observa que Grotius sofreu influência dos teólogos no direito de guerra, o que é demonstrado pelas citações a Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. A grande preocupação de Grotius é com a guerra, sendo que a paz para ele é apenas a parte relativa aos tratados de paz, isto é, ao término da guerra.

57. *Ricardo Zouch (1590-1660)* — Foi o substituto de Gentili na Universidade de Oxford. Divulgou a obra de Grotius, corrigindo a divisão de "Guerra e Paz" para "Paz e Guerra", vez que a paz, sendo o estado normal, deveria anteceder a guerra. Segundo alguns autores, teria sido o autor da expressão "inter gentes" (v. cap. II), ao denominar a sua obra de "Juris et Judicii feccialis, sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio" (Exposição do Direito e Processo dos fecciais ou o Direito entre as Nações. [Gentes] e questões relativas ao mesmo). Deu valor à prática internacional.

58. *Samuel Pufendorf (1632-1694)* — Explicou a obra de Grotius na Universidade de Heidelberg. Pufendorf nega a existência do direito voluntário de Grotius, para só admitir o D. Natural. Não se pode considerar este autor como negador do DI, porque o seu D. Natural era "uma ordem legal imposta sobre os homens e pessoas por um poder mais alto" (Nussbaum). Os Estados não teriam nenhum poder acima deles, sendo soberanos, e entre eles e a lei natural nada existe. "Direito das gentes e direito natural são assim essencialmente idênticos" (Ruyssen).

Alfred Dufour o considera um “conciliador” ou “mediador” na medida em que tenta compatibilizar doutrinas opostas.

Antes de Pufendorf, a existência de um direito natural entre os Estados já fora sustentada por Hobbes.

As suas obras que interessam ao DI são: “Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo” (1660) e “De Jure naturae et gentium libri octo” (1672).

59. *Cornelio van Bynkershoek (1673-1743)* — É o iniciador da escola positivista no DI, abandonando a noção de direito natural de Grotius para admitir apenas o direito positivo. O grande mérito deste jurista holandês foi na fixação da largura do mar territorial (“De Dominio Maris Dissertatio”, 1703³¹), onde introduziu o aforismo “potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis”.

No “De foro legatorum” (1721) estudou os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos. Publicou ainda “Quaestionum juris publici libri duo” (1737).

60. *Christian Wolff (1676-1756)* — Natural de Breslau, foi discípulo de Leibniz. Fundamenta o DI no direito natural. As nações estariam unidas por um quase-contrato, existindo entre elas uma sociedade natural. Wolff faz uma distinção entre o direito das gentes necessário (é o direito natural aplicado às nações) e o direito das gentes positivo (é o que se origina na vontade das nações). Este último teria sido estabelecido pelo “fictício legislador da Civitas Maxima”. As suas obras foram: “Jus naturae methodo scientifica pertractatum” (1740-1748); “Jus Gentium methodo scientifica pertractatum” (1749) e “Institutiones juris naturae et gentium” (1758).

61. *Emer (Emerich) de Vattel (1714-1767)* — Nasceu em Neuchâtel, publicou a sua obra “Le Droit des Gens; ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains”, em 1758. No prefácio deste livro declara ser um discípulo de Wolff. Ruysen atribui o seu grande sucesso a ter sido o primeiro tratadista a escrever em francês. Um dos méritos de Vattel foi ter introduzido no DI a palavra neutralidade com todas as suas conseqüências. Admite a existência de um Direito Natural e de um Direito voluntário, conforme a distinção de Wolff. Os Estados vivem em estado de natureza onde se aplica a lei natural. Ao exagerar a soberania do Estado, quase que reduz a nada a interferência do Direito Natural na vida internacional.

62. *Georges-Frederic von Martens (1756-1821)* — Nasceu em Hamburgo e foi o autor do primeiro livro de casos do DI: “Causes célèbres du droit des gens moderne” (1800-1802). Publicou ainda: “Précis du droit des gens moderne de l’Europe” (1788) e uma série de outras obras sobre DI. Ele só admite o recurso ao direito natural quando o direito positivo não regular o assunto. Este “fundador” tem o grande mérito de ter introduzido o elemento histórico no DI: ele o estudou através de sua evolução histórica.

1. Barão S. Korff — Introduction à l’histoire du droit international, in RdC. 1923, t. I, págs. 5 e segs.; Thomas Alfred Walker — A History of the Law of Nations, 1899, vol. I; Coleman Phillipson — The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome, 2 vols., 1911; Arthur Nussbaum — Historia del Derecho Internacional. 1947; Paul Vinogradoff — Historical Types of International Law. in Biblioteca Visseriana, t. I, 1923, págs. 3 e segs.; Siu Tchoan-pao — Le Droit des Gens et la Chine Antique, t. I, 1926; Guido Padelletti e Pietro Cogliolo — Storia del Diritto Romano, 1886, págs. 67 e segs.; Guido Fusinato — Feciali, in Digesto Italiano, volume XI, parte primeira, 1927; G. Humbert — Amicitia, in Daremberg e Saglio — Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, vol. I, 1^a parte, 1877; idem — Foedus, in Daremberg e Saglio, cit., vol. II, 2^a parte, 1897; André Weiss — Fetiales, jus Fetiales, in Daremberg e Saglio, cit., t. II, 2^a parte, 1896; Biagio Brugi — Foedus, in Digesto Italiano, vol. VI, 2^a parte, 1926; E. Egger — Études Historiques sur les Traités Publics chez les Grecs et chez les Romains, 1866; Bruno Paradisi — Storia del Diritto Internazionale nel Medio Evo, vol. I, 1940; François L. Ganshof — Le Moyen Age, in Histoire des Relations Internationales, dirigida por Pierre Renouvin, 1953; Georg Stadtmüller — Historia del Derecho Internacional Público, parte I, 1961; Ernest Nys — Les Origines du Droit International, 1894; João Vicente Salgueiro Felisberto de Souza — La Organización Internacional en la Antigüedad, 1958; Gaston Zeller — Les Temps Moderns, in Histoire des Relations Internationales, dirigida por Pierre Renouvin, 2 vols, 1953-1955; Pierre Renouvin — Le XIX Siècle, in Histoire des Relations Internationales, cit., 2 vols., 1954-1955; V. Potiemkine — Histoire de la Diplomatie, 3 vols., 1946-1947; F. Laurent — Histoire du Droit des Gens, 18 vols., 1861-1970; André Fugier — La Révolution Française et l’Empire Napoléonien, 1954, in Histoire des Relations Internationales, cit.; Henry Wheaton — History of the Law of Nations, 1945; Robert Redslob — Histoire des Grands Principes du Droit des Gens, 1923; Pierre Renouvin — Les Crises du XX Siècle, in Histoire des Relations Internationales, cit., 2 vols., 1957-1958; C. A. Lazzaridès — De l’Évolution des Relations Internationales de l’Égypte Pharaonique, 1922; E. Chevalley — Essai sur le Droit des Gens Napoléonien, s/d; Pierangelo Catalano — Linee del Sistema Sovranazionale Romano, vol. I, 1965; Adda B. Bozeman — Politics and Culture in International History, 1960; Keishiro Iriye — The Principles of International Law in The Light of Confucian Doctrine. 1967, vol. I, t. 120, págs. 5 e segs.; Alejandro Herrero y Rubio — Derecho de Gentes (Introducción Histórica), 1976; Ahmad Hasnawi — L’Islam: la conquête, le pouvoir, in Histoire des Idéologies, sob a direção de François Chatelet, vol. I, 1978, págs. 310 e segs.; Alfred Vagts e Detley E Vagts — The Balance of Power in International Law; A History of an Idea, in AJIL, October, 1979, vol. 73, n^o 4, págs. 553 e segs.; Wolfgang Preiser — Early Systems of International Law in Middle and South America, in Law and State, vol. 18, 1978, págs. 72 e segs.; Jean-Louis Harouel, Jean Barbey, Eric Bournazel e Jacqueline Thibaut-Payen — Histoire des institutions de l’époque franque à la Révolution, 1987; Luiz Ivani de Amorim Araujo — História do Direito Internacional Público, 1988; John Eppstein, The Catholic Tradition of the Law of Nations, 1935; Lucien Bély — Les relations internationales en Europe XVII-XVIII siècles, 1992; Luis Weckman — El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional, 1993; Bruno Paradisi — Storia del Diritto

Internazionale nel Medio Evo, vol. I, 1948; Henri Legohérel — Histoire du Droit International Public, 1996; Antonio Truyol y Serra — Histoire du Droit International Public, 1995; Dictionnaire Encyclopedique du Moyen Age, sob a direção de André Vauchez, t.II, 1997, Histoire de la Pensée Politique Médiévale, sob a direção de James Henderson Burns.

1-A. Podemos acrescentar que alguns autores (W. Preiser) têm visto “sistemas primitivos de DI” na América Central e na América do Sul em povos pré-colombianos, apesar de reconhecer que não há um verdadeiro DI, porque os povos adotaram o sistema de conquistas e não existiam rivais poderosos. Mencionam a existência de “aliança” entre os astecas, era usada prática de emissários e negociações, bem como os ultimatos com um “formalismo estrito”. Havia conclusão de tratados e um comércio pacífico. Existem Estados soberanos entre os astecas no período da Tríplice Aliança, realizada em 1433, agrupando Tenochtitlan, Texcoco e Tlacopan, que se opunha à aliança de Tlaxcala e Huexcotzinco.

2. Este tratado, bem como inúmeros documentos da diplomacia oriental, foi encontrado nas ruínas de Tel-el-Amarna, antiga residência do faraó Amenophis IV, às margens do Nilo.

3. O iniciador destas confederações teria sido “Amphictyon”, neto de Prometeu. Os representantes dos membros destas confederações eram denominados “hieromnemons” e “juram não destruir as cidades participantes das anficionias, não privar de água as cidades sitiadas, a proteger os tesouros dos deuses e a interromper a luta para cultivar os deuses”.

4. Catalano considera que em Roma houve um sistema supranacional com tendência para uma sociedade universal e o conseqüente “superamento do DI”.

5. A palavra “pax” significa “pacto”, isto é, as relações pacíficas com Estados estrangeiros só eram possíveis com base em uma convenção (Padelletti e Cogliolo). Outros autores (Catalano) consideram a existência de relações de Roma com outros povos ou estrangeiros individualmente, independente da existência de tratados ou de “comunidade étnica”.

6. Na verdade, os autores não conseguem chegar a um acordo sobre o significado do “jus gentium”. Mommsen declara que o “jus gentium” só regula as “relações do comércio privado” e que tirara grande parte das suas normas do direito civil. P. Willems considera que ele abrange o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Troisfontaines lhe reconhece o aspecto de um direito civil internacional.

7. Alguns autores (André Weiss e Joachim von Elbe) consideram que os feiciais analisavam a justiça intrínseca da guerra. A noção de guerra justa como fora introduzida pela filosofia cristã medieval já teria existido em Roma. Outros (Laurent) assinalam que os feiciais não faziam uma análise da justiça intrínseca de guerra.

7-A.-O “The Oxford Classical Dictionary” (1970) afirma que para a conclusão de tratados iam apenas dois feiciais o “verbenarius” e o “pater patratus”.

8. A “verbena” era um tufo de erva sagrada arrancada com a terra e raízes do solo do Capitólio. A terra simbolizava o Estado romano. O feicial que a recebia era o “verbenarius”.

9. Weiss afirma que a palavra “pater” demonstrava veneração e que ela já era utilizada para os membros do Senado. O qualificativo “patratus” era quase sinônimo de “sanctus”.

10. O prazo de 30 dias é o que figura em Padelletti-Cogliolo e Tito Lívio. Outros, como Potiemkin, falam em 33 dias, e Miaja de la Muela, como que conciliando as duas tendências, declara que o prazo seria de 30 a 33 dias.

11. Mommsen assinala que Roma nunca entregou exclusivamente aos colégios sacerdotais funções políticas importantes. Theodor Mommsen (Histoire Romaine, 2 vols., 1985) diz que se o território de Roma é invadido e o invasor se recusa a uma reparação, os feiciais clamam aos deuses para testemunharem a injúria, e a invocação termina com as seguintes palavras: “É ao Conselho de Anciãos que agora cabe velar pelo nosso direito.” O rei, após ouvir o parecer do Conselho, apresenta um relatório ao povo: “se o povo e o Senado estão de acordo... a guerra é justa e terá os favores dos deuses”.

12. Eles intervinham ainda na “indutiae” (trégua, armistício), que quando era concluída por poucos dias era da competência do general e quando se estendia por anos, a competência era do Senado. Para ser reiniciada a guerra era necessária uma nova “clarigatio”.

13. Eles eram em número ímpar, geralmente três. Eram estabelecidos por tratados e julgavam os litígios entre estrangeiros e romanos sobre “interesses privados” definidos nos tratados. A origem do seu nome está no fato de eles também julgarem as restituições a serem feitas entre as cidades após as guerras. Eles davam a sentença em 10 dias. Entretanto, quando Roma passou a dar direitos aos estrangeiros independentemente de tratado que era onde a “recuperatio” era criada, surgiu a necessidade de criar uma nova jurisdição, aparecendo assim o pretor peregrino (séc. VI a.C.) (A. Weiss — Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé, t. II, 1908, págs. 24 e segs.; t. V, 1913, págs. 10 e segs.).

14. Eram os feiciais que entregavam à nação estrangeira o romano que violasse um tratado.

15. A excomunhão de um príncipe desobrigava os seus súditos de cumprir as suas ordens. Uma outra arma que será aperfeiçoada pela Igreja era o interdito sobre uma cidade ou reino que proibia “a vida sacramental e litúrgica”. Não se rezava missa, não se fazia batismo e casamento, nem se dava extrema-unção. Não se faziam contratos, porque os atos do notário eram feitos “in Nomine Domini”. A vida econômica e comercial ficava paralisada. A excomunhão e o interdito visam a que “a podridão” não venha a se propagar (Georges Duby — O Ano Mil, 1980).

16. Alfredo, rei da Inglaterra, no século IX, ao concluir a paz com os dinamarqueses, impõe que a viúva e o órfão sejam respeitados, bem como que haja uma trégua no dia do Senhor. Neste episódio estão as raízes da Paz de Deus e da Trégua de Deus. Estes dois institutos procuravam eliminar as guerras privadas, que enfraqueciam a cristandade e tinham a desaprovação da Igreja. Poly e Bournazel defendem que a palavra trégua vem “da língua vulgar de origem germânica”. Ela era originariamente um juramento que suspendia por certo prazo “as hostilidades da vingança”.

17. Esta decisão, tomada em 1027, se aplicava inicialmente apenas ao condado do Roussillon, para depois se espalhar pelas regiões vizinhas.

18. Alguns autores (Stadmüller) negam que o Islame tenha conhecido a existência de um DI; todavia, uma outra corrente, que nos parece a mais acertada (Nys e Truyol y Serra), admite que ele o tenha conhecido. A guerra para o Islame era um verdadeiro “ato de devoção”, uma vez que a ele competia lutar contra os infieis (tese semelhante se desenvolveu na Cristandade). A guerra contra os infieis

era a guerra justa. Proibiam-se assim as guerras intertribais. A declaração de guerra devia ser precedida de um convite à conversão. A guerra contra os pagãos era total, a não ser que se convertessem ao Islame. A guerra contra os cristãos e judeus poderia ser evitada pela conversão ou pelo pagamento de uma taxa. Os árabes possuíam quatro meses que eram sagrados e em que eles não podiam guerrear: 11º, 12º, 1º e 7º. A sua finalidade era evitar o "esgotamento dos exércitos". Os seus autores defenderam a humanização da guerra. Truyol y Serra afirma que no interior do Islame se teriam desenvolvido relações internacionais, provocando o aparecimento de um "direito... islâmico semelhante ao da cristandade romano-ocidental".

19. Não participaram da Paz de Vestefália: a Rússia, a Polónia e a Inglaterra, mas foram incluídas como aliadas. Para maior precisão é de se acrescentar que as negociações em Munster começaram em 1644 e, em Osnabruck, em 1645.

20. É de se assinalar que a efetividade do bloqueio fora um dos princípios das Ligas de Neutralidade Armada de 1780 e 1800; todavia, a Inglaterra não aceitara esta condição de validade do bloqueio. A reação contra os denominados "bloqueios de Gabinete" só se deu após as guerras napoleônicas. Daí talvez não se poder afirmar que Napoleão, ao decretar o bloqueio da Inglaterra, tenha violado norma internacional.

21. A classificação foi a seguinte: 1ª categoria — embaixadores, legados ou núncios; 2ª categoria — enviados e outros ministros acreditados junto aos chefes de Estado; 3ª categoria — encarregados de negócios acreditados junto aos ministros das Relações Exteriores. Era 1818, no Congresso de Aquisgrana (Aix-la-Chapelle) foi incluída a categoria de ministros residentes entre a 2ª e a 3ª.

22. Aderiram a ela os reis da: Suécia, Dinamarca, Países-Baixos, Espanha, Sardenha, Duas Sicílias, Baviera, Vurtembergue, Saxe e França.

23. Esta Quádrupla Aliança já existia desde o Tratado de Chaumont (1º de março de 1814). Visava a criação de um "Diretório europeu" que procurava estabelecer a paz no continente.

24. Na verdade nos congressos futuros, quando eles foram convocados, eram colocados diante de fatos consumados.

25. É de se assinalar que os historiadores ora mencionam estes congressos como sendo realizações da Santa Aliança, ora como sendo da Quíntupla Aliança. A nosso ver, eles são da Pentarquia, uma vez que a Inglaterra deles participava. A Inglaterra não entrara para a Santa Aliança por motivos políticos. Todavia, se a Pentarquia estava reunida, a Santa Aliança também se encontrava reunida, isto é, os seus membros originários (Rússia, Prússia e Áustria). No fim do, o "concerto europeu" visava a manutenção do *status quo* europeu, abafando os movimentos revolucionários de caráter liberal. Maurice Bourquin declara com muita razão que a Santa Aliança pode ser tomada em dois sentidos, um estrito e outro lato: o primeiro é o que abrange o tratado de 26 de setembro de 1815 e o lato é o que se refere também ao tratado de Chaumont de 20 de novembro de 1815. É de se assinalar que os tratados que instituíram a Quádrupla Aliança não possuíam cláusula de adesão.

25-A. Colonialismo é a "prática de ocupação pela força ou meios pacíficos de território que se acha relativamente subdesenvolvido com o fim de nele estabelecer elementos do Estado ocupante e empregar o território principalmente para vantagens econômicas". No colonialismo há sempre uma política de povoamento. A

colônia em geral é despovoada ou habitada por uma raça diferente. A colônia é sempre inferior. No imperialismo é criada uma relação de dependência, mas alguns membros podem ter *status* de quase igualdade com a potência imperial. por exemplo, o Canadá, no século XIX, em relação à Grã-Bretanha (Geoffrey K. Roberts — Dicionário de Análise Política, 1972). Podemos citar: David K. Fieldhouse — Economia e Imperio. La Expansión de Europa (1830-1914), 1978; Wolfgang J. Mommsen — La Época del Imperialismo, 1978; Theotonio dos Santos — Imperialismo y dependencia, 1980; Michael Barratt Brown — Después del imperialismo, 1976; V. I. Lenine — O Imperialismo. Fase Superior do Capitalismo, in Obras Escolhidas, vol. 1, 1979. págs. 575 e segs.; José Acosta Sánchez — Imperialismo y Pensamiento Burgues, 1977; Samir Amin — A Crise do Imperialismo, 1977; James Petras — Imperialismo e Classes Sociais no Terceiro Mundo, 1980; Harry Magdoff — A Era do Imperialismo, 1972; Harry Magdoff — Imperialismo da Era Colonial ao Presente, 1979; René Sedillot — Histoire des Colonisations, 1958; Kwama N'Krumah — Neocolonialismo, 1967; Jacques Arnault — Historia del Colonialismo, 1960; Alberto Memmi — Retrato do Colonizado precedido pelo retrato do Colonizador, 1967; J. A. Schumpeter — Imperialismo e Classes Sociais, 1961; Robert Strausz — Hupé e Harry W. Haard — The Idea of Colonialism, 1958; Jean-Louis Miège — Expansion Européenne et Décolonisation de 1870 a nos jours, 1973; John Strachey — La Fin de l'Imperialisme, 1961; V. la. Avarin — Descomposición del Sistema Colonial, 1959; Karl Marx e Friedrich Engels — Sobre el Colonialismo, 1973; J. A. Hobson — Imperialismo, 1948; Yann Fitt e outros — La crise de l'imperialisme et la troisième guerre mondiale, 1976; George Lichtheim — El imperialismo, 1972, Philippe Braillrad e Pierre de Senarclens — L'Impérialisme, 1980; Fritz Sternberg — El Imperialismo, 1979; Edward W. Said — Culture and Imperialism, 1993; Henri Grimal — La Décolonisation, 1984; Marc Ferro — História das Colonizações, 1996; Lawrence James — The Rise and Fall of the British Empire, 1996; Guy Pervillé — De L'empire française à la décolonisation, 1993; Charles Zorgbihe — L'Impérialisme, 1996; Bernard Droz — Les décolonisations, 1996; The Cambridge Illustrated History of the British Empire, 1996; John Keay — Empire's End, 1997; H.L. Wesseling — Dividir para Dominar. A Partilha da África, 1880-1914, 1998.

25-B. Podemos recordar que Vitória já defendia que a guerra colonial era uma guerra justa, porque os "selvagens" violavam o direito natural ao se oporem à penetração europeia que visava desenvolver o comércio e propagar a fé cristã.

26. Na Conferência de 1899 entre os países da América Latina somente o México comparecera.

27. Théodore Ruyssen — Les Sources doctrinales de l'internationalisme, 3 vols., 1954-1961; A. de La Pradelle — Maîtres et Doctrines du Droit des Gens, 1950; Les Fondateurs du Droit International, introdução de A. Pillet, 1904; J. Brown Scott — The Catholic Conception of International Law — Victoria and Suárez, 1934; Silvino Gurgel do Amaral — Ensaio sobre a vida e obras de Hugo de Grot, 1903; Camilo Barcia Trelles — Francisco Suárez — Les théologiens espagnols du XVI siècle et l'école moderne du Droit International, in RdC, 1933, vol. I, t. 43, págs. 389 e segs.; idem — Francisco de Vitoria en L'École Moderne du Droit International, in RdC, 1927, vol. II, t. 17, págs. 113 e segs.; Luis G. Alonso Getino — El Maestro Fr. Francisco de Vitoria, 1930; a coleção da Carnegie Foundation, intitulada "Classics of International Law", tem ótimos estudos de grandes internacio-

nalistas como introduções às obras reproduzidas e traduzidas: James Brown Scott (Vitória, Suárez, Bynkershoek e Grotius); Ernest Nys (Gentili); Coleman Phillipson (Gentili); George Finch (Grotius); Thomas Erskine Holland (Zouch); Walter Simons (Pufendorf); Hans Welberg (Pufendorf); J. de Louter (Bynkershoek); Albert de Lapradelle (Vattel); Otfried Nippold (Wolff); W. van der Vlugt — L'oeuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international, in RdC, 1925, vol. II, t. 7, págs. 399 e segs.; J. B. Scott — The Spanish Origin of International Law — Francisco de Vitória and his Law of Nations, Part I, 1934; Francisco Suárez S. I. — Tratado de las Leyes y de Dios Legislador, 6 vols., 1967-1968; Francisco de Vitória — Relectio de Indis, com estudos de introdução de V. Beltran de Heredia, R. Agostinho Iannarone, T. Urdanoz, A. Truyol e L. Pereña, 1967; Luis García Arias — Fray Francisco de Vitoria: rasgos personales y doctrinales, in Luis García Arias — Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes, 1972, vol. II, págs. 517 e segs.; Mario Bettati — Grotius — Droit de la guerre et de la paix, in F. Chatelet, O. Duhamel e E. Pisier — Dictionnaire des Oeuvres Politiques, 1986, págs. 289 e segs.; Horatia Muir Watt — Droit naturel et souveraineté de l'Etat dans la doctrine de Vattel, in Archives de Philosophie du Droit, t. 32, 1987, págs. 71 e segs.; Hugo Grotius and International Relations, coordenado por Hedley Bull, Benedict Kingsbury e Adam Roberts, 1992; Simone Goyard-Fabre — Pufendorf et le Droit Naturel, 1994; Simone Goyard-Fabre — La Construction de la Paix ou le Travail de Sisyphe, 1994; Hans Welzel — La Dottrina Giusnaturalista di Samuel Pufendorf, 1993.

28. A "relectio" era uma aula extraordinária dada em período de férias, em dia que não fosse domingo ou feriado, e era publicada.

29. La Pradelle declara que a "relectio" "De Indis" e "De Jure Belli" formam uma só "relectio", a de nº 4. Alguns autores as consideram independentes.

30. Tratou da guerra na parte referente à Caridade, que tem um "livro" dedicado à guerra ("De Bello").

31. A grande maioria dos autores fornece a data de 1702, todavia Luis García Arias, em uma nota na obra de Nussbaum, sustenta que a dedicatória da obra é de 1702, mas que ela só teria sido editada em 1703, conforme se vê na edição "Princeps".

Adendo:

Reproduzimos um juramento da Paz de Deus estabelecido pelo bispo de Beauvais, em Guerin, 1023-1025, que figura na obra de G. Duby cit. acima:

"Não invadirei por forma alguma uma igreja. Em razão da sua salvaguarda também não invadirei as adegas que estão nos termos de uma igreja, salvo no caso de um malfeitor ter infringido esta paz, ou em virtude de um homicídio, ou da captura de um homem ou de um cavalo. Mas se por estes motivos eu invado as ditas adegas, não trarei nada a não ser o malfeitor ou o seu equipamento, com perfeito conhecimento.

Não atacarei o clérigo ou o monge se não trazem as armas do mundo, nem aquele que caminha com eles sem lança nem escudo; não tomarei o seu cavalo, salvo em caso de flagrante delito que me autorize a fazê-lo, ou a não ser que tenham recusado reparar a sua falta num prazo de quinze dias depois do meu aviso.

Não tomarei o boi, a vaca, o porco, o carneiro, o cordeiro, a cabra, o burro, o feixe que traga, a égua e o seu potro não adestrado. Não agarrarei o camponês

nem a camponesa, os sargentos ou mercadores, não ficarei com os seus dinheiros; não os obrigarei a resgate; não os arruinarei, tomando-lhes os seus haveres sob o pretexto da guerra do seu senhor, e não os chicotearéi para lhes retirar a sua substância.

O macho ou a mula, o cavalo ou a égua e o potro, que estão na pastagem, não despojarei ninguém deles, desde as calendas de março até o dia de Todos os Santos, salvo se os encontros a causarem-me danos.

Não incendiarei nem destruirei as casas, a não ser que aí encontre um cavaleiro, meu inimigo, ou um ladrão; a menos também que estejam adjuntas a um castelo que seja mesmo um castelo.

Não cortarei, nem arrancarei, nem vindimarei as vinhas de outrem, sob o pretexto da guerra, a não ser que estejam sobre terra que é e deve ser minha. Não destruirei os moinhos e não roubarei o trigo que aí se encontre, salvo quando estiver em cavalgada ou em expedição militar pública, e se for sobre a minha própria terra.

Não concederei nem apoio, nem proteção, ao ladrão público e provado, nem a ele nem ao seu empreendimento de banditismo, com perfeito conhecimento meu. Quanto ao homem que conscientemente infringir esta paz, deixarei de proteger desde que o saiba: e se agiu inconscientemente e que venha a recorrer à minha proteção ou bem, farei uma reparação por ele, ou bem o obrigarei a fazê-la no prazo de quinze dias, depois do que estarei autorizado a pedir-lhe contas ou retirar-lhe-ei a minha proteção.

Não atacarei o mercador nem o peregrino e não os despojarei, salvo se cometerem uma má ação. Não matarei o gado dos camponeses, a não ser para minha alimentação e da minha escolta.

Não capturarei o camponês e não lhe retirarei a sua subsistência por instigação perversa do seu senhor.

Não atacarei as mulheres nobres, nem os que circularão com elas, na ausência do seu marido, a não ser que os encontre cometendo alguma má ação contra mim com o seu movimento; observarei a mesma atitude para com as viúvas e as monjas.

Também não despojarei aqueles que transportam o vinho em carroças, e não ficarei com os seus bois. Não prenderei os caçadores, os seus cavalos e cães, exceto no caso de me serem nocivos, a mim ou a todos aqueles que tomaram o mesmo compromisso e o observam para comigo.

Excluo as terras que são do meu alódio e do meu feudo, ou que me pertençam imunes, ou que estão sob a minha proteção, ou que me dizem respeito. Excetuo ainda os casos em que construirei ou cercarei um castelo, os casos em que estarei no exército do rei e dos nossos bispos ou na cavalgada. Mas mesmo então, apenas exigirei o que for necessário para minha subsistência e não trarei para minha casa nada mais do que os ferros dos meus cavalos. No exército, não violarei a imunidade das igrejas, a não ser que elas me interditem a compra e o transporte de víveres.

Desde o começo da Quaresma até a Páscoa não atacarei o cavaleiro que não use as armas do mundo e não lhe retirarei a subsistência que tiver consigo. Se um camponês faz mal a um outro camponês ou a um cavaleiro, esperarei quinze dias; depois do que, se não fizer reparação, desprender-me-ei dele, mas só tomarei de seus haveres o que está legalmente fixado."

CAPÍTULO VII

**UNIVERSALIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS.
O DIREITO INTERNACIONAL AMERICANO,
SOCIALISTA E AFRICANO¹**

63 — DI Universal e DI Particular; 64 — Causas sociais e políticas do DI Americano; 65 — Origens do DI Americano; 66 — Princípios do DI Americano; 67 — Conclusão: definição do DI Americano; 68 — DI Socialista; 69 — DI Africano; 69A — O continente asiático.

63. O Direito Internacional Público, conforme o âmbito de aplicação de suas normas, pode ser dividido em: Universal e Particular. O Universal é formado por normas que são aplicadas em toda a sociedade internacional, enquanto que o Particular é o direito aplicado a determinada região desta mesma sociedade.

O DI Universal é formado essencialmente por normas consuetudinárias, uma vez que o costume internacional, quando é geral, é obrigatório para todos os Estados, mesmo que não seja aceito por eles. O direito convencional não é universal, uma vez que não existem tratados concluídos entre todos os membros da sociedade internacional e em virtude do princípio "pacta tertiis nec nocent nec prosunt".²

O DI Particular, ao contrário, é normalmente de origem convencional, nada impedindo, todavia, que se formem costumes regionais.

O regionalismo ressurgiu no final da década de 80, sendo difícil separar o econômico do político. Pode-se definir com Joseph Nye como a "um número limitado de estados unidos por uma relação geográfica e por um grau de interdependência mútua". Na 2ª Guerra Mundial a palavra regionalismo não tinha entrado na Política Internacional. A descentralização após a Guerra Fria estimulava o regionalismo. Há uma tendência ao regionalismo na África e na América. A entrada do Leste Europeu na OTAN e o protesto da Rússia mostraram que o regionalismo pode criar problemas.

Para Gaddis com a quebra da bipolaridade os conflitos ficaram mais perigosos. Também pode existir luta para se obter uma hegemonia no regionalismo. A regionalização nem sempre coincide com as fronteiras dos estados.

A possibilidade da existência de um direito internacional particular quase que não é mais negada atualmente. O DI Particular existe em virtude de as normas internacionais imperativas serem muito poucas e ainda de as normas internacionais serem, de um modo geral, um simples "invólucro" sem um conteúdo bem determinado. Deste modo, nada impede que alguns Estados se utilizem de normas próprias para regerem as suas relações. Todavia, isto não significa que eles possam violar as normas imperativas de aspecto universal. Possuem, entretanto, tais Estados, como vimos ao fixar as características das normas internacionais, limites bastante amplos para a fixação de suas normas próprias. Admitir a existência de um DI Particular não é negar a unidade do DI Geral, uma vez que o particular só se manifesta nos limites fixados pelo geral. Existe entre os dois uma relação de subordinação.³ Entre dois Estados latino-americanos as normas do asilo diplomático são aplicáveis em virtude do princípio de que as normas especiais derogam as gerais. Este instituto, entretanto, não é oponível a um Estado não-americano.

O que sustentamos é que há normas internacionais particulares dentro da sociedade internacional universal, mas que pressupõem a existência desta última e só são aplicáveis nos limites fixados pelas normas internacionais gerais.

A existência de um direito internacional particular, no caso o americano, já foi admitida na própria jurisprudência internacional pela CIJ no "Caso de Asilo" entre a Colômbia e o Peru.

A própria prática internacional também consagra a existência de um DI Americano, assim o considerando nº 5 da Ata de Chapultepec afirma: "que os Estados americanos vêm incorporando a seu DI..."

Na verdade, encontramos nos mais diversos ramos da ciência jurídica uma tendência para a particularização, uma vez que o direito, sendo o resultado de forças sociais, deverá apresentar peculiaridades, quando estas mesmas forças apresentam diferenças. A particularização no direito visa um melhor atendimento das "relações sociais particulares" daquela região. Nesta mesma ordem de raciocínio é que são admitidos os organismos regionais, como a OEA, dentro do quadro da ONU.

Deste modo, as mais diferentes escolas, o normativismo jurídico, o jusnaturalismo e o sociologismo têm admitido a possibilidade da existência de um DI Particular.

Não se pode negar a existência do Direito da União Européia como um direito particular ou regional. Já se fala até mesmo em um D. Constitucional Comum Europeu (Peter Haberle) formado, por exemplo, pela Jurisprudência da CJCE (Peter Haberle — Derecho Constitucional Comum

Europeo. "in" *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, coordenado por Antonio-Enrique Pérez Luño, 1996, págs. 187 e segs.).

64. Da tendência à particularização acima descrita surgiu o DI Americano. O nosso continente, possuindo características próprias, sentiu necessidade de desenvolver determinados institutos de DI para reger as relações entre os Estados que o compõem. A América possui inúmeras diferenças em relação ao continente europeu: a) nós não conhecemos a política da balança do poder; b) temos um sistema constitucional próprio: presidencialismo e federalismo, que influenciaram o resto do mundo; c) o meio social é diferente, havendo uma miscigenação de diferentes raças que criou uma psicologia própria; d) somos países de imigração; e) as instituições políticas ainda não estão sedimentadas, acarretando constantes revoluções e golpes de Estado na ordem interna. Esta instabilidade política tem sido considerada uma decorrência de as sociedades latino-americanas serem sociedades em vias de modernização; g) a grande maioria dos nossos países faz parte do "Terceiro Mundo", etc.

Estes diferentes fatores fizeram, como veremos adiante, que diversas normas internacionais aparecessem para satisfazer as necessidades sociais, políticas e econômicas da América.

O regionalismo foi estimulado devido à crise de segurança coletiva. A guerra-fria conduziu à formação de alianças regionais. Jean-Claude Gauthron observa que no tocante à elaboração de normas internacionais o regionalismo podia conduzir a inovações. Para a solução dos litígios o regionalismo criou procedimentos não jurisdicionais e nada contribuindo no tocante aos modos judiciais.

Acreditamos que o denominado direito comunitário já pode ser considerado um direito regional na Europa Ocidental (v. sobre as suas características capítulo Organizações regionais).

65. As origens do DI Americano podem ser traçadas até o período colonial quando foi introduzido no Tratado de Madri (1750) o princípio do "uti possidetis" como regulador das fronteiras espanholas e portuguesas na América do Sul. Em 1826, no Congresso do Panamá, reunido sob a inspiração de Bolívar, foi concluído um tratado institutivo de uma confederação entre os povos da América, o que já demonstra a solidariedade continental naquela época, apesar de a confederação não se ter tornado realidade.⁴ Poderíamos mencionar ainda a Doutrina de Monroe (1823), resguardando a América de novas colonizações.

Na doutrina, entretanto, a primeira manifestação⁵ em favor da existência de um DI Americano ocorreu em 1883, em um artigo de Amancio Alcorta,⁶ publicado na *Nueva Revista* de Buenos Aires, em que criticava o seu conterrâneo Carlos Calvo por não ter feito referência no seu Tratado ao DI Americano, nem levado em consideração as situações próprias do nosso continente. Calvo contestou, alegando que "situações" não eram

“princípios” e que o DI era formado de “princípios”. Sustentou ainda que nenhum país havia invocado situações especiais até aquele momento, bem como que o DI era universal. Alcorta replicou sustentando “a necessidade de soluções jurídicas especiais contrárias às desenvolvidas na Europa” (Moreno Quintana).

Em 1905, no III Congresso Científico Latino-americano realizado no Rio de Janeiro, o representante do Chile, Alexandre Álvarez, apresentou o seguinte trabalho: “Origem e desenvolvimento do DI Americano.” Este congresso decidiu que “reconhece um Direito Internacional Americano, isto é, um conjunto de regras e de leis especiais, que os Estados latino-americanos observam ou devem observar nas suas relações entre eles ou com os outros Estados da Europa ou da América”.

Em 1908, no I Congresso Científico Pan-americano⁷ realizado no Chile, Alexandre Álvarez retomou à tese que sustentara no citado congresso, tendo aí encontrado a oposição de Sá Vianna, que negou a possibilidade de um DI Americano. Este congresso chegou a uma conclusão diversa da do anterior ao afirmar: “Existem neste continente problemas ‘sui generis’ e de caráter claramente americano: os Estados deste hemisfério regularam, por meio de acordos mais ou menos generalizados, matérias que só interessam a estes Estados, ou que, sendo de interesse universal, não foram suscetíveis de um acordo mundial, incorporando assim ao Direito Internacional princípios de origem americana. Este conjunto de matérias constitui o que se pode denominar — situações e problemas americanos, no Direito Internacional.”

Em 1910, Alexandre Álvarez publicou a sua obra “Le Droit International Américain”, onde sustentou, fundamentado na História Diplomática do nosso continente, a existência deste direito, salientando que aqui se desenvolveram princípios que na Europa ainda eram incipientes, bem como que aqui surgiram novos problemas internacionais que a Europa desconhecia. “Enfim, os Estados da América têm, sobre certas matérias, doutrinas e práticas diferentes dos países da Europa.”

Sá Vianna, em 1912, publicou o seu livro “De la non existence d’un Droit International Américain”,⁸ em que defendeu, como se vê pelo título, tese oposta à de Álvarez. Sá Vianna, baseado em Chauveau e em Jitta, se manifesta contrário ao “particularismo” e em favor do “cosmopolitismo” e qualifica a idéia de “falsa, retrógrada, ridícula, mesquinha, fútil e insustentável”. Em seguida, procura demonstrar que os institutos que Álvarez colocara no DI Americano, por exemplo a arbitragem, já existiam como consagrados na Europa.

Na verdade, temos de repetir a observação de Fauchille de que Sá Vianna não compreendia a tese de Álvarez, ao pensar que este pretendia criar um DI Americano diferente do DI Geral. Paul Fauchille assinala com razão que Álvarez, ao dar relevância às soluções americanas, ele “deu ao DI seu complemento indispensável”. Álvarez jamais pensara, ao falar, por

exemplo, em arbitragem, que ela fosse desconhecida do mundo europeu. O que ele pretendia era chamar a atenção para o fato de ela ser obrigatória no nosso continente, enquanto na Europa era facultativa. Ele pretendia ressaltar soluções americanas e o desenvolvimento de princípios internacionais no nosso continente.⁹ A tese de Álvarez foi a vencedora e adotada logo por eminentes internacionalistas europeus, como Fauchille, Strupp, Catellani, Liszt, etc.

Nos dias de hoje são poucos os internacionalistas que negam a existência de um DI Americano e representam uma verdadeira exceção dentro do DI Moderno.¹⁰

66. O continente americano, em virtude dos fatores apresentados, desenvolveu inúmeros institutos e foi o berço de múltiplas doutrinas do DI.¹¹ É preciso assinalar que o DI Americano desenvolveu-se acima de tudo nas conferências internacionais americanas.

Em virtude das constantes revoluções na América Latina, os países que a compõem desenvolveram o asilo diplomático, que visa proteger o criminoso político. As Doutrinas Tobar e Wilson, e mais recentemente a Betancourt, proibindo o reconhecimento de governo surgido com a quebra dos quadros constitucionais, visam diminuir os movimentos revolucionários. O reconhecimento como insurgentes foi largamente aplicado.

A situação dos países latino-americanos entre os que formam o “Terceiro Mundo”, enfim a sua posição de países fracos no campo internacional, fez com que fôssemos ardorosos defensores do princípio de não-intervenção e elaborássemos neste sentido a Tese Drago, que proibia o recurso à força para a cobrança de dívidas. O receio à intervenção é tão grande que a Doutrina Estrada declarava que o reconhecimento de governo era uma forma de intervenção e que por este motivo o México não mais efetuaria reconhecimento de governo.

A América, sendo região de imigração, fez com que adotássemos o “jus soli” como sistema atributivo de nacionalidade originária, como meio de assimilar e integrar o estrangeiro na comunidade nacional. E ainda adotamos a igualdade entre nacionais e estrangeiros.

A irresponsabilidade do Estado por danos causados a particulares por movimentos revolucionários, tese defendida pelos latino-americanos, decorre de dois fatores já mencionados: a) a não sedimentação das nossas instituições políticas, ocasionando constantes revoluções; b) sermos países de imigração, o que significa dizer que temos inúmeros estrangeiros no nosso território.¹² Se não adotássemos esta tese, teríamos que pagar constantemente inúmeras indenizações.

As nossas fronteiras foram regulamentadas com base no princípio do “uti possidetis”, levado para o Tratado de Madri por Alexandre de Gusmão.

A América tem defendido uma igualdade jurídica entre os Estados em um sentido mais amplo do que qualquer outra parte do mundo. A América não conheceu a distinção entre grandes e pequenas potências. Deste modo,

a OEA não tem o veto como ocorre na ONU. O órgão responsável pela segurança coletiva no continente americano é a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, onde estão representados todos os Estados da OEA, enquanto que na ONU é o Conselho de Segurança, onde estão representados apenas alguns Estados.

Os Estados americanos por diversas vezes manifestaram o não reconhecimento da conquista como modo de aquisição territorial. No nosso continente sempre consagramos a solução pacífica dos litígios internacionais.

O desejo de nos mantermos longe dos conflitos europeus levou-nos a proclamar, em 1939, uma zona de 300 milhas de neutralidade marítima.

Finalmente, podemos assinalar que em virtude da nossa solidariedade,¹³ ocasionada por uma origem comum de colônias que lutaram por sua independência, bem como em virtude de uma cultura bastante semelhante, a codificação do DI foi realizada aqui com uma grande amplitude.

Fenwick apresenta como princípios gerais do Direito Interamericano e consagrados em inúmeros tratados do nosso continente os seguintes: respeito mútuo pela soberania e independência; igualdade dos Estados; não-intervenção; o DI como norma de conduta; a observância de tratados; repúdio do uso da força; solução pacífica dos litígios internacionais; defesa mútua; cooperação econômica, social e cultural; reconhecimento dos direitos fundamentais do homem.

67. A definição de DI Americano¹⁴ citada por Accioly é a de Álvarez, que diz: "o conjunto de instituições, de princípios, de regras, de doutrinas, de convenções, de costumes e práticas que, no domínio das relações internacionais, são próprios às repúblicas do Novo Mundo". Este tipo de definição tem sido criticado pelos doutrinadores (Juan Carlos Puig), que alegam ser ela de um "sistema internacional americano" e não de um DI Americano, uma vez que esta definição fala em elementos que não são normativos, como doutrinas e práticas. O Direito compreenderia apenas princípios normativos. Nós, todavia, preferimos falar em um DI Americano em sentido lato e em sentido estrito. O DI Americano, em sentido estrito, isto é, abrangendo apenas princípios normativos, pode ser definido como o conjunto de normas convencionais e costumeiras desenvolvidas no continente americano e aí aplicadas nas relações internacionais.

A nossa posição atual é que não existe realmente em DI Americano mas apenas uns poucos institutos (asilo diplomático e "uti possidetis") comuns exclusivamente à América Latina. J. Touscoz escreve "direito latino-americano" em lugar de "direito internacional americano".

68. É de se assinalar que em certo período foi mencionada a existência de um outro DI Particular: o DI Socialista.

A base deste direito está em uma série de doutrinas sustentadas pelos internacionalistas soviéticos, que prevêem o desaparecimento do DI como nós o entendemos, por considerarem que o Estado tende a desaparecer.

Todavia, criaram um DI transitório até que desapareça o denominado "capitalismo" das demais potências. Estes doutrinadores (Korovine) defendem de um modo geral a soberania estatal,¹⁵ o voluntarismo jurídico, a negativa de que o homem seja sujeito de DI, etc.¹⁶ A tese de Korovine de um DI do período de transição foi criticada na URSS e abandonada por seu próprio autor. A recente doutrina soviética admite a existência de um direito internacional geral. Por outro lado, o XX Congresso do Partido Comunista da URSS (1956) sustentou que a luta ideológica não impedia a cooperação entre o sistema comunista e o sistema capitalista. Defendeu assim Kruchev neste congresso que a coexistência pacífica repousava no fato de que as guerras são evitáveis entre países com sistemas econômicos e sociais diferentes, bem como que as revoluções violentas não são necessárias para a vitória do socialismo.

Os autores soviéticos mais antigos como Korovine sustentavam que havia um antagonismo inconciliável entre o DI Socialista e o DI Capitalista. Podemos resumir a posição da URSS em relação ao Direito Internacional como a seguinte: a) nos anos 20 Korovine sustentava que o aparecimento do Estado soviético tinha dado nova vida ao Direito Internacional. O Direito Internacional no período de transição serviria de "ponte" entre o mundo capitalista e o socialista (Remiro Brotons); b) a partir de 1931 Pashukanis sustenta que o Direito Internacional vai desaparecer com o estabelecimento da sociedade comunista no mundo e que a URSS deve utilizá-lo na medida de seu interesse; c) a partir de 1937 Vychinski declara que o direito do período de transição não era burguês porque a URSS tinha um papel renovador. O Direito Internacional não era um instrumento político. O Direito Internacional se consolida e ele segue um processo de luta (consolidar a URSS) e cooperação entre os Estados atualmente.

Foi somente a partir de 1938 que se admitiu na URSS a existência de um Direito Internacional capaz de reger as relações entre os Estados socialistas e os demais e não somente entre os Estados socialistas (Carrillo Salcedo). Entretanto, autores mais recentes, como Tunkin, têm "desideologizado" o DI. Este internacionalista sustenta que "o Direito Internacional não é o reflexo mecânico da estrutura econômica da sociedade. As normas de Direito Internacional se criam e modificam com base na concordância de vontades dos Estados...". As normas internacionais são regras de conduta e para haver DI não é necessário existir comunhão ideológica. Os Estados com ideologias diferentes se relacionam, logo é possível também surgir o DI. A não ideologia no DI parece que surgiu na URSS para facilitar a sua aproximação com os EUA.

Devemos concordar com Calvez que um DI Soviético não existe; todavia não podemos deixar de reconhecer a existência de um DI Socialista aplicado entre os países do bloco comunista. Realmente, existem certos princípios e normas que têm recebido constante aplicação neste bloco, como é o da "internacionalização do proletariado" (Tunkin), o da autodetermi-

nação dos povos, etc. De um modo geral, eles têm levado para o campo jurídico os seus princípios, inicialmente, ideológicos e políticos.¹⁶

A idéia de coexistência pacífica já era encontrada em um decreto de Lênin de 1917,^{16a} mas começou a ser defendida pela política soviética a partir do XX Congresso do Partido Comunista da URSS (1956). De qualquer modo, a *détente* não suprime a luta ideológica.

Podem-se acrescentar como princípios do DI Socialista os que figuram no Tratado de Panch Sila (1954) entre a China Comunista e a Índia: 1) respeito da integridade territorial e soberania dos Estados; 2) não-agressão; 3) não-interferência nos negócios internos; 4) igualdade de benefícios entre os Estados; 5) coexistência pacífica.¹⁷ Estes princípios, no plano do DIP, não têm nenhuma novidade.

Os princípios da coexistência pacífica, segundo o programa do Partido Comunista da URSS, são os seguintes: a) renúncia à guerra; b) solução dos litígios mediante negociações; c) igualdade (compreensão dos interesses mútuos); d) não ingerência nos assuntos internos; e) "rigoroso" respeito à soberania e à integridade territorial; f) desenvolvimento da colaboração econômica e cultural em pé de igualdade e proveito mútuo.^{17a} O XXIII Congresso do Partido Comunista da União Soviética, em 1966, confirmava estes princípios e salientou que a coexistência pacífica não era aplicada entre opressores e oprimidos, entre colonizadores e colonizados.

A Constituição de 1977 estabelecia no artigo 29 que a política externa soviética assenta nos seguintes princípios: respeito à igualdade soberana, renúncia mútua ao uso da força ou à ameaça de seu emprego, inviolabilidade das fronteiras, integridade territorial, solução pacífica dos conflitos, não ingerência nos assuntos internos, respeito aos direitos do homem, igualdade de direito e do direito dos povos de decidirem do seu destino, cooperação entre os Estados, cumprimento e boa fé das obrigações decorrentes dos princípios e normas universalmente reconhecidas do DI e dos tratados celebrados pela URSS.

Uma vitória diplomática da União Soviética foi quando, em 1972, num acordo concluído com os EUA, estes concordaram que a coexistência pacífica é a única base para manterem relações mútuas.

A coexistência pacífica tem recebido inúmeras críticas de autores ocidentais de orientação marxista: para uns ela representaria na ideologia a submissão dos Estados socialistas ao mercado mundial (Ch. Gendreau), enquanto, para outros, seria o fracasso do projeto universal da revolução bolchevista (Colin). Outros (Francine Demichel) observam que "coexistência pacífica e solidariedade proletária internacional não se opõem. Elas se conjugam". De um certo modo, concordamos com aqueles autores (E. McWhinney) que sustentam que a coexistência pacífica é a manutenção do *status quo*.

O DI Socialista dava ênfase à internacionalização do proletariado, o que justificaria o "auxílio" de um país a outro quando o movimento do

proletariado se encontra ameaçado (v. doutrina Brejnev no capítulo Intervenção). Este princípio é o fundamental do DI Socialista. Assinalava Gonidec que o fundamento do DI Socialista era a existência de um tipo novo de relações entre os Estados socialistas que teriam economia idêntica, ideologia única, mesmo regime político e iguais objetivos. Para Tunkin é "um tipo novo e superior de relações internacionais".

Os autores soviéticos defendiam que o homem devia vir a ser sujeito de DI e a URSS tem defendido que os Cinco Grandes devem subscrever conjuntamente a cláusula facultativa da CIJ. Blischenko sustentava o conceito de humanidade alegando que ele fortalecia o de classe.

Podemos concluir que existia um DI Socialista, em fase de desenvolvimento, como um DI Particular dentro da comunidade internacional.

Atualmente (1990), com o desmoronamento do mundo socialista, esta nossa afirmação não mais se sustenta. Sabemos contudo, segundo a A. Cassese, que a URSS contribuiu para o DI com: a) a autodeterminação das pessoas, defendida por Lênine em 1916 e inscrito no decreto sobre a paz de 1917; b) a igualdade substancial dos Estados; c) o internacionalismo socialista; d) rejeição parcial do DI.

A aproximação entre os mundos capitalista e comunista é maior ainda com Mikhail Gorbachev (Perestroika, 1987) que escreve: "as diferenças ideológicas não devem interferir nas relações internacionais, nem a política externa poderá ser submetida a elas, já que, por mais discrepantes que sejam as posições ideológicas, a preocupação com a sobrevivência e o cuidado em evitar a guerra serão sempre superiores e mais importantes". Gorbachev está mais preocupado com a cooperação do que com a luta de classes.

A China Comunista, depois de 1956, está dando menos ênfase à coexistência pacífica e considera a guerra como inevitável. Parece que após a morte de Mao Tsé-tung esta atitude tem sido modificada. A China, no plano do DIP, tem sustentado que os tratados desiguais são nulos, isto é, aqueles tratados concluídos entre uma potência imperial e um Estado mais fraco. Esta tese foi inicialmente adotada pelos soviéticos quando da Revolução de Outubro. A noção de tratado desigual não penetrou no DIP. Na verdade, a noção de tratado desigual não é de origem comunista, vez que a partir de 1912 a República da China denunciou os tratados desiguais e o governo comunista apenas continuou na mesma linha.

Alguns outros aspectos podem ser mencionados no DI aplicado pela China, como sustentam ter ele uma especialidade. São sensíveis aos tratados bilaterais, que servem também como fonte do DI Geral. Consideram as sentenças dos tribunais como produtos da manipulação capitalista. Consideram as guerras de independência como guerras internacionais. Não admitem o homem como sujeito de DI, porque tal só ocorreu para justificar a intervenção em favor dos direitos do homem. Afirmam que as organizações internacionais foram admitidas como sujeitos do DI para através delas

ser exercida uma dominação mundial. Consideram como sujeitos do DI: os Estados e as nações que lutam pela independência para se transformarem em Estados. Para os juristas chineses o reconhecimento do Estado e governo é usado para os países burgueses monopolizarem a sociedade internacional, violando a não-intervenção e a soberania. Sustentam que não há obrigação de indenizar em caso de nacionalização, sendo, contudo, proibido fazer discriminações entre os estrangeiros. Os internacionalistas chineses foram de um modo geral influenciados pelos soviéticos (Cohen e Chiu). Tem sido afirmado que o Direito nunca teve um lugar importante na China, vez que o confucionismo preferia a moral e o exemplo e não um sistema de direito com sanções. É de se assinalar que no conflito sino-soviético, além de divergências ideológicas, existe um conflito territorial em torno da região do rio Ussuri, que é uma área que antes de integrar a URSS fora conquistada pelos chineses. É um território habitado por tribos nômades que têm maior afinidade com os mongóis do que com os chineses (Immanuel Geiss). Este conflito territorial terminou em 1995.

O conflito sino-soviético teve o seu apogeu em 1969, quando a URSS pretendeu destruir o arsenal nuclear chinês no Sinkiang e consultou os EUA, que se opuseram. É a partir deste fato que a China vai mudar a sua política em relação aos EUA e que culmina com a sua aproximação em 1971.

De qualquer modo a URSS e os EUA têm tido várias atitudes em comum na III Conferência de Direito do Mar, no Comitê do Espaço, etc.

69. O pan-africanismo tem os seus fundadores em W. E. Burghardt Dubois (EUA) e Marcus Garvey (Jamaica), bem como nos congressos pan-africanos: Londres (1900); Jamaica (1919); Londres, Bruxelas e Paris (1921); Londres e Lisboa (1923); Nova Iorque (1927); Manchester (1945). Tem sido apontado como o precursor do pan-africanismo Sylvester Williams, advogado de Trinidad, que convocou em Londres, em 1900, uma conferência africana para protestar contra o apoderamento das terras africanas pelos colonos europeus.

I. Geiss observa que a palavra pan-africanismo pode ter vários sentidos: a) movimento intelectual e político criando uma solidariedade racial entre africanos e afro-americanos;^{17b} b) abrange hoje as idéias relativas à independência da África; c) movimento que procura formar uma unidade política da África. Ele é sempre um movimento contra a dominação-branca. O pan-africanismo tem em seu favor a criação da Organização da Unidade Africana, da Organização Comum Africana e Malgaxe, o Banco Africano de Desenvolvimento, etc. Entretanto, ele tem encontrado inúmeros obstáculos para se desenvolver: a dependência da assistência externa, Estados africanos fazem parte da Commonwealth e do Mercado Comum Europeu, instabilidade política, multiplicidade de Estados, etc.

O DI Africano surgiu recentemente, após a independência da grande maioria dos Estados que compõem o continente africano, com problemas

específicos e que em consequência deram origem a este direito regional. Entre os seus princípios fundamentais estão o da autodeterminação e integridade territorial.¹⁸ A grande organização internacional deste continente é a Organização da Unidade Africana (OUA).

Entre as características deste Direito está o não-formalismo, bem como o fato de ele estar evadido de elementos políticos. Ele é marcado, acima de tudo, por uma idéia diretora que é a descolonização. Na África também se consagra a solução pacífica dos litígios internacionais, bem como têm havido manifestações em favor de um *uti possidetis* africano.

Na África existe uma maior igualdade, vez que não há um Superestado. Nela existe o que foi denominado de "pluralismo sub-regional". A própria OUA admite que os agrupamentos sub-regionais têm favorecido a unidade africana. Eles devem corresponder à realidade geográfica, econômica, cultural e social, bem como devem ser compatíveis com a Carta da OUA, devendo nela depositar os seus estatutos. Daí M. Virally assinalar que a OUA pode ser considerada uma organização regional ou inter-regional.

Charles Rousseau afirma que se pode ter dúvidas sobre a existência de um autêntico DI Americano, mas não sobre um DI Africano.

69A. O continente asiático não desenvolveu um direito internacional regional próprio. Parece que até os dias de hoje só existe uma organização internacional formada apenas por Estados asiáticos, que é a Associação de Nações do Sudeste Asiático.

O pan-asiatismo é também pouco desenvolvido. A sua origem está no após 1ª Guerra Mundial. A liderança era do Japão, que havia sido humilhado na Paz de Versalhes. Congressos se reuniram em 1926 (Nagasaki) e em 1943 (Tóquio). O primeiro congresso criou a Liga dos Povos Asiáticos com sede em Tóquio. Após a 2ª Guerra Mundial a liderança passou à Índia, que reuniu duas conferências em Nova Déli (1947 e 1949).

NOTAS

1. J. M. Yepes — Introduction à l'Étude du Droit International Américain (extrait de la Revue Générale de Droit International Public, Octobre-Décembre 1952, n° 4), 1953; *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile. Arrêt du 20 novembre 1950*; CIJ Recueil 1950, pág. 266; Alexandre Álvarez — Le Droit International Américain, 1910; J. M. Yepes — Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954, 2 vols., 1955; Francisco Cuevas Cancino — Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954, 2 vols., 1955; Sá Vianna — De la non Existence d'un Droit International Américain, 1912; Luis Ivani d'Amorim Araújo — Da Universidade do Direito Internacional Público — Os Impactos Americano e Soviético, 1963; Juan Carlos Puig — Les Principes du Droit International Public Américain, 1954; Francisco José Urrutia — Le continent Américain et le Droit International, 1928; J. M. Yepes — La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé, in RdC, 1930, vol. II, t. 32, págs. 97 e segs.; René-Jean Dupuy — Le Nouveau Panaméricanisme, 195; M. L. Savelberg — Le Problème du Droit International Américain, 1946; Carlo Cereti — Panamericanismo e Diritto Internazionale, 1939; Ivo Lapenna — Conceptions Soviétiques du Droit International Public, 1954; G. I. Tunkin — Droit International Public, 1965; Jean-Yves Calvez — Droit International et Souveraineté em URSS, 1953; Serge Krylov — Les notions principales du droit des gens (La doctrine soviétique du droit international), in RdC, 1947, vol. I, t. 70, págs. 411 e segs.; G. I. Tunkin — Co-Existence and International Law, in RdC, 1958, vol. III, t. 95, págs. I e segs.; Bernard Dutoit — Coexistence et Droit International à la Lumière de la Doctrine Soviétique, 1966; Flávio Portela Marcilio — A Continentalidade Americana, 1946; Bernard A. Ramundo — Peaceful Coexistence, 1967; Charles G. Fenwich — A Organização dos Estados Americanos, 1965, págs. 151 e segs.; Edward McWhinney — Le "nouveau" droit international et la "nouvelle" communauté mondiale, in RGDIP, 198, n° 2, Avril-Juin, págs. 323 e segs.; Boutros Boutros-Ghali com a colaboração de Simone Dreyfus — Le Mouvement Afro-Asiatique, 199; Pierre Queuille — La Amérique Latine, La Doctrine Monroe et le Panaméricanisme, 199; César Sepúlveda — Las Fuentes del Derecho Internacional Americano, 1969; Charles Zorgbibe — La doctrine soviétique de la "souveraineté limitée", in RGDIP, Octobre-Décembre, 1970, n° 4, págs. 872 e segs.; Ph. Bretton e J.-P. Chaudet — La Coexistence Pacifique, 1971; J. J. Caicedo Castilla — El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano, 1970; P.-F. Gonidec — L'État Africain, 1970; Joseph-Marie Bipoun-Woum — Le Droit International Africain, 1970; Romain Yakemtchouk — L'Afrique en Droit International, 1971; Romain Yakemtchouk — Les frontières africaines, in RGDIP, Janvier-Mars, 1970, n° 1, págs. 27 e segs.; Jean-Pierre Queneudec — Remarques sur le règlement des conflits frontaliers en Afrique, in RGDIP, Janvier-Mars, 1970, n° 1, págs. 69 e segs.; César Sepúlveda — Las relaciones entre Derecho y Política en el Sistema Interamericano, in Estudios de Derecho Internacional — Homenaje a D. Antonio de Luna, 1968, págs. 141 e segs.; François Feito — Chine — URSS, 1973; Mario Bettati — Le Conflit Sino-Soviétique, 2 t., 1971; Manuel Medina — McDougal, Tunkin y el Derecho internacional de la coexistência, in Anuário do IHLADI, vol. 4, 1973,

págs. 155 e segs.; Luis García Arias — "La nueva concepción soviética del Estado en la Unión Soviética" e "La concepción soviética del Derecho internacional público", in Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes, vol. I, 1971, respectivamente, págs. 569 e segs. e 607 e segs.; G. Tunkin e outros — El Derecho Internacional Contemporáneo, 1973; Philippe Decraete — Le Panafricanisme, 1959; Colin Legun — Pan-Africanism, 1962; Adekunle Ajala — Pan-Africanism, 1973; Imanuel Geiss — The Pan-African Movement, 1974; Edmond Jouve — Relations Internationales du Tiers Monde, 1976; Jiri Toman — La Conception Soviétique des Guerres de Liberation Nationale, in Current Problems of International Law, coordenado por Antônio Cassese, 1975, págs. 355 e segs.; Juan Carlos Puig e Delia Colombo Imaz de Puig — El fracaso de la iniciativa latinoamericana en el panamericanismo, in J. F. Petros e outros — Política de Poder en América Latina, 1974, págs. 49 e segs.; Augustin Kontchou Kouomegni — Le Système Diplomatique Africain, 1977; Société Française pour le Droit International — Regionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux, 1977; Edward McWhinney — The International Law of Détente, 1978; Jacques Levesque — L'URSS et sa politique internationale de 1917 à nos jours, 1980; Alegria Borrás Rodríguez — Perspectivas Actuales de los llamados "Derechos Regionales", in Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 5, 1979, págs. 205 e segs.; George Ginsburgs e Carl F. Pinkele — The Sino-Soviet Territorial Dispute 1949-64, 1978; Sergio Matos Ochoa — El panamericanismo a la luz del Derecho Internacional, 1980; Kazimierz Grzybowski — Soviet Theory of International Law for the Seventies, in AJIL, October 1983, vol. 77, n° 4, págs. 862 e segs.; Heinrich Scholler — From Pre-Colonialism to the Modern African State, in Law and State, vol. 29, págs. 73 e segs.; Robert Charvin — Les Révolutions Marxistes et le Droit International, in Révolutions et droit international — Colloque de Dijon, Société Française pour le Droit International, 1990, págs. 99 e segs.; Grigory I. Tunkin — Droit International et Modèle généralement reconnu du Système International, in Mélanges Charles Chaumont, 1984, págs. 541 e segs.; John Quigley — Perestroika and International Law, in AJIL, Octobre 1988, vol. 82, n° 4, págs. 788 e segs.; Fredys Orlando Sorto — America Central: Relações Internas e Externas. Crise Política e Solução Pacífica, 1990 (tiragem mimeografada — excelente trabalho); Regionalism in World Politics, coordenado por Louise Fawcett e Andrew Hurrell, 1967; Africa in the New International Order, coordenado por Edmond J. Keller e Donald Rothchild, 1996.

2. É de assinalar por enquanto que este princípio não é absoluto e que comporta exceções. A própria Carta da ONU (art. 2º, alínea 6) prevê a aplicação dos seus princípios aos Estados que não são seus membros.

3. Álvarez, na sua opinião dissidente no Caso de Asilo, afirma que o DI Americano não se encontra em uma relação de subordinação, mas de "correlação". Scelle fala em subordinação, uma vez que o direito da sociedade composta é superior ao das sociedades componentes, porque estas últimas pressupõem a anterior. A nosso ver, a relação é de subordinação, uma vez que o DI Particular não poderia revogar uma norma imperativa do DI Geral. Concordamos com Yepes que a diferença entre as duas ordens é de grau e não de natureza, uma vez que a "consciência jurídica é a mesma" (Scheuner). Todavia, não podemos aceitar a opinião do jurista colombiano de que não há uma subordinação entre os dois

sistemas, uma vez que eles "regulam situações diferentes" e que o direito particular será aplicado quando houver conflitos entre os dois. Na verdade, o fenômeno descrito por Yepes ocorre, mas isto não significa que não haja subordinação, que se manifesta de duas maneiras: a) O DI Particular só surge nos limites fixados pelo DI Geral; b) a impossibilidade de o DI Particular revogar uma norma imperativa do DI Geral. Concordamos, todavia, que os seus âmbitos de aplicação são diferentes e que, em consequência, dificilmente ocorrerá um caso em que o DI Particular demonstre explicitamente o seu aspecto de subordinação. Todavia já existiu um desses casos: o da zona marítima de segurança de 300 milhas constante da Declaração do Panamá (1939), que proibia atos de guerra neste limite. Esta zona não foi aceita pelos beligerantes europeus, que não a respeitaram por inúmeras vezes, porque ela violava normas do direito do mar pertencentes ao DI Geral.

4. Esta idéia foi retomada nos congressos reunidos sob os auspícios do México (1831, 1838 e 1840), do Peru (1847-1848 e 1864-1865) e no Tratado de Washington (1856), e ainda no Tratado de Santiago do Chile (1856), que criou um "congresso de plenipotenciários".

5. Díaz Cisneros assinala que o primeiro autor a falar em um DI Americano foi Alberdi, em 1844, em uma obra intitulada "Memoria sobre la conveniencia y objetos de un congreso general americano". César Sepúlveda por sua vez declara que a expressão Direito Internacional Americano foi utilizada pela primeira vez pela Chancelaria mexicana em 1834. É de se lembrar ainda que em 1884 Rafael Fernando Seijas já falava em DI Americano, bem como Pradier Fodéré em 1885 denomina a sua obra de "Traité de Droit International Public Européen et Américain". Para este autor a palavra Americano significava apenas que os países americanos participavam do DI Europeu (Jacques — Yvan Morin). Como curiosidade pode-se lembrar que a primeira aula de DI Público dada na América foi ministrada por Frei Alonso de la Veracruz no século XVI.

6. Alcorta no seu "Cours de Droit International Public" (1887) tratou de "situações" especiais da América, mas não declarou expressamente existir um DI Americano. Antes dele Vicente G. Quesada já falava em "Direito Internacional Latino-Americano" (Díaz Cisneros).

7. Este seria o 4º Congresso Científico Latino-americano. Todavia, com o comparecimento dos EUA, ele passou a se denominar I Congresso Científico Pan-americano. O primeiro deles se reuniu em Buenos Aires (1898) e o segundo em Montevidéu (1901). Eles foram convocados pela Sociedade Científica Argentina.

8. Esta obra é a tese que Sá Vianna apresentara ao primeiro Congresso Científico Pan-americano já citado.

9. Nélidoff, delegado da Rússia na 2ª Conferência de Haia, já declarara: "A América Latina contribuiu incontestavelmente ao tesouro comum da ciência com elementos novos e muitos preciosos..."

10. Entre os negadores mais modernos estão Bustamante y Sirven, Manuel J. Sierra, Sereni, Sahelberg e Ivani Araújo, sendo que este último retomou a orientação de Sá Vianna ao sustentar que os institutos do DI Americano já existiam na Europa.

11. As doutrinas e princípios aqui enunciados serão estudados e desenvolvidos nos capítulos próprios, assim as Doutrinas de Tobar, Wilson, etc., no ponto de reconhecimento; a Tese Drago, no de intervenção, etc.

12. Dos mesmos fatores decorre a Cláusula Calvo, em que o estrangeiro renuncia à proteção diplomática do seu Estado nacional.

13. Esta solidariedade continental desenvolveu o denominado pan-americanismo, que pode ser definido como "o movimento histórico, jurídico, cultural e econômico que nasceu no Congresso do Panamá (1826) e visa a aproximação e colaboração dos Estados americanos sob a igualdade jurídica e completa independência" (Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, 1960). Este movimento concretizou-se na União Pan-americana e na OEA, que através de suas conferências tem trabalhado para que os seus fins sejam atingidos. Segundo Sérgio Matos Ochoa, o pan-americanismo não tem uma origem latino-americana, porque os latino-americanos pretendiam a unificação das antigas colônias espanholas e não a criação de uma organização continental. Os EUA se opuseram a todos estes intentos e criaram um sistema contrário aos interesses latino-americanos.

14. A denominação de DI Americano, apesar de ser a mais consagrada, não é utilizada por todos os doutrinadores: García Amador ("Princípios Americanos do Direito Internacional"), Urrutia ("Sistema Jurídico Americano"), etc.

15. A noção de soberania dos autores soviéticos é semelhante ao conceito clássico, isto é, absoluta. Entretanto, eles negam este aspecto e declaram que defendem a "soberania em geral" (Calvez).

15-A. Os juristas soviéticos consagram o princípio "pacta sunt servanda" de forma absoluta, não aceitando a cláusula "rebus sic stantibus". Parece que tal atitude decorre do fato de o nazi-fascismo ter invocado várias vezes esta cláusula para não cumprir com as suas obrigações internacionais.

16. Bernard Dutoit assinalava que a partir de 1953 os juristas soviéticos estavam em vias de abandonar o aspecto ideológico no DI.

16-A. Na Conferência de Gênova, em 1922, Tchitcherine dizia que era "um imperativo fundamental da reconstrução econômica do mundo" que houvesse "colaboração econômica entre os Estados representando os dois sistemas de propriedade". Em 1952 Stalin em uma entrevista com redatores de jornais norte-americanos afirmou que a coexistência pacífica deveria se tornar o fundamento do DI (Pierre Solodnikoff). Molotov também falava em "coexistência ideológica".

17. A coexistência pacífica é o fundamento político do DIP. Kruchtchev afirmava que a coexistência pacífica era mais do que uma paz (ausência de guerra), porque ela pressupõe relações comerciais, culturais, etc., que visam aproximar os homens. A idéia da coexistência pacífica já é encontrada em pronunciamento de Litvinov na SDN.

17-A. Assinala Edward McWhinney que os princípios para as relações amigáveis e cooperação entre Estados consagrados na ONU corresponde à coexistência pacífica na linguagem ocidental.

17-B. É de se recordar que a discriminação racial nos EUA é uma das causas do pan-africanismo.

18. Estes dois princípios são em certos momentos contraditórios (se deve predominar a autodeterminação de Biafra ou a integridade territorial na Nigéria). Entretanto, o direito de autodeterminação é de um modo geral encarado como sendo da África em relação ao colonialismo. Em conflitos dentro da própria África dá-se predominância ao princípio da integridade territorial, o que é uma decorrência da própria formação multinacional dos Estados africanos, se fosse dado o.

primado ao princípio da autodeterminação a África se transformaria em palco de lutas internas e se os governos centrais fossem vencidos pelos revoltosos aumentaria o número de microestados, isto é, de Estados sem verdadeira soberania. A secessão é uma ameaça a vários Estados africanos: Zaire, Nigéria, Etiópia, Sudão, etc. A integridade territorial já estava consagrada na Declaração da ONU sobre a concessão de independência aos países e povos coloniais (1960). Pode-se acrescentar que nenhum dos dois princípios é ilimitado, bem como a melhor posição "seria sustentar as reivindicações autonomistas, desaconselhando a secessão" (Tran Van Minh).

5

CAPÍTULO VIII

FONTES DO DIP

Noções Gerais¹

70 — Conceito; 71 — Os princípios constitucionais da ordem internacional; 72 — Concepções sobre fontes; 73 — Enunciado das fontes; 73A — O ato jurídico internacional.

70. O conceito de fonte nem sempre tem sido dado de maneira clara no DI. Alguns autores, como já vimos (Kelsen), confundem a noção de fonte com fundamento. O fundamento, como explicamos, é de onde o Direito tira a sua obrigatoriedade.

Fontes do DI constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica. É, como diz Aréchaga, "os modos formais de constatação do DI". "São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir norma jurídica" (Norberto Bobbio, *Il Positivismo Giuridico*, 1979). Nós não pretendemos com isto negar a existência das denominadas fontes materiais, isto é, os elementos histórico, social e econômico. Sustentamos é que interessam diretamente ao estudo do direito positivo somente as fontes formais.

Os doutrinadores têm sido unânimes na apresentação da imagem do curso de água para distinguir as fontes materiais das fontes formais. Observam eles que, se seguirmos um curso de água, encontraremos a sua nascente, que é a sua fonte, isto é, o local onde surge a água. Esta é a fonte formal. Todavia, existem diversos outros fatores (ex.: composição do solo, pluviosidade, etc.) que fizeram com que a água surgisse naquela região. Estes elementos que provocam o aparecimento das fontes formais são denominados de fontes materiais.

Cavarié declara que o termo "fontes" deveria ser reservado às denominadas fontes materiais, que são, na verdade, os elementos profundos que influem na formulação do direito, as suas verdadeiras fontes. Entretanto, como assinala o internacionalista francês, temos de nos curvar perante o uso e utilizar esta palavra para designar as "fontes formais" que já definimos.

Perassi observa com razão que a grande diferença entre os modos de produção das normas jurídicas internas e as internacionais é que aquelas são predominantemente elaboradas por via autoritária ("são declarações de vontade do Estado ou de outros entes aos quais o direito atribui o poder de criar normas... que valem para determinados sujeitos independente de suas vontades"), enquanto que na sociedade internacional não existe um "ente distinto" das pessoas internacionais capaz de produzir normas jurídicas válidas para todos.

71. Os doutrinadores italianos (Monaco, Sereni) têm insistido na existência de princípios constitucionais na ordem jurídica internacional. Sereni observa que a existência das fontes do DI "pressupõe logicamente a existência de um ordenamento jurídico e de um complexo de princípios que designam os fatos que tenham eficácia de criar, modificar ou extinguir a norma jurídica do próprio ordenamento". São aqueles princípios "desprovidos de fonte formal" e que "se constituem em toda comunidade social pelo simples fato da existência da própria comunidade", "uma comunidade social ao surgir traz contemporaneamente um sistema rudimentar de preceitos, cuja juridicidade é consequência direta e imediata da existência da própria comunidade". Estes princípios são poucos e, segundo Sereni, podem ser considerados "princípios constitucionais": a) princípio que estabelece ser o tratado e o costume fonte do DI ("consuetudo est servanda" e "pacta sunt servanda"); b) o princípio da independência do Estado; c) o princípio da continuidade do Estado, apesar das modificações que ele venha a sofrer, etc.

72. Sobre as fontes formais do DI, existem duas grandes concepções: a positivista e a objetivista.

A positivista ou voluntarista é defendida acima de tudo pelos doutrinadores italianos (Anzilotti, Cavaglieri). Anzilotti considera que "a fonte em sentido formal, das normas jurídicas, é constituída pelas manifestações de vontade a que a norma fundamental do ordenamento jurídico atribui o valor das regras obrigatórias de conduta dos seus membros". Cavaglieri, nesta mesma ordem de ideias, considera a "vontade comum dos Estados" como a única fonte do DI. No tratado a vontade se manifestaria expressamente e, no costume, de modo tácito.

Esta concepção voluntarista é insuficiente para explicar, como salientamos, o costume internacional. A norma costumeira sendo geral, torna-se obrigatória para todos os Estados-membros da sociedade internacional, mesmo para aqueles que não manifestaram a sua vontade no sentido de

sua aceitação. Devemos repetir a crítica de Borchard, que observa: a) se o DI pressupusesse no consentimento, ele seria uma simples obrigação moral, uma vez que o Estado poderia retirar a sua vontade quando bem entendesse; b) que a vontade estatal só é necessária para a nova legislação internacional (codificação) através de tratados internacionais; c) a obrigação de o Estado respeitar o costume "constitui uma condição de sua admissão e do seu reconhecimento contínuo como membro da família das nações". Entretanto, em 1992, Pierre-Marie Dupuy afirma que o positivismo está tendo maior aceitação porque simplifica e racionaliza as fontes, bem como atende a defesa da soberania dos Estados.

A concepção objetivista é a mais adotada atualmente, e entre seus seguidores, podemos mencionar Georges Scelle, Hildebrando Accioly, Charles de Visscher, etc. Essa teoria se baseia na distinção entre fontes formais e fontes materiais. As fontes materiais é que são "as verdadeiras fontes do Direito", enquanto as fontes formais são "meios de comprovação" e "se limitam a formular o direito". Salienta Scelle que elas têm o nome de formais porque dão a "forma exterior reconhecível e especializada às diferentes categorias de regras".

Esta posição tem a grande vantagem de chamar a atenção para o "dado" social em sentido amplo, ao estudarmos o DI. Todavia, como já afirmamos, ao D. Positivo só interessam as fontes formais, enquanto as materiais não pertencem a ele. As fontes materiais são utilizadas para estudarmos a origem das fontes formais e nos auxiliam na sua interpretação. Georges Scelle observa com razão: "Toda fonte formal é de direito positivo, porque ela é a expressão parcial das condições de existência e de permanência do fato social e é este fenômeno de derivação que confere às fontes formais sua validade..." A fonte formal é um simples reflexo da fonte material.

73. O enunciado das fontes do DI é encontrado em dois textos: o da convenção relativa ao estabelecimento de um Tribunal Internacional de Presas e no Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

O primeiro texto foi uma das inúmeras convenções concluídas na Conferência de Haia de 1907, mas que não entrou em vigor. Ele estabelecia:

Art. 7º —

Se a questão de direito estiver prevista por uma Convenção em vigor entre o beligerante captor e a Potência que for parte do litígio ou cujo nacional for parte dele, o Tribunal se conformará com as estipulações da mencionada Convenção.

Não existindo essas estipulações, o Tribunal aplica as regras do Direito Internacional. Se não existirem regras geralmente reconhecidas, o Tribunal decide de acordo com os princípios gerais do direito e da equidade.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que reproduz o estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, estipula no seu artigo 38:

Art. 38 —

1 — A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes.

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição ao art. 59,³ as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2 — A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão “ex aequo et bono”, se as partes com isto concordarem.⁴

O texto acima, que se encontra em vigor, apresenta uma grande diferença com o da Corte Internacional de Presas. É que nesta última foi estabelecida uma hierarquia entre as fontes, e o tribunal só poderia aplicar a posterior na falta da anterior. Já na CIJ foi dada maior liberdade à Corte, que pode optar pela fonte a ser aplicada independente de qualquer hierarquia. A não hierarquia resulta das fontes serem autônomas (Mark E. Villiger). Finalmente, é de se observar que a idéia de fazer uma lista das fontes é por influência do positivismo do século XIX, com a importância que ele dava ao formalismo (E. McWhinney).

As fontes de DIP são por conseguinte os tratados, o costume e os princípios gerais do direito. Todavia, esta enumeração é incompleta, uma vez que os mais modernos doutrinadores têm incluído os atos unilaterais como fonte, e outros mencionam ainda a lei internacional. McWhinney observa com razão que se os Estados aceitam como norma jurídica uma determinada regra fora das categorias enumeradas, ela deve ser considerada uma regra de direito. Assim, em 1963, EUA e URSS formularam declarações comuns afirmando o não estabelecimento de armas nucleares no espaço exterior. Esta regra só foi transformada em tratado em 1967. Em 1974, a CIJ no caso sobre Testes Nucleares (Austrália e França) considerou como ato jurídico a declaração do governo francês de sua intenção de não realizar ensaios nucleares no Pacífico Sul, estando a França obrigada

a tal ato. O estudo de cada uma destas fontes, bem como dos “meios auxiliares” e da equidade, será feito a seguir, quando estudaremos cada uma delas em separado.⁵

Diante do exposto, podemos mencionar a classificação das fontes apresentadas por Reuter: a) fontes escritas (tratado) e fontes não-escritas (costume); b) fontes convencionais (tratado) e fontes de “base autoritária” (lei internacional).⁶

73-A. O estudo do ato jurídico no DIP⁷ tem sido objeto de raros trabalhos. O ato jurídico pode ser definido como a manifestação de vontade de um ou mais sujeitos do DI destinada a criar direitos e obrigações no DIP.⁷

O ato jurídico deve possuir os seguintes elementos:

- a) capacidade do autor do ato — sendo que em princípio os Estados têm uma capacidade ilimitada (exceções, por exemplo, Estado protegido) e as organizações internacionais têm uma capacidade limitada pelos próprios fins para que foram criadas;
- b) imputação do ato realizado por um órgão ao próprio sujeito do DI — é o que no direito dos tratados é denominado de habilitação dos agentes signatários;
- c) manifestação de vontade — sendo de se assinalar que no DI prevalece a vontade declarada e não a intenção real dos autores do ato. Em raros momentos prevalece a intenção real, como é o caso previsto na convenção de Viena sobre tratados de que uma palavra pode ser compreendida em um sentido particular se tiver sido esta a intenção das partes. A manifestação da vontade pode ser explícita ou implícita;
- d) o objeto do ato deve ser lícito — assim sendo não pode violar uma norma de “jus cogens”. Salienta Jacqué: “o recurso ao “jus cogens” é o passo em direção a um controle da licitude do objeto-dos tratados em direito internacional público”.

Eles são Formais

Os atos internacionais se classificam em:

- a) atos unilaterais — é o que emana de uma única manifestação de vontade. Esta pode emanar de um órgão coletivo. Pode neste caso criar uma norma destinada a ser aplicada a sujeitos de direito que não participaram de sua elaboração;
- b) atos convencionais — é aquele em que há o “encontro de vontades emanando de vários sujeitos de direito” (Jacqué). Ele é aplicável apenas a quem participou da elaboração;
- c) atos mistos — são aqueles atos convencionais que criam obrigações para terceiros. Para os terceiros eles são atos unilaterais, enquanto

para os seus autores são atos convencionais; ex.: a neutralidade permanente da Suíça foi estabelecida por um tratado em que ela não participou.

O grande problema é o da distinção entre fonte e ato jurídico. A nosso ver, a noção de fonte não exige o elemento da vontade, como é o caso do costume. Este não é vinculado por nenhum ato. Por outro lado, a fonte dá origem a uma norma que em princípio "rege um número indeterminado de situações". Assim sendo, nem todo ato jurídico é uma fonte do DIP, tendo em vista que as sentenças internacionais têm sido consideradas atos jurídicos (Jacqué) e no Estatuto da CIJ a jurisprudência não figura como fonte do DI, mas como um simples elemento subsidiário. Esta distinção, que serve para a maioria dos casos, contudo não é perfeita, tendo em vista que os tratados-contratos regem situações particulares e são considerados fonte do DI. Ou, como salienta Prosper Weil, de que os atos jurídicos não abrangem as fontes espontâneas, como o costume.

O ato jurídico é caracterizado por Favre como sendo "uma manifestação de vontade visando um efeito jurídico que se produz, porque ele é desejado por seu autor, e que o direito sanciona este querer". Segundo este autor, o ato jurídico é formado pela vontade e pela ordem jurídica, que dá efeitos jurídicos a esta mesma vontade.

NOTAS

1. P. Heilborn — Les sources du droit international. *in* RdC. 1926, vol. I, t. 11, págs. 5 e segs.; George A. Finch — Les sources modernes du droit international *in* RdC. 1935, vol. III, t. 53, págs. 335 e segs.; A. Baungarten — Observations sur les méthodes pour l'étude les sources du droit des gens, *in* Recueil d'Études sur les Sources du Droit de l'Honneur de François Gény, cit., págs. 328 e segs.; Georges Scelle — Essai sur les sources formelles du droit international, *in* Recueil Gény, cit., págs. 400 e segs.; Charles de Visscher — Contribution à l'étude des sources du droit international, *in* Recueil Gény, cit., págs. 893 e segs.; Iannacone Costantino — Le Fonti del Diritto Internazionale. 1925; Clive Parry — The Sources and Evidences of International Law. 1965; Gérson de Brito Mello Boson — Nova problemática das fontes do Direito, Anuário do IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 61 e segs.; J. Mourgeon — Conditions Actuelles de l'Élaboration du Droit International Public; Roger Pinto — Tendances de l'Élaboration des Formes Écrites du Droit International e P. Vellas — Les Sources Informelles du Droit International, todos os trabalhos *in* Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse — L'Élaboration du droit international public, 1975, respectivamente, págs. 1 e segs, págs. 13 e segs. e págs. 70 e segs.; Max Gounelle — Le Motivation des Actes Juridiques en Droit International Public. 1979; Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva — Influência da Ciência e da Tecnologia sobre as Fontes do Direito Internacional, anteproyecto de ponencia, Duodécimo Congreso, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1979; Jean-Paul Jacqué — L'acte juridique: réflexions d'un internationaliste, *in* Droits, n° 7, 1988, págs. 95 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Sources of International Law. 1992, *in* Thesaurus Acroasium, vol. XIX, págs. 51 e segs. (excelente e original trabalho). V. D. Degan-Sources of International Law. 1997.

2. É de se assinalar que existem tratados que criam normas obrigatórias para Estados que não deram a eles o seu consentimento. Por exemplo, a Carta da ONU, que impõe obrigações para os terceiros Estados. Outros casos ainda podem ocorrer, como são os tratados que constituem servidões internacionais, cujas obrigações se transmitem nas sucessões de Estado.

3. O art. 57 dispõe: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e o respeito do caso em questão."

4. Este art. 38 representa a prática dos tribunais arbitrais (Brownlie).

5. Na prática haverá uma hierarquia em virtude do aforismo "lei especial derroga a lei geral". Em conseqüência, o tratado será aplicado em primeiro lugar, depois o costume e finalmente os princípios gerais do direito.

5-A. Os autores comunistas têm considerado apenas como fontes genuínas do DIP: tratado e costume, que não podem ser revogados por outras fontes. Outros, como Ruzié, consideram os atos unilaterais, os princípios gerais do direito e equidade como fontes subsidiárias.

6. É interessante lembrar a classificação de alguns autores italianos, como Quadri, sobre as normas internacionais, que ele faz em: primárias (são as que fixam o processo de criação do direito); secundárias (tratado e costume); terciárias (as criadas pelo costume e tratado).

7. Jean-Paul Jacqué — Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public. 1972.

CAPÍTULO IX

54

FONTES DO DIP

Tratados

74 — *Definição*; 75 — *Terminologia*; 76 — *Condições de validade*; 77 — *Classificação*; 78 — *Fundamento*; 79 — *Efeitos*; 80 — *Aplicação de tratados com dispositivos contraditórios*; 81 — *Forma*; 82 — *A autoridade dos tratados em face da lei interna*; 83 — *As fases do processo de conclusão; tratado em sentido estrito*; 84 — *Negociação*; 85 — *Assinatura*; 86 — *Ratificação*; 87 — *O Poder Legislativo na ratificação e os acordos em forma simplificada*; 88 — *Ratificações inconstitucionais*; 89 — *Promulgação*; 90 — *Publicação*; 91 — *Registro*; 92 — *Cláusulas especiais*; 93 — *Reservas*; 94 — *Modos de assegurar a execução dos tratados*; 95 — *Regras de interpretação*; 96 — *Fim e suspensão dos tratados*; 97 — *A cláusula "rebus sic stantibus"*; 98 — *A revisão dos tratados*; 99 — *A teoria das nulidades. Conseqüências da terminação e suspensão dos tratados.*

74. O desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem na sociedade internacional.¹

Para se verificar a crescente importância dos tratados podemos repetir uns dados estatísticos fornecidos por Gonçalves Pereira e Fausto Quadros: de 1500 a.C. a 1860 foram concluídos 8.000 tratados. De 1947 a 1984 foram firmados entre 30 e 40.000 tratados. Considera-se que entre 1984 e 1992 foram celebrados 10.000 tratados.

O estudo que vamos fazer aqui é o dos tratados concluídos com as formalidades tradicionais. Entretanto os autores mais modernos têm observado que se deve abandonar o "fetichismo do tratado" (Focsaneanu). Este autor acentua que um tratado só é fonte do DI se ele realmente

determinar de modo efetivo o comportamento dos Estados. Lembra que se pode admitir como fonte do DIP os acordos entre organizações de comércio exterior, que não são tratados. Era através destes acordos que a China Comunista e o Japão mantinham relações comerciais. O importante é o consentimento dos Estados (Kiss) ou, ainda, o essencial é atingir um resultado, mesmo "sem qualquer ato jurídico internacional aparente" (Vellas). Os Estados atualmente têm abandonado os tratados formais pelos comunicados intergovernamentais. Outras vezes o comunicado é feito em separado por cada delegação: quando eles são paralelos, surge um tratado. O comunicado não visa o acordo, ele apenas o "constata e reproduz" (R. Pinto).

Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do DI, não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é hoje considerado a fonte do DI mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui).

Os tratados só podem ser definidos pelo seu aspecto formal, porque todos os assuntos podem ser regulamentados por normas convencionais internacionais.

Tem sido observado que durante a 2ª Guerra Mundial várias conferências aliadas produziram textos informais que não eram tratados. Assinala M. Virally que se a forma não diz se é um tratado, deve ser examinado o seu conteúdo.

A convenção sobre direito dos tratados concluída em Viena, em 1969,² dá a seguinte definição: "o tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo DI, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica". Esta definição é de tratado em sentido lato, significando isto que estão abrangidos os acordos em forma simplificada. A forma escrita é a mais comum dos tratados; todavia, os acordos orais também têm obrigatoriedade.³ É de se recordar que as constituições estatais não cuidam dos acordos tácitos e orais, porque eles são raros. Outra observação deve ser feita: que a convenção excluiu da sua regulamentação os tratados entre organizações internacionais ou outros sujeitos de DI. Entretanto, tal fato não significa que tais tratados percam a sua força legal; e por outro lado, nada impede que as normas desta convenção se apliquem a tais tratados.^{3A}

75. A terminologia⁴ dos tratados é bastante imprecisa na prática internacional; todavia podemos tirar as seguintes observações:

Tratado — é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratado de paz.

Convenção — é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial.

Declaração — é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou "afirmam uma atitude política comum" (ex.: Declaração de Paris de 1856).

Ato — quando estabelece regras de direito (Ato Geral de Berlim de 1885). Entretanto, existem Atos entre Estados que não são tratados (Ato de Helsínki de 1975), vez que não produzem efeitos jurídicos obrigatórios, mas que têm um caráter normativo no aspecto político ou moral. Em português esta observação não procede muito porque neste caso nós usamos a palavra "Ato" e não "Ato", contudo a palavra usada em inglês é uma só: "Act".

Pacto — foi utilizado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações.⁵ É um tratado solene (Pacto de Renúncia à Guerra de 1928).

Estatuto — empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais (Estatuto da CIJ).

Protocolo — Normalmente pode ter dois significados: a) protocolo de uma conferência, que é a ata de uma conferência; b) protocolo-acordo — é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). E utilizado neste caso como um suplemento a um acordo já existente.

Acordo — é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural.

Modus vivendi — designa um acordo temporário (*modus vivendi* de 1936 sobre a navegação do Reno).

Concordata — são os assinados pela Santa Sé sobre assuntos religiosos. A concordata trata de matéria que seja da competência comum da Igreja e do Estado. Observa Charles Rousseau que ela, do ponto de vista material, regulamenta matéria de ordem interna (organização do culto, disciplina eclesiástica, relação dos fiéis com o governo). Do ponto de vista formal, é um tratado concluído entre dois sujeitos de DI. Para Hauriou, antigamente não era um verdadeiro tratado.

Compromisso — utilizado para os acordos sobre litígios que vão ser submetidos à arbitragem.

Troca de notas — são os acordos sobre matéria administrativa. Tem mais de um instrumento.

Acordos em forma simplificada — ou acordos executivos — são aqueles que não são submetidos ao Poder Legislativo para aprovação. Muitas vezes feitos por troca de notas. São concluídos pelo Poder Executivo.

Carta — é o tratado em que se estabelecem direitos e deveres (Carta Social Europeia). É uma forma solene. Utilizado também para os instrumentos constitutivos de organizações internacionais (Carta da ONU).

Convênio — palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte.

Acomodação ou compromisso — palavra não utilizada no Brasil. É um acordo provisório. Rousseau afirma que ele tem por finalidade regulamentar a aplicação de um tratado anterior.

Os "gentlemen's agreements" (acordos entre cavalheiros) estão regulamentados por normas morais. São bastante comuns nos países anglo-saxões. A sua finalidade é fixar um "programa de ação política". Não criam obrigação jurídica para o Estado, vez que são assinados em nome pessoal. O acordo não tem caráter oficial. Os ingleses os denominam de "non-binding agreements".

Podemos mencionar ainda o "pactum de contrahendo", que seria um acordo concluído pelo Estado com o compromisso de concluir um acordo final sobre determinada matéria. É um tratado preliminar. O "pactum de negociando" seria a obrigação de iniciar negociações de boa fé com a finalidade de concluir um tratado (McNair).

Limitamo-nos a enunciar aqui as principais denominações e a dar a sua utilização mais comum, lembrando que a prática internacional não apresenta, neste aspecto, a menor uniformidade.

(76) As condições de validade dos tratados internacionais⁶ podem ser enunciadas como sendo as seguintes: a) capacidade das partes contratantes; b) habilitação dos agentes signatários; c) consentimento mútuo; d) objeto lícito e possível.

a) Capacidade das partes contratantes

Esta capacidade de concluir tratados é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais. Pode-se acrescentar que os Estados dependentes ou os membros de uma federação também podem concluir tratados internacionais em certos casos especiais; os Estados vassallos e protegidos possuem o direito de convenção quando autorizados pelos susseranos ou protetores. O Direito Interno (Constituição) pode dar aos estados federados este direito, como ocorre na Suíça, na Alemanha Ocidental e na URSS. O governo federal no Brasil^{6a} não será responsável se um Estado membro da federação concluir um acordo sem que seja ouvido o Poder Executivo Federal e nem seja aprovado pelo Senado. Os estados da federação norte-americana também podem concluir acordos, pelo menos é o que estabelece a Constituição, mas na prática jamais o fizeram para não violar a "treaty-making power" do governo federal. M. N. Shaw afirma que alguns estados da federação norte-americana concluíram "compact" com Manitoba e Quebec para a construção de pontes e manutenção de estradas, mas as negociações foram conduzidas pelas autoridades federais. No Canadá, estado federal, só o governo federal tem a "treaty-making power"^{6b}, apesar de as províncias também reivindicarem este direito. É comum se afirmar que as colônias não possuem o direito de convenção, o que na verdade é a regra geral, mas que comporta exceção: algumas colônias da Commonwealth (Cingapura) receberam autorização para concluir determinados tipos de tratados. Entretanto, os territórios sob tutela possuíam

o "treaty-making power". Para se verificar se um Estado dependente possui ou não o direito de convenção, é necessário um exame em cada caso, porque a situação do dependente é fixada pelo dominante. A própria História, neste particular, pouco nos esclarece, uma vez que a evolução tem modificado a noção de capacidade das partes contratantes nos tratados internacionais.⁷ A única observação de ordem geral que se pode fazer é que os Estados-membros de uma federação e os dependentes geralmente possuem o direito de convenção apenas para determinadas matérias. Um caso recente é o da Constituição de Portugal de 1976, que consagra uma "competência especial" para as regiões autônomas (Madeira e Açores), que podem participar de negociações de tratados sobre assuntos que lhes digam respeito diretamente.

Outro caso interessante é o das denominadas coletividades fronteiriças, que não têm competência para agirem no campo externo. Entretanto, na França uma lei de 1982 permite ao conselho regional decidir, com a autorização do governo, uma cooperação transfronteira com "coletividades estrangeiras descentralizadas" com que tenha uma fronteira comum. Em 1980 foi concluída uma convenção européia para promover a cooperação transfronteira entre coletividades de Estados diferentes (Elisabeth Zoller).

A convenção de Viena se utiliza de uma fórmula genérica: "todo Estado tem capacidade para concluir tratados".

A Santa Sé sempre teve o direito de convenção.

As organizações internacionais já tiveram a sua personalidade internacional reconhecida pela Corte Internacional de Justiça,⁸ que considerou terem elas os direitos necessários para a realização dos fins para que foram constituídas. A prática de as organizações internacionais concluírem tratados data da Liga das Nações e se desenvolveu com a ONU e as Organizações criadas após a 2ª Guerra Mundial. Elas têm necessidade de manter "relações externas" como têm os Estados, uma vez que não podem permanecer isoladas dentro da sociedade internacional. A própria Carta da ONU prevê a conclusão de tratados: acordos de tutela (cap. XII), acordos com as organizações especializadas (arts. 57 e 63); acordos relativos às forças militares (art. 43) e convenções sobre privilégios e imunidades (art. 105).⁹ Ph. Bretton prefere denominar os acordos entre organizações internacionais de "acordos interinstitucionais".

Os beligerantes e insurgentes também possuem o direito de convenção, apesar de se discutir o alcance deste direito: para uns (Bosco), só podem concluir tratados referentes às operações de guerra; para outros (Vitta), podem concluir tratados sobre qualquer matéria, uma vez que eles adquirem personalidade internacional após o reconhecimento. Na verdade, toda a teoria do reconhecimento está sujeita ao "oportunistismo político", o que parece ser admitido pela Comissão de DI ao afirmar: "os insurgentes... em determinadas circunstâncias podem participar dos tratados".¹⁰ Atualmente os movimentos de libertação nacional têm concluído tratados.

Outras entidades internacionais também podem assinar tratados, como, por exemplo, os territórios internacionalizados (o Saar participou como membro associado do Conselho da Europa). Podemos dizer que o direito de convenção, para se verificar quais as pessoas internacionais que o têm, deve ser analisado em cada caso, sendo mesmo impossível uma teoria geral. Limitamo-nos a estudar os casos mais importantes.

Um caso interessante é o acordo SALT (1972), entre a URSS e os EUA. O Presídio do Soviete Supremo autorizou Brejnev a assinar tratados como Secretário-geral do Partido Comunista. Dieter Schroder assinala que a consequência desta prática é o reconhecimento de fato da supremacia do Partido Comunista na URSS.

b) *Habilitação dos agentes signatários*

A habilitação dos agentes signatários de um tratado internacional é feita pelos "plenos poderes", que dão aos negociadores o "poder de negociar e concluir" o tratado. As pessoas que os recebem são denominadas de plenipotenciários.

Um ato relativo à conclusão do tratado por pessoa não habilitada não tem efeito legal até que o Estado confirme tal ato.

Os "plenos poderes" surgiram da intensificação das relações internacionais e, em consequência, da impossibilidade de os chefes de Estado assinarem todos os tratados, bem como do desejo de se dar "maior liberdade de ação" ao chefe de Estado. Ao lado destas razões de ordem prática existe uma outra, que é da maior importância: a de evitar que os tratados obriguem imediatamente os Estados, como ocorreria se o tratado fosse assinado diretamente pelo chefe de Estado, uma vez que estaria dispensada a ratificação (Hojjer, Sette Câmara, João Hermes Pereira de Araújo).

O instituto dos plenos poderes se desenvolveu no Renascimento (o primeiro data de 1303) por influência do "Corpus Juris Civilis", sendo regulado pelas normas do mandato, isto é, do direito civil. Deste modo, nos séculos XVI, XVII e XVIII, o soberano ficava obrigado aos atos assinados pelos seus plenipotenciários dentro dos "plenos poderes" que lhes tinham sido concedidos. No século XVIII a sua importância começa a diminuir com o desenvolvimento do instituto da ratificação.¹¹ As expressões "plenos poderes" e "plenipotenciários" têm assim a sua origem no período monárquico.

Normalmente estão dispensados dos plenos poderes para a negociação e autenticação dos tratados: os chefes de Estado e de Governo, ministros das Relações Exteriores, chefes de missão diplomática junto ao Estado em que se encontram acreditados, e o tratado é entre o Estado acreditante e o acreditado, bem como não necessitam de plenos poderes "os representantes acreditados pelos Estados a uma conferência internacional ou a

uma organização internacional ou a um de seus órgãos, para o propósito de adotar o texto de um tratado nesta conferência, organização ou órgão".

Nas organizações internacionais não se exigem plenos poderes dos secretários-gerais e dos secretários-gerais adjuntos.

Nos tratados bilaterais, os plenos poderes são trocados pelos negociadores; e nos multilaterais ocorre "a verificação dos instrumentos por uma comissão ou pelo Secretariado e a sua deposição nos arquivos da reunião". Este procedimento tem a sua origem no Congresso de Viena.

Os plenos poderes perderam muito de sua importância com o desenvolvimento da ratificação. Na prática tem-se também admitido que o representante do Estado inicie negociações com plenos poderes a título provisório.

c) *Objeto lícito e possível*

É nulo o tratado que violar uma norma imperativa do DI Geral. Estas normas são ainda muito poucas e um exemplo deste tipo de normas é a Carta da ONU. A nulidade do tratado ocorre mesmo quando a norma imperativa for posterior a ele.

A citada convenção de Viena define a norma imperativa de DI Geral como sendo "uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma em que não é permitida a derrogação e a qual somente pode ser modificada por uma subsequente norma do DI Geral tendo o mesmo caráter".

Devemos assinalar que um tratado não pode ter um objeto que contrarie a moral. Não pode também existir no tratado um objeto impossível de ser executado. Neste caso a parte pode pôr fim ao tratado.

d) *Consentimento mútuo*

O acordo de vontade entre as partes não deve sofrer nenhum vício. O erro, o dolo e a coação viciam os tratados.

O erro como vício do consentimento não foi sempre encarado de maneira uniforme pela doutrina, havendo mesmo alguns doutrinadores (Le Fur) que negam o seu reconhecimento pelo DI, alegando que "um tratado é uma coisa muito importante para não ter sido estudado com cuidado". A maioria dos autores admite o erro como vício de consentimento nos tratados internacionais. Alguns falam que existiria uma norma consuetudinária neste sentido (Guggenheim), outros consideram que erro como vício do consentimento é um princípio geral do direito (Maria Rita Saule). A orientação de admitir o erro como vício do consentimento foi adotada pela Convenção de Viena. Todavia, é necessário delimitar o assunto: *a)* só anula o tratado o erro que tenha atingido a "base essencial do consentimento para se submeter ao tratado"; *b)* se o erro é de redação.

ele não atinge a validade do tratado e deverá ser feita a sua correção;¹² c) o erro de fato é que constitui vício do consentimento; o erro de direito deve ser afastado como vício; d) o Estado que tenha contribuído para o erro não pode invocá-lo. O erro é utilizado nos tratados de delimitação.

O dolo, segundo Vitta, é “o erro devido à fraude de outrem, isto é, toda espécie de manobras ou de artifícios dirigidos a induzir uma parte na conclusão de um tratado, provocando o erro ou aproveitando do erro existente (dolo positivo ou negativo)”. A alegação do dolo é rara na história do DIP, existindo apenas alguns casos na história colonial em que “estados indígenas denunciaram declarações feitas em relação às potências civilizadas”, porque tinham sido ludibriados. A Convenção de Viena apenas declara que se um Estado concluiu um tratado induzido por outro fraudulentamente, o Estado interessado pode invocar a anulação do tratado. Para existir o dolo é necessário que haja dois requisitos: a) ter sido praticado por uma parte contratante; b) que “o erro devido a fraude de outrem” seja escusável para a vítima e determinante do seu consentimento. O dolo acarreta a responsabilidade internacional do Estado que o praticou. J. Salmon afirma que a prática internacional não registra caso de aplicação de dolo e erro em matéria de tratados e salienta que a teoria dos vícios do consentimento é artificial.

A coação pode manifestar-se de duas maneiras: contra a pessoa do representante do Estado ou contra o próprio Estado, com a ameaça ou o emprego da força. A ameaça contra a pessoa do representante do Estado anula o tratado. A coação contra um Estado pelo uso ou ameaça da força é causa de nulidade do tratado, uma vez que tal fato viola a Carta da ONU (art. 2, al. 4). Até o Pacto de Paris (1928), de renúncia à guerra, esta forma de coação não anulava o tratado; todavia, ao ser a guerra considerada um ilícito internacional, ela passou a ser considerada um dos vícios do consentimento. A validade dos tratados de paz tem sido defendida em nome do princípio da efetividade. Por outro lado, o DI só condena a violência ilícita. Senão chegaríamos a um contra-senso, vez que no caso de um agressor vencido por uma “força” da ONU o “tratado de paz” estaria inquinado de nulidade. É interessante observar que na codificação do direito dos tratados os países “não-alinhados” tentaram incluir como coação, ao lado da força armada, a pressão política e econômica, sem conseguirem.

Um outro caso pode ser incluído de vício do consentimento: a corrupção do representante do Estado. O Estado cujo representante foi corrupto pode invocar isto para invalidar o seu consentimento dado ao tratado.

A doutrina tem mencionado, como vício do consentimento, a lesão.¹⁴ Todavia, ela tem sido rejeitada devido ao seu aspecto, vago e impreciso, bem como traria grande insegurança às relações convencionais, uma vez que não existe um órgão internacional “com competência para constatar a sua existência e apreciar a sua extensão” (Rousseau).

É interessante salientar que os delegados do bloco comunista inquinam de nulidade os tratados que não forem realizados com base na igualdade jurídica. Esta tese tem sido defendida pelos novos países (Brownlie).

Na Conferência de Viena foi feita uma declaração visando complementar o art. 52 da Convenção, proibindo a coação militar, política ou econômica. A China Comunista tem defendido a nulidade dos denominados tratados desiguais, isto é, aqueles concluídos entre Estados com poderio diverso e este tenha sido utilizado para pressionar o outro contratante.

77. Os tratados podem ser classificados^{14A} sob o seu aspecto formal em bilaterais e multilaterais,¹⁵ levando em consideração o número de seus contratantes.¹⁶ Os tratados multilaterais normalmente têm a cláusula de adesão.

Do ponto de vista material, a doutrina os tem classificados em tratados-leis e tratados-contratos. Esta distinção remonta a Bergbohm, que observou possuírem determinados tratados normas jurídicas que os Estados aceitavam como normas de conduta; o que distinguia os tratados assim caracterizados dos outros era “a finalidade de criar normas jurídicas”. Triepel retoma esta orientação e assinala que determinados tratados (tratados-leis) são formados por vontade de conteúdo idêntico, enquanto, nos outros, (tratados-contratos) as vontades teriam conteúdo diferente. Os tratados-leis seriam fonte do DIP e neles é que se manifestaria a vontade coletiva. Os doutrinadores apresentam às vezes diferenças na caracterização dos tratados, como é o caso de Bourquin, para quem os tratados-contratos são aqueles em que os Estados visam “fins diferentes” e criam “situações jurídicas subjetivas”, enquanto os tratados-leis estabelecem “uma situação jurídica impessoal e objetiva”. Esta classificação surgiu “sobretudo tendo em vista chamar a atenção para a capacidade dos Estados de formularem regras de alcance geral por via convencional” (Michel Virally). Cançado Trindade alinha as seguintes correntes sobre a questão de se saber se os tratados são ou não fontes do DI: a) para Fitzmaurice e Parry eles são apenas fontes de obrigações; b) para Verdross são fontes de DI; c) para Maarten Bos eles são fontes de DI “desde que aumentem ou codifiquem o ‘corpus’ de regras já existentes, e são fontes de obrigação quando... desempenham a função de um contrato no direito interno moderno”.

Os tratados-leis se caracterizam ainda por serem geralmente plurilaterais e possuírem cláusula de adesão. É nesse tipo de tratados que normalmente se codifica o DIP.

Esta classificação entre tratados-leis e tratados-contratos deve ser abandonada. Esta é a opinião de Scelle, Kelsen, Quadri, Sereni, Morelli, etc. Na verdade, todo e qualquer tratado é fonte de DI, uma vez que estabelecem normas de conduta. O estatuto da CIJ, no seu art. 38, ao enumerar as fontes da nossa disciplina, fala em “convenções gerais e especiais” sem fazer qualquer distinção. A divisão dos tratados conforme o critério acima é difícil de ser feita em caso concreto, uma vez que os tratados contêm

geralmente dispositivos "legislativos" e "contratuais" ao mesmo tempo. Os próprios doutrinadores, como vimos, não chegaram a uma conclusão sobre as características do tratado-lei e do tratado-contrato.¹⁷ Por outro lado, a vontade manifestada por um dos contratantes recai sobre todo o tratado e não apenas sobre a sua prestação, mas também sobre a prestação do outro contratante. Esta distinção não tem qualquer alcance jurídico, uma vez que não existe no DI qualquer hierarquia entre o tratado-lei e o tratado-contrato.¹⁸ Entretanto, podemos salientar que na prática realmente existem certos tratados (os denominados tratados-leis) que possuem certas características próprias: normas objetivas, aberto, pessoal e unidade de instrumento. A distinção entre tratado-lei e tratado-contrato apresenta valor no tocante à aplicação das regras de interpretação, isto é, nos tratados-contratos recorre-se mais às negociações anteriores à conclusão dos tratados. Acrescenta-se que em caso de guerra os tratados-contratos são ab-rogados, enquanto os tratados-leis são suspensos (Favre). Esta classificação não figura na Convenção de Viena, que unificou as normas sobre tratados. Observa Combaçu que a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato vem de uma "ideologia" antivoluntarista que tentava aproximar a criação das normas no DIP com as do direito interno.

Outras classificações têm sido propostas pelos doutrinadores (Quoc Dinh): *a*) qualidade das partes (Estados ou organizações); *b*) tratados constitutivos de organizações internacionais (têm um regime de revisão próprio) e tratados meramente normativos; *c*) tipo de procedimento (tratados formais e acordos em forma simplificada).

Outras classificações de tratados podem ser citadas, por exemplo, a de tratado aberto (tem cláusula de adesão) e tratado fechado (não tem cláusula de adesão).

A doutrina mais moderna tem ainda mencionado uma categoria especial de tratados: o tratado-constituição. Este se caracterizaria "por não se limitar à criação de normas gerais de validade de direito internacional, mas também institucionalizaria um processo internacional com órgãos e poderes próprios e, acima de tudo, com uma vontade própria, diferente daquela dos Estados que contribuíram para a sua formação" (F. Orrego Vicuña).

78. O fundamento¹⁹ dos tratados internacionais, isto é, de onde eles tiram a sua obrigatoriedade, está na norma "pacta sunt servanda", que é um dos princípios constitucionais da sociedade internacional e que teria seu fundamento último no direito natural.²⁰

O princípio de que "a palavra dada deve ser cumprida" é tão "velho quanto o pensamento humano". Já no século XII a.C., na China, era considerado um princípio moral. Todavia, a sua formulação em máxima parece que tem origem em Cícero ao escrever "Pacta et promissa semper ne servanda sunt..." (De Officiis).

A revogação de um tratado só pode ser feita, em regra geral, como ocorre com a lei, através de um processo semelhante ao de sua criação, ou por um modo nele previsto ou fixado pelo DI Geral. A violação deste princípio acarreta a responsabilidade internacional.

É preciso entretanto observar que a doutrina não dá um sentido uniforme à norma "pacta sunt servanda": *a*) alguns (Maquifavel, Espinosa) negam a sua existência; *b*) outros (Vitta) declaram que esta norma só existe para os tratados válidos; *c*) outros (Scelle), ainda, declaram que esta norma é relativa e comporta exceções, etc. Na verdade, devemos concordar com Bourquin que esta norma é "uma forma particular do princípio geral de que a lei deve ser obedecida universal e continuamente".

79. Os efeitos dos tratados,²¹ em princípio, se limitam às partes contratantes, em virtude de um velho preceito "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" ("os tratados não beneficiam nem prejudicam terceiros"). É uma decorrência da sociedade internacional não ser hierarquizada. Eles são uma "res inter alios acta" sem produzir efeitos em relação a terceiros. Tal fato decorre, segundo Quadri, da "própria função dos tratados (auto-regulamentação)".

Os tratados estabelecem uma relação de Estado a Estado e se aplicam, salvo estipulação em contrário, a todo o território dos contratantes. Eles acarretam de modo indireto obrigações para os poderes estatais. O Poder Judiciário é obrigado a aplicar o tratado. O Executivo deverá cumpri-lo e o Legislativo, se for o caso, deverá elaborar as leis necessárias para a sua execução. O descumprimento de qualquer uma destas obrigações acarretará a responsabilidade internacional do Estado. Os tratados, de um modo genérico, só atingem os indivíduos através do direito interno após a sua incorporação a este direito.

Os tratados excepcionalmente podem produzir efeitos em relação a terceiros Estados. Em virtude do princípio da relatividade, o tratado produz efeitos apenas em relação às partes contratantes. A Convenção de Viena estabelece que em princípio um tratado só se impõe a um terceiro Estado se o terceiro Estado aceitar a obrigação, e ele só pode ser revogado com o consentimento do terceiro Estado e dos contratantes.

Uma obrigação só pode ser imposta com o consentimento do terceiro Estado. Um direito pode ser outorgado a um Estado não contratante se ele concordar, ou se nisto consentirem os Estados contratantes. O terceiro Estado pode se opor a isto. Entretanto, se esse terceiro Estado exercer o direito que lhe foi outorgado, deverá cumprir as condições estipuladas para o seu exercício no tratado. É comum existirem tratados que estipulem em favor de terceiros, por exemplo, de uma região geográfica ou para aqueles que se encontram em um determinado nível de desenvolvimento.

O direito dado a um terceiro Estado só pode ser revogado pelos contratantes se não houve intenção de que ele fosse irrevogável ou, ainda, de que para a sua revogação não era necessário o consentimento do terceiro Estado.

Todavia, existem certos tipos de tratados que produzem efeitos em relação aos terceiros Estados:²² são os tratados que criam "situações reais objetivas" ou "tratados-dispositivos", por exemplo, os que versam sobre questões territoriais (Tratado de Petrópolis, 1903, em que a Bolívia cedeu o Acre ao Brasil). McNair refere-se ainda aos tratados "constitutivos ou semilegislativos", que são os concluídos por um grupo de Estados em nome do interesse da sociedade internacional e que produzem efeitos em relação aos terceiros (ex.: Tratado de Viena, de 20 de março de 1815, em que oito potências declaram a Suíça neutra permanentemente e a que a própria Suíça só aderiu posteriormente no mesmo ano).

Grande parte da doutrina (Sereni) tem-se oposto a que um tratado imponha obrigações aos terceiros Estados. Todavia, a evolução da sociedade internacional através da criação de organizações internacionais nos parece conduzir a um ponto diametralmente oposto. É que, havendo uma "indivisibilidade da paz", não nos parece possível que uma pequena fração de Estados possa vir a destruí-la. Pelo menos era assim que se pensava em 1945. A ONU é um exemplo deste caso, em cujo art. 2º, alínea 6ª, são impostas obrigações aos terceiros Estados. Enfim, uma grande parcela da sociedade internacional visando ao bem comum pode impor obrigações (respeitado o DI Geral) a terceiros Estados por meio de um tratado.²³

Assinala Kojanec que "a coincidência entre sujeitos participantes no procedimento de produção de norma positiva e destinatários da própria norma não é uma característica necessária...". Parece-nos ser essa a interpretação que melhor se coaduna com a atual evolução do meio internacional na direção de maior solidariedade. Poderíamos salientar ainda que nestes casos os Estados estão agindo "ut universi" e não "ut singuli" (Quadri). Esclarece E. Sauvignon que os tratados cujas disposições são aplicadas a nacionais de terceiros Estados não produzem efeitos em relação aos próprios Estados. Os tratados se aplicam a estes indivíduos porque eles residem ou fazem comércio no território do Estado contratante. Os tratados permanecem "res inter alios acta". Haveria aqui uma "proteção normativa" que não é limitada aos seus nacionais.

É de se acrescentar que um tratado pode se transformar em norma costumeira de DI e, em consequência, obrigatória para todos os Estados como tal. A regra "pacta tertiis..." visa defender os Estados. Entretanto, os tratados multilaterais são "instrumentos para modelar e sustentar valores comunitários", daí a existência de uma fricção entre o rígido "pacta tertiis" e o "desenvolvimento progressivo de standards normativos". O problema é determinar o grau de intensidade necessária para que um terceiro apresente uma reivindicação, sendo necessário que ele tenha um interesse legal. Há situações que se pode chamar de "absurdas", como a da ONU ser um terceiro em relação ao tratado que a instituiu. A "pacta tertiis..." é mais aplicada nos tratados-contratos, porque os tratados multilaterais visam uma universalidade. Esta regra tem origem no D. Romano (Christine Chinkin).

Podemos observar ainda que um tratado não tem efeito retroativo.

80. A aplicação de tratados²⁴ com normas contraditórias deve respeitar os seguintes princípios que são enunciados pela Convenção de Viena:

a) a regra geral é que o mais recente prevalece sobre o anterior quando as partes contratantes são as mesmas nos dois tratados;

b) quando os dois tratados não têm como contratantes os mesmos Estados:

1 — entre um Estado-parte em ambos os tratados e um Estado-parte somente no tratado mais recente se aplica o mais recente;

2 — entre um Estado-parte em ambos os tratados e um Estado-parte somente no tratado anterior se aplica o tratado anterior.

c) entre os Estados-parte nos dois tratados só se aplica o anterior no que ele não for incompatível com o novo tratado.

Todavia, o Estado que violou um tratado com determinado Estado, ao concluir outro tratado com outro Estado, pode incorrer em um "processo" de responsabilidade internacional.

Finalmente é de se lembrar que os conflitos porventura existentes são na maioria das vezes resolvidos por meio de interpretação.

81. Os tratados se compõem de duas partes: o preâmbulo e a dispositiva.²⁵

O preâmbulo²⁶ contém geralmente um enunciado das finalidades do tratado e a enumeração das partes contratantes. Na Antiguidade e no período medieval havia invocações aos deuses.

A parte dispositiva é redigida sob a forma de artigos, sendo nela que estão fixados os direitos e deveres das partes contratantes.

Os tratados, como já foi dito e se depreende do que foi exposto acima, têm normalmente a forma escrita.²⁷ No Brasil se utiliza "papel branco, liso e acetinado". Nos dias de hoje o tratado é impresso ou datilografado,²⁸ sendo esta última forma a comum entre nós.

O idioma em que será redigido o tratado é escolhido livremente pelos Estados.^{29a} Quando as partes têm o mesmo idioma, o tratado é redigido nele. Quando possuem línguas diferentes, é possível a adoção dos seguintes sistemas: a) redige-se em tantas línguas quantas as dos contratantes (e a igualdade jurídica dos Estados); b) escolhe-se um terceiro idioma;²⁹ c) ou se conciliam os dois anteriores: tantas línguas quantas as dos contratantes e um terceiro texto redigido em outra língua para solucionar as dúvidas entre os demais instrumentos.

Atualmente, as organizações internacionais têm adotado "línguas oficiais" para, entre outras coisas, solucionar esta questão. A ONU tem como línguas oficiais: inglês, francês, espanhol, russo, chinês e árabe.

82. O problema da autoridade dos tratados em face das leis internas já foi estudado no capítulo IV, ao que serão acrescentadas algumas observações.³⁰

Os tratados tornam-se obrigatórios para os órgãos judiciais com a sua promulgação e publicação no âmbito interno dos Estados. A prática nor-

te-americana introduziu uma distinção: a de tratados auto-executáveis e a de tratados que dependem de regulamentação. Os tratados auto-executáveis estariam sujeitos às normas acima enunciadas, enquanto os que dependem de regulamentação dependeriam desta para se tornarem obrigatórios no interior do Estado.

A noção de tratado auto-executável não é uniforme: a) para uns (Dunstee, Tammes, Roling, Evans) é "self-executing" o tratado capaz de produzir efeitos no plano interno sem que haja necessidade de lei complementar, podendo ser aplicado diretamente pelo juiz; b) para outros (Rigaux, Sorensen) é "self-executing" o tratado que cria direitos e obrigações para os indivíduos e podem ser aplicados pelos tribunais do Estado. A diferença entre as duas concepções é que a primeira não se preocupa em saber se os efeitos do tratado visam diretamente os indivíduos: enquanto que para a segunda corrente isto é fundamental.

A primeira opinião da Corte Suprema dos EUA que utilizou a expressão "self-executing" foi em 1887, apesar de o conceito já ter surgido, em 1829, com Marshall, quando afirmava que "self-executing" era aquele que "operava por si mesmo". Os doutrinadores posteriores é que criaram a distinção "self-executing and non-self-executing treaties", o que é inconsistente com o texto da Constituição. A prática tem consagrado o critério de Marshall, mas reconhece que em alguns casos pode ser necessária a implementação pela legislação. Os próprios tratados "non-self-executing" podem ser utilizados como um meio de interpretação de normas legais. As observações deste parágrafo são de Jordan J. Paust. De um modo mais preciso, seguindo a Carlos Manuel Vázquez, a distinção entre tratado auto-executável e tratado não auto-executável foi introduzida pela Corte Suprema, em 1829, no caso "Foster v. Neilson". Segundo este autor, os tratados podem não ser auto-executáveis: a) se as partes tiveram esta intenção ao redigi-lo; b) quando impõe uma obrigação que não pode ser "enforceable" pelos tribunais; c) os que concluíram o tratado não tinham poderes para fazê-lo auto-executável; d) ele não cria um direito privado de ação e a parte não tem outro fundamento.

Os tratados devem submeter-se às normas das Constituições dos Estados contratantes. O problema das ratificações imperfeitas, ou seja, daquelas ratificações que são efetuadas sem a aprovação do Legislativo, será estudado mais adiante. Todavia, a inconstitucionalidade intrínseca das normas convencionais não é motivo para se deixar de lado a aplicação do tratado (neste sentido está a orientação da Corte Suprema norte-americana).

A Convenção de Viena determina que um Estado não pode invocar o seu direito interno para não executar o tratado.

83. O tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases:³¹ negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas.

Em sentido estrito, os tratados possuem uma conclusão mediata com as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação, e existe neles uma unidade de instrumento jurídico. Os acordos em forma simplificada têm uma conclusão imediata: negociação e assinatura e, geralmente, mas nem sempre, há uma "pluralidade de instrumentos jurídicos". Assinala Rousseau que a verdadeira diferença entre os tratados em sentido estrito e os acordos em forma simplificada é que nestes últimos não existe a ratificação. Entretanto, esta distinção não é exata, uma vez que nada impede a submissão do acordo em forma simplificada à ratificação. O que, entretanto, caracteriza estes acordos é o fato de não serem apreciados pelo Congresso. Quanto às demais fases mencionadas, eles também as têm. O tratamento destes acordos varia com o sistema constitucional em que se manifestam.

Em conclusão, podemos afirmar que os tratados em sentido estrito são aqueles submetidos à ratificação após terem sido aprovados pelo Poder Legislativo.³²

84. A negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado.^{32A} Ela é da competência, dentro da ordem constitucional do Estado, do Poder Executivo. A competência geral é sempre do Chefe de Estado (o rei na Bélgica e Holanda; o presidente da República na França, Alemanha e Itália). Entretanto, outros elementos do poder executivo passaram a ter uma competência limitada (Ministro do Exterior, os demais ministros em matéria técnica). Nesta etapa da conclusão dos tratados internacionais os representantes do chefe de Estado, isto é, os negociadores, se reúnem com a intenção de concluir um tratado. Remiro Brotons diz que na Espanha o Parlamento não está totalmente afastado da negociação, vez que ele pode orientá-la.

A negociação de um tratado bilateral se desenvolve, na maioria das vezes, entre o Ministro do Exterior ou seu representante e o agente diplomático estrangeiro, que são assessorados por técnicos nos assuntos em negociação.

A negociação de um tratado multilateral se desenvolve nas grandes conferências e congressos. Em períodos anteriores da História distinguia-se congresso (visava solucionar problemas políticos e as grandes potências tinham predominância) de conferência (visava estabelecer regras de direito e consagrava a igualdade das partes).

Negociação é um processo para encontrar uma terceira coisa que nenhuma parte quer, mas que ambas as partes podem aceitar" (Philip Allott).

Como bem salienta J. Combaeanu, a negociação é uma "operação material sobre a qual o DIP tem pouco a dizer", porque os participantes são totalmente livres para escolherem o procedimento a ser adotado.

De qualquer modo, a negociação deve ser feita com boa fé, e neste caso, segundo E. Zoller, isto significa a ausência de fraude, não incluir a erro e a não mentir.

Esta fase termina com a elaboração de um texto escrito que é o tratado. Quando os negociadores estão munidos de plenos poderes, ou deles dispensados, é então o tratado assinado. Se não possuem os plenos poderes, permite-se que os negociadores rubriquem o texto até que os mesmos recebam os plenos poderes e possam assiná-lo. O lapso de tempo entre a rubrica e a assinatura, neste caso, é de poucas semanas em média.

Entretanto, nada impede que seja acordado que a rubrica constitui a assinatura do tratado.

A adoção do texto de um tratado é feita por todos os Estados negociadores. Quando há uma Conferência, o texto do tratado é adotado por 2/3 dos Estados presentes e votantes, a não ser que se determine o contrário. Nos acordos por troca de notas nem sempre existe a fase da negociação.

85. A assinatura³³ no período histórico em que predominou a teoria do mandato para os plenos poderes era da maior importância, uma vez que ela obrigava o soberano, que deveria obrigatoriamente ratificar o tratado, a não ser no caso em que o negociador excedesse os poderes recebidos. Todavia, com o desenvolvimento da ratificação como ato discricionário, a assinatura diminuiu consideravelmente de importância.

Arécha é quem melhor mostrou a importância da assinatura, que pode ser resumida nos seguintes fatores:

- a) autentica o texto do tratado;^{33A}
- b) atesta que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado;
- c) os dispositivos referentes ao prazo para a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação e a adesão são aplicados a partir da assinatura;
- d) os contratantes “devem se abster de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado”. A Convenção de Viena (art. 18, b) abre uma exceção para a obrigação de uma parte “não frustrar o objeto e finalidade de um tratado”, que é a de que a “entrada em vigor do tratado” não tenha sido “retardada indevidamente”. Maresca assinala que nos tratados bilaterais uma parte que tenha assinado o tratado e este não tenha entrado em vigor pode praticar atos contrários ao tratado, desde que após a assinatura comunique previamente ao outro contratante que não mais concorda com o que ele assinara;
- e) a assinatura pode ter valor político;
- f) pode significar que o Estado reconhece as normas costumeiras tornadas convencionais.

Este último fator está consagrado na jurisprudência internacional e foi adotado pela Convenção de Viena.

A assinatura tem sofrido algumas transformações. A primeira observação é que as convenções internacionais do trabalho não são assinadas.³⁴ A segunda observação diz respeito à assinatura diferida.

A assinatura diferida³⁵ consiste em se dar aos Estados um prazo maior para a assinatura do tratado, a fim de que os Estados que não participaram das negociações figurem como partes contratantes originárias.³⁶ Todavia, este prazo tem sido estendido ao máximo; assim a Turquia e o Egito assinaram, respectivamente, o Estatuto da CPJI 15 e 20 anos depois da sua conclusão. Esta prática tem tornado a assinatura diferida bastante semelhante à adesão. A distinção entre a adesão e a assinatura diferida é que nesta última ocorre a ratificação, que “pressupõe uma assinatura”.³⁷ Na verdade, estes dois institutos acabam por se confundir em virtude da amplitude que é dada à assinatura diferida e a prática internacional cada vez mais difundida de a adesão ser dada sob reserva de ratificação. A assinatura diferida pode sofrer limites como, por exemplo, ter um prazo para ser dada, só ser concedida aos que participaram da negociação, ou sofrer uma limitação de área geográfica, etc.

A Convenção de Viena refere-se a “assinatura ad referendum”, que é aquela que necessita ser confirmada pelo Estado de quem a fez.

Finalmente, é de se salientar que um Estado pode se obrigar ao tratado pela simples assinatura quando os Estados contratantes assim concordam ou quando isto figura nos plenos poderes ou foi expresso durante a negociação.

A ordem das assinaturas obedece ao princípio do alternado, isto é, o chefe de Estado e seu plenipotenciário são citados em primeiro lugar nos instrumentos que lhes são destinados. Todavia, nos acordos assinados com a Santa Sé, os países católicos dão a ela o primeiro lugar.

Quando o tratado é multilateral e só há um exemplar que é assinado e os Estados recebem cópias, adota-se o critério da ordem alfabética do nome dos Estados em francês ou inglês (geralmente esta última, como nas conferências de codificação do DI).^{37A}

Quando se aplicava o princípio alternado nos tratados multilaterais, eram realizadas tantas cópias quanto os negociadores para que cada um assinasse o seu exemplar em primeiro lugar. Contudo no Congresso de Aquisgrana (1818) foi adotada a ordem alfabética do nome do país em língua francesa.

A assinatura dos participantes tem sido algumas vezes dispensada nos tratados concluídos em grandes conferências e é considerada suficiente a do presidente da conferência. Por outro lado, quando a conferência elabora vários textos, eles são reunidos na ata final, que é a única a ser assinada (René-Jean Dupuy).

A assinatura tem adquirido cada vez maior importância pela rapidez da vida internacional e o aumento de poder do Executivo.

86. A ratificação na definição de Sette Câmara, "é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais".

Historicamente, este instituto é encontrado em um dos mais antigos tratados de que se tem notícia, o de Ramsés II. do Egito, e Hattisuli, rei dos hititas, no ano 1280 a.C. (Taube), ou 1291 a.C. (Nussbaum).

Na Grécia, os tratados para entrarem em vigor precisavam da aprovação do Conselho e da Assembléia do povo. O tratado então aprovado seria promulgado e haveria a troca de ratificações.

Em Roma, a teoria jurídica da ratificação se delineou claramente no episódio dos Desfiladeiros Caudinos (321 a.C.), em que os romanos, derrotados, assinaram um tratado humilhante. O próprio Postumius, que assinara o tratado, sustentou que ele não era obrigatório. A obrigatoriedade só haveria se ele fosse ratificado.⁴⁰

No período medieval, a prática da ratificação perdurou, como é o caso do tratado concluído, em 561, entre Justiniano e Cosrois, rei dos Persas, que previa a sua ratificação e a troca de seus instrumentos. A ratificação era feita pelo Príncipe, geralmente por meio de um juramento: ele praticaria o pecado de perjúrio caso violasse o tratado. Outras vezes os príncipes confirmavam o juramento dado por seus representantes.

No Renascimento, como vimos, desenvolveu-se a teoria dos plenos poderes, acarretando o desenvolvimento também da ratificação como um meio de fiscalizar o negociador e o signatário. Ela é feita, geralmente, dentro de um prazo estipulado.⁴¹ A assimilação do negociador do tratado a um mandatário fez com que a ratificação passasse a ser obrigatória para o Príncipe, a não ser que o signatário do tratado houvesse excedido os seus "poderes". A doutrina manifestou-se no mesmo sentido: Gentili, Grotius, Pufendorf, Wicquefort, Vattel, etc. A ratificação torna-se quase "supérflua", apenas com a finalidade de verificar se o negociador havia agido dentro de seus poderes. Os casos em que se recusava a ratificação eram raros e acarretavam protestos dos demais contratantes.

No século XVIII a doutrina (Bynkershoek) reagiu contra a concepção anterior, considerando que a ratificação é obrigatória. Em Bynkershoek já encontramos o problema da divergência entre os plenos poderes e as instruções particulares, isto é, o negociador podia não violar os primeiros e violar as segundas (F. Mosconi). A necessidade da ratificação para a validade dos tratados internacionais foi influenciada acima de tudo pelo art. IV da Constituição Francesa de 1794 e pela adoção, em grande parte dos Estados, de um sistema constitucional que restringia os poderes do Executivo a respeito da conclusão dos tratados. Na prática convencional, a ratificação como ato necessário para a validade do tratado parece que

foi consagrada pela primeira vez em um tratado concluído entre o Diretório da França e a rainha de Portugal (1797), para ser definitivamente consagrada no Protocolo nº 19 do Congresso de Berlim de 1878.

O poder competente para efetuar a ratificação é fixado livremente pelo D. Constitucional de cada Estado. O Estado possui este direito em virtude de uma delegação do DI (Kelsen, Dehousse). Esta posição é uma decorrência da concepção sustentada do monismo com primazia do DI e, em consequência, a ordem jurídica interna de um Estado nada mais é do que "parte" do DI. Existem três sistemas sobre o poder competente para proceder à ratificação: a) competência exclusiva do Executivo (adotado nas monarquias absolutas, Itália fascista, etc.); b) divisão de competência entre o Executivo e o Legislativo, que pode ser dividido em dois tipos: 1 — o que obriga a intervenção do Congresso apenas em alguns tratados (França); 2 — o que obriga a intervenção do Congresso em todos os tratados (Brasil); c) sistema consagrando a primazia do Legislativo (Suíça, URSS).⁴² Na Suíça os tratados concluídos para vigorarem por mais de quinze anos ou com prazo indeterminado são submetidos a referendo. Este não é necessário se o tratado tiver cláusula de denúncia.

A ratificação é assim um ato do Poder Executivo, exigindo ou não a prévia autorização do Legislativo.

A ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados. As razões que militam em seu favor, segundo Sereni, são as seguintes:

- a) as matérias que são objeto do tratado, pela sua importância, devem ser apreciadas pelo chefe de Estado;
- b) a fim de evitar problemas posteriores sobre a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado;
- c) o desenvolvimento dos Estados democráticos e, em consequência, a participação do Parlamento na formação da vontade do Estado nos assuntos internacionais;
- d) "a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo Direito Interno, para a formação da vontade que ele deverá em seguida declarar internacionalmente ou ainda para adaptar o ordenamento interno ao tratado que será estipulado";
- e) dar aos órgãos internos a oportunidade de decidirem com calma e ponderação "sobre um texto já redigido na forma de projeto";
- f) a necessidade dos órgãos internos encarregados de "formarem e declararem a vontade do Estado de conhecerem e avaliarem as reações suscitadas pelo projeto do tratado na opinião pública nacional".⁴³

Os tratados passaram a ser somente obrigatórios depois de ratificados, mesmo quando a ratificação não esteja prevista expressamente (artigo 5º da Convenção Pan-americana sobre Tratados de 1928). Este princípio foi consagrado na jurisprudência internacional.

Todavia, devido à prática cada vez maior de acordos executivos, a ratificação tem decaído de importância. Um grande número de acordos bilaterais internacionais entram em vigor sem que haja ratificação. Diante deste fato é que a Comissão de DI não enunciou a ratificação como elemento essencial, a exemplo da Convenção de Havana, para a obrigatoriedade do tratado; declarou apenas que “em princípio” é ela necessária. Na verdade, a doutrina já vinha assinalando exceções ao princípio da ratificação, acordos executivos, tratados propriamente ditos que, em virtude de uma urgência, produziram efeitos a partir da assinatura, etc.

A Convenção de Viena, já dentro desta orientação, declara que um Estado se obriga... a um tratado pela ratificação quando: o tratado assim determina, a assinatura é submetida a ratificação e há intenção dos negociadores de submeterem o tratado a ratificação. Assim sendo, ela deixa de ser uma regra geral, isto é, subentendida em todos os tratados para só ser necessária quando ocorrerem os casos acima. Contrários à presunção da necessidade de ratificação: G. Fitzmaurice, H. Kelsen, H. Blix, G. Dahm, G. Schwarzenberger, etc.

A questão da natureza jurídica da ratificação tem sido muito discutida na doutrina. A primeira posição (Anzilotti, Sereni) que veremos sustenta que a ratificação não é um ato confirmatório da assinatura, “mas a verdadeira declaração de vontade” do Estado, ela “dá vida a um ato novo”. Esta concepção é de ser abandonada uma vez que a assinatura produz efeitos jurídicos, em outras palavras, a ratificação, como assinala o seu nome, significa pressupor a existência de um ato anterior a ela.

A segunda posição considera que os negociadores concluem um tratado condicional, a ratificação o torna presente, a ratificação não diz respeito à validade do tratado, mas à sua executoriedade (Phillimore). Na verdade, a ratificação não pode ser considerada uma “condição suspensiva”, porque já ocorreu que diversos tratados entraram em vigor antes da ratificação. Se a ratificação fosse um simples ato de aprovação, ela não poderia estar sujeita a uma reserva.

A terceira posição (Balladore Pallieri) considera que a assinatura e ratificação concorrem para a formação do tratado, tanto assim que o tratado não pode ser modificado na ratificação, a não ser nos termos que ele mesmo estipula. Quadri considera que esta teoria de que a ratificação faria parte de um ato complexo é inaceitável, uma vez que este pressupõe a manifestação de duas vontades autônomas, o que não ocorre na ratificação, onde “o chefe de Estado manifestaria a sua vontade duas vezes, uma por meio dos plenipotenciários e outra diretamente”.

A quarta posição (Scelle) equipara a ratificação a um ato-condição, isto é, a um ato que, realizado, provoca “a aplicação de uma situação jurídica objetiva”. Esta classificação dos “atos” da escola realista francesa não tem sido aceita de maneira pacífica pelos doutrinadores, uma vez que “mesmo um ato material é um ato-condição se a lei considera a sua realização como produzindo efeitos jurídicos” (Virally).

Na verdade, a ratificação é um ato *sui generis* que não se enquadra em nenhuma das classificações propostas. Ela é uma das fases, no processo de conclusão dos tratados. Ela confirma a assinatura do tratado e dá validade a ele, sem que isto signifique não produzir a assinatura qualquer efeito. A dificuldade em se classificar os atos internacionais se prende, evidentemente, à atipicidade do mundo jurídico internacional.

A principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário, do que decorrem duas conseqüências: (a) a indeterminação do prazo para a ratificação e (b) a licitude da recusa da ratificação. A indeterminação do prazo para a ratificação significa que ela poderá ser realizada pelo Estado no momento que assim julgar oportuno; isto, entretanto, não ocorre quando os tratados fixam um prazo determinado para ela. A licitude da recusa da ratificação não é coisa antiga no DI. A tese da não obrigatoriedade da ratificação começou a se desenvolver no século XIX, a partir de 1807, quando Jefferson rejeita uma convenção assinada com a Inglaterra no ano anterior e já aprovada pelo Senado. Esta concepção de se considerar a ratificação um ato discricionário do Estado se desenvolveu em virtude do seguinte fator: a separação dos poderes no Direito Constitucional e a participação do Legislativo no processo de conclusão dos tratados: se a ratificação fosse obrigatória, o Legislativo não teria, na verdade, qualquer interferência na conclusão do tratado, uma vez que a negociação cabe ao Executivo, e o Legislativo teria de aprová-lo, o que não estaria de acordo com a teoria da separação dos poderes.

A ratificação como ato discricionário está consagrada no artigo 7º da Convenção Pan-americana de 1928 sobre tratados. Ela é, deste modo, um ato discricionário do Estado e, dentro dele, do Poder Executivo; o Legislativo pode aprovar um tratado e o Executivo pode recusar-se a ratificá-lo,⁴¹ podendo inclusive revogar uma ratificação que já tenha sido dada mas ainda não depositada ou trocada. E mais, o Executivo só submeterá o tratado à aprovação do Legislativo se ele tiver intenção de ratificá-lo, ficando isto a seu critério.⁴⁵ Entretanto há casos de exceção, como o do Conselho da Europa que quando um tratado é aprovado pelo Comitê de Ministros tem que ser enviado às autoridades competentes para aprovar o tratado no prazo de 12 meses, e se houver circunstâncias excepcionais, 18 meses.

A ratificação não é um ato retroativo, e o tratado só produzirá efeitos a partir da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação.

A ratificação deve ser dada por escrito,⁴⁶ conforme estipula o art. 5º da citada Convenção de Havana. Todavia, é a legislação estatal que determina a forma intrínseca do instrumento. O instrumento como demonstração de sua resolução de ratificar o tratado e termina pela transcrição do texto do tratado. A ratificação contém três partes: a "narratio", a "dispositio" e a "corroboratio". A "narratio" é a parte "inicial, em que se historia o tratado, enunciam-se os Estados contratantes, menciona-se a finalidade do tratado e termina pela transcrição do texto do tratado. A "dispositio" é a parte em que se faz referência à ratificação propriamente dita. A "corroboratio" é a parte em que "o signatário apresenta o instrumento como demonstração de sua resolução de ratificar o tratado, 'em fé de que' o assina e sela".

A ratificação não deve ser condicional e "abranger" todo o tratado⁴⁷ (art. 6º da Convenção de Havana). Todavia, a prática tem aceito a formulação de reservas,⁴⁸ que veremos adiante. Pode-se afirmar ainda que a ratificação é irretratável (Rezek).

A troca dos instrumentos de ratificação ocorre nos tratados bilaterais, quando se elabora uma ata ou protocolo assinado pelos plenipotenciários. Jorge — Frédéric von Matsens no final do século XVIII é o primeiro autor a exprimir o princípio moderno segundo o qual o tratado só está concluído após a troca dos instrumentos de ratificação (Monique Constant). O depósito dos instrumentos de ratificação ocorre nos tratados multilaterais, prática que teria surgido no século XIX.⁴⁹ O depositário surgiu na convenção sanitária internacional de 1852, que ficou depositada junto ao governo francês. O Estado depositário é normalmente onde se celebrou a conferência. Desde a Liga das Nações e com a ONU passou a existir uma centralização do depósito dos instrumentos de ratificação, uma vez que eles passaram a ser depositados no seu Secretariado nas convenções celebradas sob os seus auspícios. Este procedimento é o seguido pelas demais organizações internacionais. O tratado torna-se obrigatório para o Estado no dia em que é feito o mencionado depósito e não no dia de sua comunicação aos demais Estados. Díez de Velasco classifica o depositário em: a) depositário-funcionário (ex.: Secretário-geral da organização internacional); b) depositário-organização; c) depositário-Estado. Grandino Rodas acrescenta ainda o caso de depositário-Estado (quando o tratado tem vários depositários), é o caso do tratado de proscrição de testes nucleares concluído, em Moscou, em 1963, que está depositado em Moscou, Londres e Washington. Esta prática de vários depositários é uma reivindicação dos países socialistas. As principais funções do depositário são duas: 1) a de guardar o texto original do tratado (surgiu nas Convenções de Haia de 1899) e 2) a de receber os instrumentos de ratificação ou as declarações em que se nega a ratificação (consagrada inicialmente no século XIX na prática alemã). O depositário deve, além de receber os instrumentos de ratificação, comunicá-los às demais partes do tratado, bem como as reservas

que foram apresentadas e a aceitação delas. Deve redigir um "procès-verbal" quando da entrada em vigor do tratado. Outras funções podem ser assinaladas com base na Convenção de Viena (a) examinar se a assinatura ou qualquer outro instrumento está em "forma adequada"; b) registrar o tratado no Secretariado da ONU, etc. Sobre a natureza das funções do depositário há uma grande discussão entre os autores: a) o depositário é um intermediário entre as partes (Dehaussy); b) o depositário tem funções de mandato (Vitta e Díez de Velasco); c) não é representante das partes (Reuter). Os membros da Comissão de DI consideram que o depositário não é representante de cada Estado, mas apenas um "mecanismo conveniente". João Grandino Rodas, em excelente trabalho sobre tal assunto, acrescenta que o mais importante depositário é o Secretário-Geral da ONU e que o Brasil é depositário de nove tratados concluídos no Rio de Janeiro, sendo que a maioria concluída em conferência interamericana.

Finalmente, é de se observar que antes da troca, depósito ou notificação dos instrumentos de ratificação, aceitação, etc., o tratado pode ser aplicado provisoriamente até a sua entrada em vigor se as partes assim convierem.

A conclusão a que podemos chegar é que a ratificação, no seu sentido tradicional de ato do Executivo após aprovação do tratado pelo Legislativo, se encontra em decadência. Por outro lado, vários acordos entram "em vigor" sem ratificação: a) assim os acordos econômicos muitas vezes entram em vigor "provisoriamente" antes da sua ratificação; b) a OIT tem procurado controlar a execução das convenções internacionais do trabalho, mesmo quando não foram ratificadas, o que tem feito os Estados executarem tais convenções mesmo quando não as ratificam (Vellas). Podemos salientar que na Convenção de Viena a assinatura passou a ter praticamente o mesmo valor que a ratificação. O Legislativo não se adaptou às novas exigências da vida internacional e o Executivo procura fugir ao seu controle. Ballardore Pallieri observa que se está processando uma "revolução" no sentido de se abandonar o respeito "à competência interna dos órgãos". Pode-se recordar que metade dos tratados publicados nos primeiros 465 volumes da "United Nations Treaty Series" entraram em vigor só com a assinatura.

87. O Poder Legislativo⁵⁰ começou a intervir nos assuntos internacionais do Estado no final do século XVIII, com as constituições dos EUA e a Revolução Francesa. No período anterior, em que predominava o absolutismo, a prerrogativa da conclusão dos tratados era da competência exclusiva do monarca.⁵¹ O monarca personalizava o Estado, não havendo assim razão para os seus atos serem aprovados por um determinado poder.

Seguindo a Cachapuz de Medeiros podemos salientar que J. J. Rousseau considerava que a política externa não era conveniente ser conduzida pelo povo, que deveria deixá-la para os chefes. Locke considerava que o poder federativo que trataria das relações exteriores não deveria ser dividido entre pessoas que agissem separadamente. Montesquieu tem pensa-

mento semelhante a Locke. A participação do Legislativo na conclusão de tratados na Revolução Francesa foi reivindicada por Pétion de Villeneuve, Abade Maury, etc.

A primeira Constituição que introduziu o controle do Poder Legislativo no processo de conclusão dos tratados foi a dos EUA, de 1789 (data em que entrou em vigor), no seu art. II, seção 2, inciso 2.^{51A} A Revolução Francesa, nas suas diferentes Constituições (1791, girondina, 1793, ano III e a do ano VIII), consagrou a intervenção do Legislativo na ratificação dos tratados. O artigo da Constituição Francesa de que o Executivo deveria negociar o tratado e o Legislativo aprová-lo foi proposta de Mirabeau. Esta tendência se foi afirmando nas Constituições das monarquias liberais do século XIX, inclusive na brasileira de 1824 (art. 102, alínea 8ª). A Constituição belga de 1831 foi um fator decisivo da evolução neste sentido, introduzindo (art. 68) uma distinção: a de tratados que podem ser concluídos pelo Executivo sem a intervenção do Legislativo e os que necessitam de aprovação do Legislativo. Nesta última categoria entravam os tratados de comércio, os que afetavam as finanças do Estado e os que modificavam a legislação em vigor.

A partir da Constituição belga estão delineados os dois principais sistemas de controle do Legislativo: a) o sistema norte-americano, em que todos os tratados devem ser submetidos à sua apreciação; b) o sistema belga, hoje adotado, por exemplo, na França,^{51B} onde apenas alguns tratados são submetidos à apreciação legislativa.^{51C} Salienta P. Rambaud que são aprovados pelo Parlamento os tratados que versam matéria de competência do legislador ou que tenham "dispositivos de natureza legislativa, porque se assim não fosse o Executivo faria 'leis' por meio de tratados".

A intervenção do Poder Legislativo se desenvolveu juntamente com a democracia. Todavia, nos últimos decênios se têm propagado práticas no sentido de se fugir ao seu controle. O Congresso normalmente é lento, não se adaptando assim à vida internacional, extremamente rápida.

A principal prática neste sentido são os denominados acordos em forma simplificada, que se desenvolveram, acima de tudo, nos EUA,^{51D} com o desejo de fugir ao controle do Senado. Eles somente se distinguem dos tratados no seu aspecto formal, isto é, não estão sujeitos à aprovação pelo Legislativo, daí a sua denominação de "acordos em forma simplificada". Nada impede que haja a ratificação; entretanto, a assinatura em regra é suficiente para obrigar o Estado. É que as Constituições, de um modo geral, somente se referem aos tratados, o que permite aos governos defenderem que tais acordos, não sendo tratados, não estão submetidos ao controle do Legislativo.⁵² Entretanto, a prática destes acordos criou em seu favor um costume tanto no DIP como no D. Constitucional. É de se ressaltar que a distinção entre tratado e acordo do executivo é do direito interno, isto é, se necessita ou não de aprovação do Legislativo.

Os acordos em forma simplificada podem ser classificados em técnicos e em militares (Veicopoulos). Os militares são aqueles concluídos pelos comandantes militares ou por seus representantes. Os técnicos são os assinados pelos altos chefes da administração. Deve ser ressaltado que esta classificação não é perfeita, vez que estes acordos são atípicos (Mônaco).

Os efeitos dos acordos em forma simplificada são os mesmos dos tratados. Todavia, tem-se admitido que os acordos envolvendo uma promessa pessoal não se transmitem como obrigatórios ao sucessor de quem os concluiu.⁵³ Fuad Hamzeh propõe que os acordos em forma simplificada sejam denominados de "acordos intergovernamentais", vez que o executivo de cada contratante é nele designado ("o governo da Itália e o governo dos EUA").

Sobre o fundamento da obrigatoriedade dos acordos do executivo existem três posições: a) a de Bittner, que sustenta serem eles válidos, porque se fundamentam em uma competência própria dos que os concluíram; b) a de Chailley, de que a obrigatoriedade decorre do direito público do Estado, havendo uma delegação tácita de competência feita pelo Chefe de Estado; c) a de P. Visscher, que afirma existir um costume neste sentido. É a que nos parece mais aceitável.

O que distingue um tratado de um acordo em forma simplificada não é o seu nome, mas o seu conteúdo. Outras vezes é que este não precisa de ratificação. Na Alemanha estes acordos são caracterizados pelo campo de competência das autoridades administrativas que os aplicam.

De qualquer modo, não há uma hierarquia entre tratado e acordo em forma simplificada.

A cláusula de aceitação⁵⁴ é outra prática que se tem utilizado para substituir a ratificação, que necessita de uma aprovação prévia do Legislativo. Esta cláusula surgiu pela primeira vez na Comissão Interina que elaborou a Constituição da FAO, de 1943 a 1944, sendo adotada em uma série de tratados institutivos de organizações internacionais, como o da UNESCO, em 1945, ou ainda nos tratados institutivos do GATT, IMCO, BIRD, etc., sendo assim uma prática que surge nos tratados multilaterais concluídos após a 2ª Guerra Mundial. Ela surgiu da necessidade de se criar um procedimento flexível para que os Estados pudessem "confirmar" o tratado dentro de suas normas constitucionais. A aceitação veio atender a essa finalidade. Ela opera, por exemplo, nos EUA da seguinte maneira: o Executivo solicita ao Legislativo recursos para se tornar membro de uma organização internacional e, se esta solicitação é atendida, o Presidente pode aceitar o tratado sem precisar submetê-lo à aprovação do Senado.

Esta fórmula tem sido criticada no sentido de que ela não pode isentar o Governo de respeitar as suas limitações constitucionais, o que tornaria a aceitação bastante semelhante à ratificação. A atual prática dos órgãos técnicos das NU é não submeter o tratado concluído sob os seus auspícios a ratificação, mas sim a aceitação e aprovação. A aceitação é feita pelo

depósito de um instrumento formal que emana do Executivo e pode não ser do Chefe de Estado. como, na França, é dado pelo Ministro das Relações Exteriores.

No Brasil a questão da submissão dos tratados ao Legislativo estava regulada pelos artigos 87, inciso VI, e 66, inciso I, da Constituição de 1946.^{34A}

No Brasil a doutrina se dividiu em duas grandes correntes: *a*) a primeira sustenta a validade dos acordos do Executivo dentro do nosso sistema constitucional (Accioly, Levi Carneiro, João Hermes Pereira de Araújo e Geraldo Eulálio Nascimento Silva); *b*) a segunda nega esta validade (Haroldo Valladão, Marota Rangel, Afonso Arinos, Pontes de Miranda, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano).

A primeira corrente afirma que seria dispensada a aprovação do Legislativo nos seguintes acordos: "*a*) os acordos sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo; *b*) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita; *c*) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente; *d*) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento; *e*) os de 'modus vivendi'... podendo-se ainda acrescentar as 'declarações de extradição' e 'ajuste para a prática brasileira que sempre se utilizou dos acordos do Executivo: que as Constituições de 1934 e 1946, ao substituírem a expressão 'ajustes, convenções e tratados', que figurava na de 1891, por 'convenções e tratados', restringiram a área de ação do Legislativo. Por outro lado, estas Constituições não têm a palavra 'sempre' que existia na de 1891 ('sempre 'ad referendum' do Congresso'). Os acordos do executivo versariam sobre matérias da competência do Poder Executivo. Sustenta-se a existência de uma norma costumeira no sentido apontado.

A segunda corrente sustenta que todo e qualquer acordo deve ser submetido ao Congresso. Alegam que os comentadores da Constituição de 1891, neste aspecto (Barbalho, Bevilaqua, etc.), já tinham esta interpretação e que as Constituições de 1934^{34B} e 1946 se teriam mantido na nossa tradição. Sustentam os seus defensores que é difícil se delimitar os assuntos que sejam da competência exclusiva do Executivo.

A nossa opinião é favorável à primeira corrente, porque ela é a que melhor atende às finalidades práticas da questão.³⁵

Podemos acrescentar que é inadmissível considerar que a nossa Constituição tem sido violada impunemente todos estes anos. A Constituição não é um texto estático, mas dinâmico. Quadri é quem melhor a caracteriza: "... que por Constituição não há necessidade de se entender somente a escrita. A idéia de Constituição se relaciona a um critério de efetividade, equivale à 'prática' constitucional".

A Constituição de 1967 tinha uma redação mais infeliz que as anteriores, uma vez que no art. 47, inciso I, declara que é da competência exclusiva do Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República". No art. 83, inciso VIII, afirma que é da competência privativa do Presidente "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, 'ad referendum' do Congresso Nacional". Ora, em um artigo fala em apenas "tratados", ou seja, parece admitir os acordos do Executivo, enquanto que em outro fala em "tratados, convenções e atos internacionais", ou seja, os acordos do Executivo desapareceriam, uma vez que qualquer ato internacional seria submetido ao Congresso. Diante destes textos sustentamos a mesma opinião que emitimos a respeito da Constituição de 1946. Enfim, "optávamos" pelo art. 47, inciso I, por se adaptar melhor às necessidades da vida internacional do País.³⁶ Neste sentido da validade de acordos por troca de notas está um parecer de Augusto de Rezende Rocha.

A Constituição de 1969 (emenda à de 1967) elimina esta contradição (arts. 44, inciso I, e 81, inciso X) e estabelece que "é da competência exclusiva do Congresso Nacional": "resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República", terminando teoricamente com os acordos do Executivo, o que na prática é inexecutável, a não ser que se faça uma regulamentação em sentido diverso. A expressão "ato internacional" é infeliz, vez que ela é extremamente imprecisa e se fora ela entendida em sentido amplo a política externa ficaria bastante entravada; daí a nossa preferência para considerar que ela foi utilizada como sinônimo de tratado, convenção, etc. Uma outra questão a ser comentada é a expressão "resolver definitivamente", que na realidade o Congresso só faz ao negar a aprovação; caso contrário, é o Executivo que o faz.

A Constituição de 1988 deu uma amplitude maior ao Congresso Nacional (art. 49, I), ao estabelecer que serão submetidos a ele "tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Significando isto que os acordos, por exemplo, sobre a dívida externa serão submetidos à aprovação do Legislativo e não poderão ser concluídos sob a forma de acordos do Executivo. No tocante aos Estados-membros da federação, municípios e Distrito Federal e União cabe ao Senado Federal "autorizar operações externas de natureza financeira" (art. 52, V). No caso de tratado submetido às duas Casas do Congresso, a aprovação é feita por meio de um Decreto Legislativo; e quando é apenas da competência do Senado, é feita por uma Resolução.

Uma outra questão a respeito de tratados no nosso sistema constitucional é o poder de emendá-los do Congresso. A defesa de o Congresso emendar tratados, a exemplo do Senado norte-americano, é feita por Aurelino Leal e atualmente por Wilson Accioly de Vasconcellos. A corrente que nega este poder ao Legislativo é representada por João Barbalho, João

da Fonseca Hermes Júnior, Alberto Deodato, Assis Brasil.⁵⁷ A melhor posição é a de Pontes de Miranda, negando a possibilidade de emenda e aceitando a apresentação de reservas. A emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação.⁵⁸ Já a reserva não tem o aspecto acima mencionado. O Legislativo poderá apresentá-la desde que seja cabível.⁵⁹ Decorre esta posição da seguinte consideração: quem negociou o tratado foi o Executivo, e uma vez que ele admite reserva, foi por ter concordado com isto. Ora, nesta situação o Legislativo se manifesta dentro dos estritos limites do tratado negociado pelo Executivo. Entretanto, caberá ao Executivo apreciar a vantagem de ratificar o tratado aprovado pelo Congresso com reserva, ou deixar de fazê-lo. Na prática, todavia, é de se assinalar que o Congresso tem apresentado emendas.

Finalmente podemos observar que no Brasil um tratado não aprovado pelo Congresso pode ser novamente submetido à sua apreciação na mesma legislatura. Ele não pode é ser apreciado novamente na mesma sessão legislativa. A Constituição Federal, quando não quer que a matéria volte a ser apreciada na mesma legislatura, estabelece-o expressamente, o que não ocorre com os tratados.

Seguindo ainda Cachapuz de Medeiros, podemos reproduzir os seguintes dados estatísticos: a) na vigência da Constituição de 1946, o Congresso aprovou 172 atos internacionais multilaterais e 181 bilaterais. Só um tratado foi rejeitado, que foi uma convenção internacional do trabalho em que o Congresso seguiu recomendação do Executivo; b) na vigência da Constituição de 1967, o Congresso aprovou 48 atos internacionais (27 multilaterais e 21 bilaterais); c) de 1969 a 1981 foram aprovados pelo Congresso 106 multilaterais e 186 bilaterais. Três aprovações foram dadas com reserva. Entre 1946 e 1981 só um tratado foi aprovado pelo Legislativo com emendas: acordo de comércio e pagamentos entre Brasil e Tcheco-Eslôvquia, concluído em 1960, sendo que o governo tcheco aceitou as emendas e ele foi promulgado em 1963. Entre 1946 e 1981 o Congresso aprovou sete atos com reservas, mas em quatro deles seguiu recomendação do Executivo.

88. A ratificação pode levantar, em relação à Constituição estatal, problemas de "constitucionalidade extrínseca" e de "constitucionalidade intrínseca".⁶⁰ O primeiro caso ocorre quando o tratado é ratificado pelo Poder Executivo sem a aprovação do Legislativo, como determina a Constituição. É a ratificação imperfeita (Rousseau). O segundo caso ocorre quando o tratado é ratificado pelo Executivo com a aprovação prévia do Legislativo, violando, porém, o tratado, preceito constitucional do Estado.

A questão das ratificações imperfeitas só surgiu com o controle parlamentar da conclusão dos tratados e, por conseguinte, com a intervenção

de dois poderes para que haja a ratificação. A ratificação continua sendo ato do Executivo, mas o Legislativo deve aprovar previamente o tratado a ser ratificado.

A doutrina sobre o valor da ratificação imperfeita se dividiu em três grupos:

a) o que admite a validade dos tratados irregularmente ratificados (Laband, Bittner, Anzilotti, Cavaglieri); a não submissão do tratado ao Legislativo seria uma questão de direito interno sem relevância no DI. O Estado contratante não é obrigado a conhecer o D. Constitucional do outro contratante. Esta concepção daria maior segurança às relações internacionais. Anzilotti observa: "É inadmissível que o Estado faça valer a nulidade do tratado fundando-se em um fato ilícito pelo qual deve responder." E acrescenta: "A responsabilidade o impede de fazer valer a nulidade do ato e, substituindo a vontade, torna-se a causa, o fundamento da validade do tratado."

Aceitar esta teoria significa reconhecer ao chefe de Estado o "jus representationis omnimoda", abandonado na prática internacional de hoje. Na verdade, não são todos os atos praticados pelo chefe de Estado que podem ser imputados ao próprio Estado, uma vez que isto violaria os princípios da democracia;

b) o que sustenta a nulidade do tratado (Chailley, Dehousse, Bourquin, Pimenta Bueno). — Alegam estes doutrinadores que não existe nenhuma norma de DI afirmando a validade destes tratados. Negam ainda a existência da norma costumeira consagrando o "jus representationis omnimoda". Sustentam que as normas constitucionais sobre conclusão dos tratados têm relevância para o DI, que reconhece ser esta matéria da competência do D. Constitucional.

Esta teoria tem a desvantagem de trazer uma insegurança às relações internacionais;

c) o da teoria mista, que sustenta a nulidade do tratado quando a violação for notória e a sua validade em caso contrário (Paul de Visser, Lauterpacht, Ouggenheim, Comissão de DI), que defende uma solução de compromisso entre os dois grupos anteriores de teorias já expostas. A nulidade do tratado só haveria no caso de violação de uma "disposição clara e não ambígua".

Estipula a Convenção de Viena que a anulação só pode ser invocada se a "violação for manifesta" e se a norma do direito interno violada era de "importância fundamental". Considera "violação manifesta" aquela que é "objetivamente evidente a qualquer Estado", levando-se em consideração a prática normal e a boa fé.

Esta concepção é a que melhor atende às necessidades da vida internacional, uma vez que resguarda a segurança das relações internacionais e ao mesmo tempo responde às maiores necessidades do direito interno

dos Estados. Ela, entretanto, não deixa de ser passível de crítica: a dificuldade que existe muitas vezes em se verificar a "notoriedade" de uma limitação constitucional.⁶¹

Como salienta Robert Y. Jennings, nos EUA, para se saber se é um tratado o acordo que foi concluído "depende de questões jurídicas esotéricas".

A jurisprudência interna de alguns países, como a França, se manifesta em favor da validade do tratado em que ocorre a ratificação imperfeita. A prática diplomática não é também uniforme, mas predominando a validade do tratado. A jurisprudência internacional só possui um caso sobre o assunto, que foi entre a Costa Rica e a Nicarágua, resolvido pela arbitragem do Presidente Cleveland (1888), que consagrou a nulidade do tratado.

Os problemas de "constitucionalidade intrínseca" levantados pela ratificação não são propriamente questões de ratificação, mas que pertencem ao domínio das relações entre o DI e o D. Interno, das relações entre os tratados e as Constituições. As dúvidas que podem surgir dizem respeito à execução do tratado na ordem interna, mas não na ordem internacional, onde ele é perfeitamente válido. A ratificação é um ato que permite aos órgãos competentes do Estado meditar sobre o tratado, as suas consequências e sua oportunidade, enfim, se ele é compatível com a sua Constituição. Ora, se estes órgãos competentes consideram que o tratado é perfeito na sua constitucionalidade, não compete ao Estado estrangeiro averiguar se o tratado é conforme à Constituição daquele Estado, sendo sua função apenas verificar se a ratificação foi feita pelos órgãos competentes.

89. A promulgação⁶² ocorre normalmente após a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação. É, segundo Accioly, "o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal".

A razão da existência da promulgação é que o tratado não é fonte de direito interno (Rousseau). Assim sendo, a promulgação não atinge o tratado no plano internacional, mas apenas a sua executoriedade no direito interno.

Os efeitos da promulgação consistem em: a) tornar o tratado executivo no plano interno e b) "constatar a regularidade do processo legislativo", isto é, o Executivo constata a existência de uma norma obrigatória (tratado) para o Estado.

No Brasil⁶³ a promulgação é feita por decreto do Presidente da República, onde é ordenada a execução do tratado, cujo texto aí figura e é publicado no *Diário Oficial*. Alguns países, como a França e os EUA, utili-

zam-se do que foi denominado de "promulgação tácita", isto é, faz-se simplesmente a publicação sem se "ordenar" coisa alguma.

Na verdade, a publicação certificando a existência do tratado é mais do que suficiente, uma vez que as normas internacionais são obrigatórias para o Estado, sem qualquer transformação. O importante é a executoriedade do tratado e esta só é possível, no plano interno, com a publicação que leva ao conhecimento de todos a existência daquela norma internacional. Entretanto, no âmbito internacional ela já é obrigatória antes da publicação.

90. A publicação⁶⁴ é condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno. A origem da publicação dos tratados pode ser encontrada na mais remota Antiguidade, como no Egito, onde eles "eram gravados em tábuas de prata ou barro e expostos nos templos com as principais leis do Estado". Na Grécia os tratados eram concluídos no Senado e na Assembléia, sendo gravados em bronze, mármore ou madeira e colocados em locais públicos, geralmente nos templos de Minerva, Delfos e no Areópago. Em Roma eram "publicados" em lâminas de bronze (os tratados permanentes) e em lâminas de madeira (os tratados concluídos por pequeno lapso de tempo). Eram publicados nos templos de Castor e Júpiter e posteriormente no Templo "Fides Populi Romani", no Capitólio, que chegou a ter cerca de três mil tábuas (João Grandino Rodas). Segundo este internacionalista, que escreveu um excelente livro sobre esta matéria, antes da Paz de Vestefália existiam duas coleções de tratados, uma de Saint-Gelais publicada, em Paris, em 1622, e outra publicada em Antuérpia, em 1645, por Chiflet. Após a Paz de Vestefália as coleções de tratados se multiplicaram, sendo que a primeira grande coleção é o "Codex juris gentium diplomaticus", publicado por Leibnitz, em 1693, em Hanover.

A publicação é adotada por todos os países. Na França, Países-Baixos e Luxemburgo a eficácia do tratado no plano interno é subordinada à sua publicação. Na Alemanha Ocidental e Itália as Constituições não obrigam que o texto do tratado seja publicado e obrigam a publicação da autorização legislativa para ratificação, mas na prática o tratado também é publicado. No Brasil ela data do Império. Publica-se, entre nós, atualmente, o decreto legislativo, em que o Congresso aprova o tratado, e o decreto do Poder Executivo, em que ele é promulgado. O texto do tratado acompanha o decreto de promulgação. A publicação é feita no *Diário Oficial*⁶⁴ e incluída na "Coleção de Leis do Brasil". Também os textos dos tratados figuram no "Relatório do Ministério das Relações Exteriores".⁶⁵

Desde a criação da Liga das Nações e a luta pela abolição da diplomacia secreta foi instituída uma publicação no plano internacional: a "Treaty Series". Esta mesma coletânea continua ainda sob a ONU. A "United Nations Treaty Series", está com a sua publicação de tratados bastante atrasada. Em 1985 tinham sido publicados 1.100 volumes e 11 volumes de índice. É feita a publicação dos tratados registrados no seu Secretariado.

Simone Dreyfus observa com razão que no plano internacional não se pode falar em publicidade, mas em "fazer conhecer o tratado", que é realizado pelo registro. Na verdade, o registro é a publicidade no DI.

91. A origem do registro⁶⁶ dos tratados internacionais está em um dos 14 princípios de Woodrow Wilson (1918), que propunha a abolição da diplomacia secreta.^{66A} É de se recordar que, em 1915, a Confederação Geral do Trabalho, em um manifesto, já propunha a abolição dos tratados secretos. Pode-se lembrar que no século XVII os tratados eram registrados nos Paramentos (Cortes de Justiça).

Na Liga das Nações foi incluído um artigo em que se obrigava o registro dos tratados (art. 18) no Secretariado. Todavia, a sua redação ocasionou uma série de dúvidas, como a de se saber se um tratado era obrigatório ou não antes do registro. Este dispositivo caiu em desuetude.

O primeiro sistema regional de registro foi o da União Pan-americana, que foi aprovado na Conferência de Lima em 1938.

A Carta da ONU, no seu art. 102, evitou alguns dos equívocos do Pacto da Liga, e a Assembléia Geral regulamentou o seu emprego especificando que:

- ① — todos os atos internacionais devem ser registrados;
- ② — o registro só será efetuado depois de o ato estar em vigor;
- ③ — o tratado, para se fazer o registro, necessita ter sido concluído depois de 1945 e que, pelo menos, uma das suas partes seja membro da ONU;
- 4 — o registro pode ser de iniciativa de um dos Estados contratantes, o que desobriga o outro, ou por iniciativa de uma das agências especializadas da ONU;
- ⑤ — não se registra o tratado entre Estados que não sejam membros da ONU;
- 6 — o Estado não membro da ONU pode solicitar o registro quando a outra parte do tratado é membro da ONU;
- 7 — a própria ONU pode registrar tratado *ex officio*, quando ela for parte, e ainda os tratados em que ela receber autorização expressa para efetuar o registro;
- 8 — as agências especializadas também podem efetuar o registro: a) quando tiverem autorização; b) "quando o tratado ou acordo tiver sido registrado na agência especializada, segundo as prescrições do seu instrumento constitutivo"; c) "quando o instrumento constitutivo da agência especializada prevê tal registro";
- 9 — o registro pela ONU ou por agência especializada desobriga as demais partes contratantes.

Finalmente, podemos lembrar que na ONU desenvolveu-se uma prática de que os não-membros podem também registrar os tratados.

O depositário de um tratado tem como função registrar o tratado no Secretariado da ONU (Convenção de Viena).

É considerado dia do registro do tratado o dia do recebimento pelo Secretário-geral do pedido do mesmo. Nos casos em que o registro é *ex officio*, a data do registro é considerada como sendo a em que o tratado entrou em vigor.

O Secretariado fornece um certificado de registro, que é redigido nas cinco línguas oficiais da ONU: francês, inglês, espanhol, russo e chinês.

A sanção para o tratado não registrado está prevista na alínea 2ª do art. 102 da Carta da ONU, que estatui não poder o tratado ser invocado "perante qualquer órgão das Nações Unidas". É de se salientar que o tratado não registrado é obrigatório para as partes contratantes; apenas elas não poderão invocá-lo no âmbito da ONU.

92. A cláusula da nação mais favorecida⁶⁷ é aquela que em um tratado se estipula que os Estados contratantes se outorgarão "as vantagens mais consideráveis que eles já tenham concedido, ou possam vir a conceder no futuro, a um terceiro Estado, sem que seja necessária uma nova convenção entre eles" (Jiménez de Aréchaga).

O antecedente mais remoto desta cláusula é encontrado no século XI (1055), quando o Imperador Henrique III se garantiu que a cidade de Mântua lhe assegurasse o gozo dos "costumes" que fossem obtidos por qualquer cidade. No século XVII a cláusula passou a adquirir relevância,^{67A} e o Tratado de Utrecht (1713), ao introduzir pela primeira vez "o princípio moderno da igualdade de tratamento a respeito de direitos aduaneiros", acarretou o seu desenvolvimento. No Brasil ela já figura no tratado de reconhecimento da independência que assinamos com Portugal em 1825.

A utilização desta cláusula apresenta algumas vantagens, como a de permitir uma adaptação das convenções às necessidades econômicas sem que seja necessária a conclusão de outros tratados, bem como dá uma certa uniformidade no tratamento dado por um Estado aos países estrangeiros.

Ela pode ser bilateral (quando ambos os contratantes se outorgam as vantagens da cláusula) e unilateral (quando ela opera em benefício de apenas um contratante). Ela se apresenta ainda positiva (quando declara que serão dadas as mesmas vantagens outorgadas aos terceiros Estados) e negativa (quando "se estabelece que não se imporão a um Estado gravames ou ônus mais onerosos que aqueles aplicados a terceiros Estados"). Ela pode ser geral (quando se aplica a todas as relações comerciais) e especializada (quando enumera as mercadorias ou o seu campo de aplicação). A cláusula pode ser também condicional (ela só opera quando o Estado que pretende dela se beneficiar oferecer as mesmas vantagens que o terceiro Estado) e incondicional (quando se estende à parte contratante automaticamente). A mais comum é a incondicional. Os EUA adotaram

inicialmente a condicional e depois a forma incondicional. Parece que a interpretação condicional desta cláusula nos EUA surgiu com o tratado franco-americano de 1778, que a consagra expressamente e que teria a sua origem na teoria anglo-saxônica dos contratos, em que estes só são válidos se há uma "reciprocidade de vantagens" (E. Decaux). A interpretação européia desta cláusula é a que tem predominado no sentido de ser ela incondicional, quando não houver especificação. A finalidade desta cláusula é favorecer a igualdade comercial, criando igualdade de condições de concorrência.

Esta cláusula, quando aplicada nas relações entre desenvolvidos e subdesenvolvidos, opera sempre no aspecto econômico, em prejuízo destes últimos, e se pode acrescentar que é difícil se conseguir um equilíbrio jurídico quando existe um desequilíbrio nas relações econômicas (Patrice Level). Ela, apesar de criticada, é ainda utilizada em assuntos aduaneiros e se encontra consagrada no GATT.^{67b} A cláusula não funciona bem em relação aos subdesenvolvidos porque eles precisam ser protecionistas, daí o GATT prever certas normas em favor desses Estados. Finalmente, podemos lembrar que os Estados associados ao Mercado Comum Europeu dão a ele o tratamento de nação mais favorecida e em contrapartida recebem certas vantagens comerciais. Ela figura também na Carta de Direitos e Deveres Econômicos por solicitação dos então países socialistas e dos países em desenvolvimento.

Os subdesenvolvidos têm apresentado as seguintes reivindicações em relação a esta cláusula: a) os subdesenvolvidos podem reduzir tarifas em relação a outros subdesenvolvidos e mantê-las em relação aos países industrializados; b) os industrializados podem reduzir tarifas em benefício dos subdesenvolvidos mas mantê-las para os países industrializados; c) os subdesenvolvidos não devem receber menores vantagens do que as dadas aos países industrializados.

Nos casos de união aduaneira, têm sido excluídos os terceiros Estados das vantagens dadas por seus membros, mesmo quando estes têm tratado com cláusula de nação mais favorecida com terceiros Estados.

A Comissão de DI elaborou um projeto de convenção sobre a cláusula de nação mais favorecida, que tem aceitação do terceiro mundo, mas não tem dos países ricos. A proposta abrange os aspectos jurídicos e os de política econômica. De qualquer modo, é difícil que a convenção venha a ser aprovada em curto prazo (Jean Touscoz).

A cláusula de nação mais favorecida foi necessária para o desenvolvimento do comércio, em certa época, para alguns países latino-americanos. Contudo, a pouca diversidade e competitividade das exportações latino-americanas impedia que elas tivessem vantagens na Europa.

Em caso de segurança nacional a cláusula de nação mais favorecida não é aplicada.

A adesão ou acesso⁶⁸ é a cláusula inserida em um tratado que permite a um Estado não-contratante se tornar parte dele. Ela tem sido muito utilizada nos tratados multilaterais e em princípio só é possível quando o tratado a previu expressamente. Caso o tratado silencie sobre a possibilidade de um terceiro se tornar seu contratante, é necessário o consentimento dos Estados-parte no tratado. A adesão pode ocorrer antes da entrada em vigor do tratado.

A prática da adesão é recente no DIP, e o primeiro tratado multilateral a conter tal cláusula foi a Convenção de Paris de 1856.^{68a} Anteriormente, cada Estado que fosse aderir a um tratado fazia uma convenção particular (século XVIII); posteriormente, no início do século XIX, usou-se o processo da troca de declarações.

A adesão pode estar aberta a todos os Estados, ou apenas a um grupo deles, por exemplo, que pertençam a determinada região do Globo (critério geográfico).

A maioria dos doutrinadores (Quadri, Sette Câmara) se tem manifestado no sentido de que a adesão não deve estar sujeita a ratificação, uma vez que o Estado, ao aderir ao tratado, já o encontra pronto e deve ter "meditado" sobre ele. Todavia, a prática internacional tem consagrado a adesão sujeita a ratificação,⁶⁹ e a Convenção de Havana (art. 9º) também a consagrou. O Secretariado da ONU, quando recebe uma adesão com reserva de ratificação, considera o instrumento simplesmente como uma notificação da intenção do Governo de se tornar parte no tratado. A Comissão de DI considera a adesão sujeita a ratificação como anômala, mas freqüente.

O Brasil segue os dois processos de adesão: "ora dá sua adesão definitiva, autorizado o Executivo pelo Congresso Nacional; ora o faz "ad referendum", subordinando-a a posterior aprovação do Poder Legislativo". É a adesão sujeita a ratificação um ato sem qualquer valor obrigatório.

A adesão pode ser realizada por três modos: a) por meio de um tratado especial (mais utilizada nos tratados-contratos) é realizado um protocolo; b) por meio de declarações, sendo que uma parte dá a adesão e as outras a aceitação; c) por meio de ato unilateral é a mais utilizada e consiste em uma declaração dirigida ao governo incumbido pelos contratantes de receber a adesão. Pode-se acrescentar que o problema da ratificação imperfeita pode também se manifestar na adesão, surgindo assim a adesão imperfeita.

Outras cláusulas podem figurar nos tratados, como as cláusulas colonial e federal. A cláusula colonial pode assumir diversas feições, como a de o tratado ser aplicado a todos os territórios, dependentes dos contratantes, ou, ainda, de se excluir o tratado de aplicação nos territórios dependentes, podendo-se admitir que os contratantes, por meio de uma declaração, estendam a convenção a todos ou apenas a alguns dos seus territórios dependentes.

A cláusula federal regula a aplicação dos tratados em Estados-membros de uma federação. O governo federal encontra-se obrigado do mesmo modo que o governo de um Estado unitário. Entretanto, quando dispositivos do tratado devem ser executados pelos Estados-membros da Federação, a cláusula federal geralmente determina que o governo federal deverá "recomendar favoravelmente" aos governos estaduais e estipulação convencional. Esta cláusula visa evitar problemas para os governos federais, vez que por ela o governo federal só tem a obrigação de levar ao conhecimento das autoridades estaduais o tratado concluído.

A cláusula "si omnes" é aquela em que a convenção só é aplicada se todos a ratificarem ou, ainda, se os participantes do conflito são todos parte na convenção. Neste último caso está a Convenção de Haia (1907) sobre leis e usos na guerra terrestre que só seria aplicada "se os beligerantes forem participantes da Convenção".

A cláusula de salvaguarda existe nos tratados que instituíram as comunidades europeias: um Estado pode solicitar aos demais contratantes permissão para não cumprir determinada cláusula, que esteja ameaçando o seu equilíbrio econômico. Tal cláusula constitui, "no fundo, uma evolução das reservas tradicionais" (Maria José Moraes Pires). Esta cláusula figura também no Tratado de Montevideu, significando que os contratantes podem criar restrições temporárias à importação de certos produtos da ALALC, mesmo quando estes constem das listas de produtos que deverão ser liberados, visa assim impedir a importação de produtos que tragam grave prejuízo à economia estatal.

A cláusula de livre acesso é aquela em que os Estados contratantes eliminam os obstáculos existentes para os nacionais dos demais contratantes terem acesso aos seus tribunais nacionais.

A Cláusula Bello foi adotada pelo Chile em alguns tratados do século XIX com a finalidade de beneficiar a América Latina. Ela é uma exceção à cláusula de nação mais favorecida, isto é, o Chile excetuava desta cláusula as vantagens que ele desse a países latino-americanos. Esta cláusula foi utilizada com algumas modalidades: a) exceção recíproca de ambas as partes (pouco usada); b) exceção unilateral por parte do Chile, que foi usada em tratados bilaterais e multilaterais. O Chile a abandonou ainda no século XIX por não ter encontrado reciprocidade. A Grã-Bretanha que não aceitava a cláusula Bello, conseguiu impor a sua política mercantilista (Arego Vicunia).

Cláusula constitucional é aquela que declara que o tratado só é aplicado enquanto as normas constitucionais não o contrariarem.

A cláusula de tratamento nacional é aquela em que os contratantes são obrigados a aplicar a todos os produtos importados de outros contratantes o mesmo tratamento em matéria de gravames e regulamentos aplicados aos produtos similares nacionais. Existe no GATT.

Uma outra cláusula é a social, que tem origem na OIT e se pretende incluir em tratados de natureza social. Obrigar-se-iam os contratantes ao seguinte: abolição do trabalho forçado, não discriminação no emprego, idade mínima de acesso ao trabalho e liberdade sindical.

93. A definição de reserva⁷¹ não tem sido encarada de modo pacífico no DI. Díez de Velasco a define "como uma declaração de vontade de um Estado que é ou vai ser parte em um tratado, formulada no momento da assinatura, no da ratificação e no de adesão, e que, uma vez que tenha sido autorizada expressa ou tacitamente pelos demais contratantes, forma parte integrante do próprio tratado". A Convenção de Viena define reserva do seguinte modo: "uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado". A prática de reserva já é encontrada na Convenção de Constantinopla (1888) sobre o Canal de Suez. A prática das reservas se generalizou na segunda metade do século XIX, devido ao aumento do número de tratados multilaterais com Estados dos mais diferentes continentes. Exigia-se para a reserva o consentimento unânime dos contratantes, era uma visão do D. Civil da teoria do contrato.

As reservas, para serem válidas, devem preencher uma condição de forma e outra de fundo. A condição de forma é que ela deve ser apresentada por escrito pelo poder competente dentro do Estado para o trato dos assuntos internacionais, isto é, pelo Poder Executivo. O Legislativo não pode apresentar reservas no plano internacional. A condição de fundo é a aceitação da reserva pelos outros contratantes.⁷¹

As reservas podem ser classificadas segundo diversos critérios: a) conforme a sua natureza: reservas que excluem cláusulas e reservas interpretativas; b) conforme o momento em que são formuladas: reservas na assinatura, reservas na ratificação e reservas na adesão;⁷² c) conforme a sua extensão: reservas legais e reservas especiais; d) conforme o objeto e o fim do tratado: reservas compatíveis e reservas incompatíveis; e) conforme os seus efeitos: reservas que restringem o alcance do tratado e reservas que o ampliam.⁷³ Tem sido observado que a Convenção de Viena excluiu das reservas as denominadas declarações interpretativas. A Comissão de DI considerava que a declaração de interpretação não é reserva, a não ser que altere substantivamente o tratado ou os seus efeitos.

As reservas, segundo Kappeler, apresentam as seguintes características: a) a reserva intervéem após o texto do tratado ter sido definitivamente fixado; b) "estabelece sempre uma posição especial em favor do Estado que a apresenta", ela "dissocia o regime básico estabelecido pelo tratado"; c) a reserva aparece sempre como "a condição 'sine qua non' sob a qual o Estado que a faz está pronto para participar da convenção".

A doutrina mais recente tem ressaltado que as reservas não têm prejudicado muito a eficácia dos tratados, tendo em vista que os Estados não

abusam de sua utilização. Apresentaria ainda a vantagem de defender a igualdade dos Estados, vez que eles apresentam reservas às cláusulas que lhes são nocivas. E mais, os tratados são aprovados, muitas vezes, em organizações internacionais em que é aplicada a regra da maioria, sendo que neste caso a reserva é uma proteção à soberania do Estado.

A Convenção de Viena declara que uma reserva não pode ser formulada:
a) quando é proibido pelo tratado; b) quando o tratado só admite determinadas reservas em que não se inclui a reserva formulada; c) quando a reserva é incompatível com o objeto e a finalidade do tratado”.

O princípio da aceitação das reservas tem variado conforme a época histórica, bem como em relação ao sistema regional do DI em que elas são utilizadas. O mesmo se pode afirmar em relação aos efeitos das reservas, que são uma consequência do princípio de aceitação adotado.

A aceitação das reservas:

a) A regra do consentimento unânime foi durante muito tempo a predominante. Ela declara que uma reserva, para ser válida, tem que ser aceita por todos os Estados-parte no tratado. Foi adotada pelo Secretário-geral da SDN e da ONU.

b) A regra pan-americana — a Convenção de Havana de 1928, no seu art. 6º, ainda adota o princípio da aceitação unânime. Em 1932 o Conselho da União Pan-americana modificou a sua prática, estabelecendo que a objeção “a uma reserva apenas suprime a aplicação do tratado entre o que apresentou a reserva e o que a objetou”. Esta regra foi aprovada posteriormente na Conferência Pan-americana de Lima de 1938.

c) A regra da soberania absoluta — é a mais recente, e Kappeler afirma que seria melhor denominá-la de “teoria da não-aceitação”. É o sistema adotado pelo bloco soviético e pelas Filipinas. A aceitação ou não das reservas pelas outras partes contratantes não tem qualquer efeito jurídico. A reserva se impõe por ela mesma, vez que ela decorre da soberania do Estado, o qual é livre de participar ou não em uma convenção.

d) A regra das Nações Unidas — a sua prática está baseada no parecer da CIJ sobre as reservas na convenção de genocídio.^{73A} Kappeler resume a questão da aceitação das reservas da ONU da seguinte maneira: a) “as reservas que atingem o objeto e a finalidade do tratado devem ser aceitas por todas as partes” e uma única objeção é suficiente para que o Estado seja excluído da convenção; b) as reservas sobre as partes secundárias “podem ser mantidas, mesmo quando elas não são aceitas por todas as partes”.

Vejamos agora os efeitos das reservas dentro dos diferentes sistemas já apreciados:

a) No sistema clássico — todos os Estados que não apresentarem reservas regem as suas relações pelo tratado, sem qualquer modificação. O Estado que apresentou reserva e os outros Estados são regidos pelo tratado modificado pela reserva. Os Estados que pretendem aderir ao tratado terão que aceitar as reservas já apresentadas e aceitas.

b) No sistema pan-americano — a) “todos os Estados que não fizeram reservas são regidos nas suas relações mútuas pela convenção tal qual”; b) “o Estado que fez reservas é regido pelo tratado modificado nas suas relações com todos os outros contratantes que as aceitaram”; c) “o Estado que fez reservas e o que as objetou não estão regidos nas suas relações por nenhuma disposição do tratado. Este é considerado como não estando em vigor entre eles”.

c) No sistema comunista — os que não apresentarem reservas são regidos pelo tratado tal qual é, e os que apresentarem reservas, que são obrigatórias para os outros, regem as suas relações pelo tratado modificado pela reserva.

d) No sistema da ONU é melhor expormos o parecer já citado na CIJ:

“I — que o Estado que formulou e manteve uma reserva à qual uma ou várias partes da Convenção fazem objeção, as outras partes não o fazem, pode ser considerado como parte na Convenção se a dita reserva é compatível com o objeto e a finalidade da Convenção; ela não será parte no caso contrário.”

“II — a) se uma parte na Convenção faz objeção a uma reserva que ela considera não ser compatível com o objeto e a finalidade da Convenção, ela pode, de fato, considerar o Estado que formulou esta reserva como não sendo parte na Convenção; b) que se, ao contrário, uma parte aceita a reserva como sendo compatível com o objeto e a finalidade da Convenção, ela pode, de fato, considerar o Estado que formulou esta reserva como sendo parte na Convenção.”

“III — a) uma objeção a uma reserva feita por um Estado signatário que ainda não ratificou a Convenção não pode ter o efeito jurídico indicado no... I, que só ocorre quando houver ratificação. Até este momento, ela serve somente para advertir aos Estados da atitude eventual do Estado signatário; b) uma objeção a uma reserva feita por um Estado que tem o direito de assinar ou de aderir, mas que ainda não o fez, não produz qualquer feito jurídico.”

A grande crítica que tem sido dirigida ao sistema da ONU é que não é fácil dizer, em certos casos, se uma reserva está de acordo com a finalidade do tratado, o que ocasiona o seguinte problema: o Estado A pode consi-

derar que B não faz mais parte do tratado, uma vez que a reserva apresentada por B é contrária à finalidade do tratado, enquanto C considera B ainda parte no tratado, uma vez que acha a sua reserva compatível com a finalidade do tratado. A Assembleia-geral da ONU, em 1952, para diminuir estes inconvenientes e baseada no parecer da CIJ, recomendou aos órgãos das NU, aos organismos especializados e aos Estados que incluíssem nas convenções dispositivos declarando se é admissível a apresentação das reservas e os efeitos que elas teriam.^{73A} Pode-se dizer que o critério de compatibilidade da reserva com o objeto e o fim do tratado é “eminente-mente fluido” (Ph. Manin).

Vejam agora em separado e em maiores detalhes o sistema de reservas adotado na Convenção de Viena de 1969. Aceitação e objeção de reservas: a reserva que for admitida expressamente pelo tratado não necessita de aceitação dos outros contratantes, a não ser que o tratado assim exija. Entretanto, se os contratantes são poucos e o tratado pela sua finalidade precisa ser aplicado por inteiro, a reserva precisa ser aceita por todos os contratantes. Se o tratado constitui uma organização internacional, a reserva precisa ser aceita pelo órgão competente da organização. Uma objeção a uma reserva não impede a entrada em vigor do tratado entre o Estado que apresentou a reserva e o que a objetou, a não ser que o tratado determine o contrário. Este dispositivo foi proposto pela URSS. A manifestação de um Estado de se submeter ao tratado com uma reserva torna-se efetiva quando pelo menos um contratante aceitou a reserva. A não objeção de uma reserva no período de 12 meses depois da notificação da reserva significa a sua aceitação. Entretanto, se o Estado somente se obrigou ao tratado depois desta data, ele pode objetar no momento em que aceitar a obrigatoriedade do tratado.

Efeitos legais das reservas e objeções: ela modifica o tratado entre o que apresentou e o que aceitou a reserva. A modificação opera para ambos os Estados: é o princípio da reciprocidade. Se um Estado objetar a uma reserva, mas não se opõe à entrada em vigor do tratado entre ele e o que apresentou a reserva, “os dispositivos a que se refere a reserva não se aplicam entre os dois Estados”. A reserva não modifica o tratado entre os demais contratantes.

A apresentação das reservas na ratificação, na aceitação e na adesão tem sido malvista pelos doutrinadores, uma vez que elas modificam unilateralmente o tratado já concluído.⁷⁴ Todavia, elas têm sido consagradas na prática internacional e são admitidas, a não ser que o tratado as proíba.

Alguns autores (Gérard Teboul) têm apresentado em matéria de reserva uma distinção em relação às convenções de codificação e as de desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Sustentam que as primeiras que codificam o direito costumeiro (é um mínimo adquirido) não deveriam admitir reserva, enquanto as segundas estariam sujeitas a reserva. O raciocínio que fundamenta esta distinção é que o direito cos-

tumeiro já é aplicado por todos, e aceitar aí a reserva seria tirar a estabilidade do que é estável. Concordamos com este raciocínio, entretanto, ele não é de fácil aplicação, vez que não é fácil diferenciar as convenções de codificação das de desenvolvimento progressivo, porque as duas noções geralmente se misturam.

Outra questão é a da apresentação de uma reserva proibida, vez que ela é ineficaz a não ser que haja o consentimento unânime e expresso de todos. Entretanto, se um Estado aceitar a reserva proibida, as partes podem considerar que houve um acordo modificativo entre quem apresentou a reserva e quem aceitou a reserva. O difícil é qualificar certas reservas como proibidas (Remiro Brotons).

Finalmente, pode-se afirmar que a norma de “jus cogens” não está sujeita a reserva.

O controle das reservas por parte do Legislativo varia de acordo com cada país. Nos EUA as reservas estipuladas pelos outros governos, e que serão obrigatórias para os EUA, deverão ser submetidas à aprovação do Senado, uma vez que elas farão parte do tratado. Entretanto, houve uma evolução na prática desta matéria em sentido bastante diferente, e em 1966 o “Office of the Legal Adviser” do Departamento de Estado afirmou que desde 1946: “nem uma reserva em tratado multilateral apresentada por outro Estado foi submetida à aprovação do Senado” por diversas razões: a) alguns tratados expressamente admitem as reservas e a aprovação do tratado pelo Senado é considerada uma aprovação prévia destas reservas; b) algumas reservas são sem importância e comumente repetidas e já receberam aprovação do Senado em outras ocasiões, etc. Na Itália, o Legislativo não necessita aprovar as reservas que o Executivo pretende apresentar no momento da ratificação, uma vez que a negociação dos acordos internacionais compete ao Poder Executivo. Na Holanda o Congresso não pode apresentar reservas. Na França uma corrente sustenta que a reserva não precisa ser aprovada pelo Legislativo, enquanto outra considera que deve haver o controle.

A conclusão que podemos apresentar é que as reservas devem estar realmente sujeitas ao controle do Legislativo nos casos em que ele é exigido, uma vez que elas modificam o tratado, modificação esta que pode não ser aceita pelo Legislativo. Todavia, esta consideração doutrinária é, na prática, quase que inexecutável por diversos fatores: a) a lentidão do Congresso na apreciação dos atos internacionais; b) o Executivo deve ter as “mãos livres” na condução das relações internacionais que necessitam de soluções rápidas; c) a impossibilidade prática de se apresentarem ao Legislativo as reservas formuladas pelos outros contratantes para se saber se devem ser aceitas ou não.

É de se acrescentar que as reservas podem ser retiradas pelos seus autores; todavia, a prática não consagra um procedimento sobre o assunto. Uma corrente (Basdevant, Guggenheim) considera que ela pode...

ser retirada livremente, vez que, constituindo uma anomalia, deve ser "facilitado o seu desaparecimento". Outros (Ceretti) declaram que ela deve estar sujeita ao mesmo procedimento da aceitação, para que os demais Estados não venham a ser surpreendidos. A Convenção de Viena optou pela primeira, talvez porque esta corresponda mais aos interesses da sociedade internacional, uma vez que o tratado será aplicado uniformemente a maior número de Estados, enquanto a segunda corrente visa mais resguardar o interesse dos Estados.

O mesmo procedimento foi consagrado em relação à objeção a uma reserva que pode ser retirada livremente. Entretanto, é de se lembrar que a aceitação de uma reserva é irrevogável.

A retirada de uma reserva ou de uma objeção só começa a produzir efeito quando o outro Estado receber a comunicação disto.

Deve ser feita por escrito a retirada da reserva ou da objeção da reserva.

De qualquer modo, a retirada de reservas não é freqüente, e a retirada de objeções é ainda mais rara, para não dizer inexistente (P. H. Imbert).

As reservas são realmente necessárias nos dias de hoje.

Finalmente, é de se recordar que cada tratado pode fixar o seu regime de reservas, o que transforma estas em objeto de uma "política convencional" (P. Reuter).

Segundo P. H. Imbert o princípio do consentimento continua a ser consagrado, mas assinala que estamos nos aproximando do sistema defendido pela URSS, segundo o qual o Estado que apresenta a reserva é parte no tratado desde o momento em que ele apresenta a reserva.

Devemos distinguir as reservas dos denominados "understandings" (comuns na prática norte-americana). Os "understandings" surgiram em virtude de o Senado aprovar o tratado sujeito a certo "understanding". Eles não se incorporam ao tratado e constituem uma simples "declaração de política norte-americana"; em consequência, eles não são obrigatórios para os demais Estados. Entretanto, se ele for incluído na ratificação, o "understanding" é obrigatório no direito interno dos EUA. Por outro lado, um Estado pode apresentar uma objeção a um "understanding", formulando uma reserva em sentido contrário, o que obrigará a quem apresentou o "understanding" a se "manifestar de modo explícito".⁷⁴ Os autores Bishop e Hackworth se referem à formulação de "understanding" na assinatura e na ratificação. Eles não precisam ser aceitos. Se for feito um "protocolo de understanding" visando interpretar um tratado, ele passa a ser obrigatório para os que concluíram o protocolo. Remiro Brotons salienta que na prática existem declarações que são verdadeiras reservas e outras manifestações denominadas de reservas que são declarações.

Há atualmente a tendência de que o sistema de reservas existente não funciona nos tratados de direitos humanos. Estes devem ter a sua integridade defendida. Os direitos humanos devem ter uma universalidade. Estes

tratados representam um "standard mínimo". As convenções do GIT devido a sua representação tripartite não admite reserva.

A Corte Interamericana declara, em parecer de 1982, que o mecanismo aceitação-objeção não se aplica aos tratados de direitos humanos. O art. 75 da convenção americana de direitos humanos não é claro se as reservas têm que ser aceitas.

As reservas enfraquecem os tratados. A convenção européia não exclui reservas, mas algumas estão eliminadas pela "natureza das coisas". A convenção européia proíbe reserva de "caráter geral", mas não diz o que é isto. Os estados, apesar de não estarem previstos, fazem declarações interpretativas que têm valor de reserva. A Corte pode considerar a reserva inválida e o estado ou sair da convenção ou acatar a decisão. A jurisprudência não está sujeita a reserva.

94. Desde a mais remota Antiguidade existe entre as partes contratantes a preocupação de assegurar a execução do tratado.⁷⁵ Nos primeiros tratados já encontramos a invocação dos deuses para garantir a sua execução: a parte que violasse o tratado seria execrada.

Na Idade Média houve casos em que exércitos inteiros prestaram juramento (Estrasburgo, 842), tendo ainda neste período surgido a prática de darem reféns, que foi muito utilizada a partir do século XII e desapareceu no século XVIII.⁷⁶

Na Idade Moderna (século XVIII) já se encontram casos de se dar como garantia da execução do tratado uma hipoteca sobre determinada cidade. Neste século, conta Accioly, a Polônia teria dado as jóias da sua coroa à Prússia como penhor.

A execução de um tratado é "questão de boa fé". O tratado é executado pelo Estado na mais completa independência (princípio da independência) e sob a sua única responsabilidade. O DI Geral ou Comum somente oferece um instituto para garantir a execução do tratado, que é o da responsabilidade internacional.

A garantia atua, sendo considerada insuficiente pelos contratantes, é então acrescentada convencionalmente uma outra forma de assegurar a execução do tratado. Utilizam-se os Estados de quatro meios capazes de preventivamente obrigar os demais contratantes ao fiel cumprimento do tratado:

a) Garantia → "designa o fato de assegurar ou contribuir a assegurar, por procedimentos técnicos apropriados, a manutenção de uma situação ou de um regime dado, ou... a execução de uma obrigação convencional" (Ch. Rousseau).

A garantia pode se referir aos mais diversos assuntos: independência de um Estado, neutralidade permanente, contra a agressão, território do Estado, etc. Ela acarreta duas obrigações: passiva (de respeito) e ativa (de assistência). A sua origem é convencional;

contudo, já houve caso de ela ser dada unilateralmente (Lei de Garantias do Governo italiano de 1871). Ela é dada normalmente por um convênio especial (art. 13 da Convenção de Havana).

- b) Entrega de território — o território estatal é ocupado até a execução do tratado (ex.: Tratado de Francoforte (1871) entre a Alemanha e a França. Esta teve diversas regiões ocupadas).
- c) A entrega em garantia da renda do Estado — Esta modalidade surgiu no século XIX e foi utilizada pelos Estados credores que passavam a exercer um verdadeiro controle financeiro nos Estados devedores.
- d) A execução é entregue à fiscalização dos organismos internacionais. É o que ocorre com as comissões fluviais, que devem controlar a execução do tratado sobre o rio.

Para garantir a execução das convenções internacionais do trabalho a OIT criou comissões. No BIRD existe uma convenção garantindo os empréstimos.

Existem ainda outros modos de assegurar a execução dos tratados, que são a posteriori e oferecidos pelo DI Comum; as sanções econômicas e financeiras, o protesto diplomático, etc.

95. A interpretação dos tratados⁷⁷ é realizada geralmente com normas que tiveram a sua origem no D. Civil, na interpretação dos contratos. Ela visa determinar o sentido do tratado. Ou como escreve P. Ricoeur: “toda interpretação se propõe de vencer um afastamento, uma distância entre a época cultural passada à qual pertence o texto e o próprio intérprete”. Inicialmente devemos assinalar que a finalidade da interpretação dos tratados é a mesma do D. Interno: verificar qual a verdadeira intenção dos contratantes.

A interpretação de um tratado pode ser dada no plano interno, ou seja, unilateral, por um dos contratantes (sem obrigatoriedade no plano internacional), ou no plano internacional pelos contratantes convencionalmente ou tacitamente (é a interpretação autêntica) ou por meio de um tribunal.

A Convenção de Viena apresenta as seguintes normas de interpretação dos tratados:

- 1 — Deve ser interpretado com boa fé^{77A} de acordo “com o sentido comum” (“ordinary meaning”) a ser dado aos termos do tratado no seu contexto e à luz do seu objeto e propósito”.
- 2 — Deve-se levar em consideração o preâmbulo, anexos, um tratado feito por todos os contratantes conexo com o tratado a ser interpretado e qualquer instrumento elaborado por um ou mais contratantes “e aceito pelas outras partes como um instrumento relativo ao tratado”.
- 3 — Deve-se levar ainda em consideração: a) qualquer acordo entre as partes relativo à interpretação; b) a prática na aplicação dos

tratados “que estabelece o acordo das partes a respeito da interpretação”; c) “qualquer norma relevante do DI aplicável nas relações entre as partes”.

- 4 — Um sentido especial será dado às palavras do tratado se as partes assim pretenderam.
- 5 — Se a aplicação das normas acima não conduz a sentido claro e preciso ou conduz a um resultado manifestamente absurdo, pode-se recorrer a outros meios de interpretação, “incluindo os trabalhos preparatórios do tratado e as circunstâncias de sua conclusão”. O recurso a tais meios pode ser feito ainda para confirmar as normas acima.
- 6 — Num tratado autenticado em duas ou mais línguas diferentes, estes textos têm a mesma autenticidade. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido em cada texto autêntico. Se o sentido for diferente, deverá ser adotado “o sentido que melhor reconcilia os textos, levando-se em conta o objeto e a finalidade do tratado”^{77B}. Ou se dá preferência ao texto que for menos obscuro ou, ainda, se dá preferência ao redigido em primeiro lugar.

Outras normas podem ser citadas com apoio na doutrina:

- 1 — “O tratado deve ser interpretado no sentido de produzir efeito útil, isto é, realizar o objetivo por ele visado” (princípio da efetividade). Como consequência desta regra, pode-se apontar outras: a) “as palavras devem ser interpretadas em seu sentido próprio e usual, a menos que este envolva algum absurdo ou seja incompatível com a finalidade do tratado”, ou quando as partes pretenderam dar um significado especial; b) “as cláusulas ambíguas devem ser interpretadas de maneira que produzam efeito útil”; c) “havendo divergência entre a finalidade da convenção e o sentido literal das palavras, dar-se-á predominância ao objetivo do tratado”. McDougal denomina com razão o princípio do efeito útil de “princípio da projeção das expectativas autênticas”.
- 2 — “As palavras devem ser compreendidas com o sentido que tinham ao tempo da celebração do tratado.”
- 3 — “O tratado deve presumir-se como um todo cujas partes se completam, umas às outras”; em consequência, uma auxilia a compreensão da outra.
- 4 — Nos casos de tratados que restringem a soberania estatal, ou impõem ônus, é necessária a interpretação restritiva, quando houver dúvida, isto é, predominará a interpretação que impuser menos ônus e restringir menos a liberdade.
- 5 — Prevalecem as regras especiais sobre as gerais.

- 6 — A regra “contra proferentem” utilizada nos “tratados-contrato” significa que, quando houver dúvida sobre duas interpretações, deverá se optar pela menos favorável à parte que redigiu a cláusula, uma vez que ela tinha a obrigação de fazê-lo de modo claro.
- 7 — Vattel formulara que a primeira regra de interpretação é “que não é permitido interpretar o que não necessita de ser interpretado”, isto é, “não se pode afastar de um texto claro” pretextando interpretação.

A CIJ, no parecer proferido em 1971 sobre a Namíbia, afirma que se deve levar em consideração não apenas o ordenamento jurídico existente quando da conclusão do tratado, mas também o que está em vigor quando se interpreta o tratado.

A interpretação pode ser feita no plano internacional ou no plano interno. A internacional pode ser feita: *a)* pelos governantes contratantes que fazem um acordo; tem a vantagem de permitir a modificação do tratado. É a interpretação autêntica. Pode ser: expressa (ex.: acordos de interpretação) e tácita (as partes aplicam de modo idêntico o tratado). Ela é incorporada ao tratado e tem o mesmo valor que ele. Kelsen observa que pela interpretação autêntica “uma norma jurídica pode ser substituída por uma norma de conteúdo totalmente diferente”. Esta interpretação é obrigatória para os tribunais dos Estados contratantes; *b)* por tribunais internacionais judiciais ou arbitrais — só produz efeitos entre os litigantes; *c)* pelas organizações internacionais dos seus tratados constitutivos — apresenta as seguintes características: as resoluções interpretativas não têm aspecto obrigatório e é uma interpretação política.

A interpretação realizada por órgãos internos dos Estados pode ser feita pelo Executivo (Ministro do Exterior) e é obrigatória para o Estado ou pelos tribunais (é admitida na Bélgica, Itália, Alemanha Ocidental, etc.) (v. Rousseau). No Brasil o Decreto nº 92.890, de 7/7/86, estabelece, no art. 5º, que “compete à Consultoria Geral da República: ... II — fixar a interpretação da Constituição; das leis, de tratados e atos normativos...”, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entes da Administração Federal”.

A interpretação pelo Legislativo não é aceita, vez que ele é um órgão político e a politização nesta matéria não é desejável (Marie-Françoise Furet).

Cerca de 25% dos tratados registrados na SDN e na ONU têm uma cláusula prevendo a solução pacífica de litígios relativos à sua interpretação e aplicação.

96. O fim dos tratados⁷⁸ pode ocorrer de diversas maneiras e podem ser alinhadas as seguintes causas que põem fim aos tratados:

- a)* *Execução integral do tratado* — Este termina quando o estipulado é executado pelas partes contratantes.

b) *Consentimento mútuo* — O tratado é resultante do consentimento dos contratantes. Ora, este mesmo consentimento que cria o tratado pode pôr fim a ele. O consentimento pode manifestar-se em um outro tratado que verse sobre o mesmo objeto do anterior, havendo, em consequência, uma revogação tácita; ou, ainda, ele pode estar consubstanciado expressamente em uma declaração, onde se afirme a revogação do tratado anterior. Um outro caso é quando um tratado possa ser modificado por uma decisão majoritária (art. 108 da Carta da ONU). No caso de desuetude o tratado não termina em virtude de um novo costume, mas por consentimento tácito.

c) *Termo* — Quando o tratado é concluído por um lapso de tempo determinado, ele termina automaticamente quando este prazo expira. O prazo do tratado pode figurar de maneira expressa, ou implicitamente (quando é uma consequência do seu objeto).

d) *Condição resolutória* — O tratado pode se extinguir quando as partes convencionam de modo expresso que o tratado terminará no futuro quando certo fato se realizar (condição afirmativa) ou se determinado fato não se produzir (condição negativa).

e) *Renúncia do beneficiário* — Quando um tratado estabelece vantagens para uma das partes e obrigações para a outra, ele termina quando o beneficiário renunciar às suas vantagens. O tratado termina pela manifestação de vontade de uma só das partes contratantes, porque a sua renúncia não trará prejuízos para a outra; pelo contrário, lhe é vantajosa.

f) *Caducidade* — Ocorre quando o tratado deixar de ser aplicado por longo espaço de tempo, ou mesmo quando se formar um costume contrário a ele.⁷⁹

g) *Guerra* — Durante um largo período na história do DI ela extinguiu todos os tratados em vigor entre os beligerantes, como aconteceu com a guerra de 1801 entre Espanha e Portugal, que terminou com todos os tratados em vigor sobre fronteiras entre a América espanhola e a América portuguesa. Nos dias de hoje a guerra faz com que terminem os tratados bilaterais entre os beligerantes. Todavia, existem certos tratados que são mantidos, a despeito da guerra: 1) os tratados que constituíram situações objetivas, por exemplo, que estipularam limites ou cessões territoriais e foram integralmente executados (“pacta transitoria”); 2) os tratados cuja finalidade é serem aplicados durante as guerras (ex.: Convenções de Haia de 1907 sobre conduta na guerra); 3) os tratados multilaterais entre beligerantes e neutros não são também revogados: os seus efeitos são suspensos entre os beligerantes e “mantidos em relação aos Estados neutros”; com o término da guerra eles voltam a produzir plenamente os seus efeitos.

- h) *Fato de terceiro* — Os contratantes dão a um terceiro o poder de terminar o tratado. A história dos tratados parece registrar um único exemplo neste sentido: o art. 8º do Tratado de Locarno, de garantia mútua (Alemanha, Bélgica, França, Inglaterra e Itália), deu ao Conselho da Liga o poder de pôr fim a ele.
- i) *Impossibilidade de execução* — O tratado termina quando existe uma impossibilidade física (desaparecimento de uma das partes, extinção do seu objeto, etc.) ou jurídica (quando o tratado se torna incompatível com outro que deverá ser primazia de execução). O contratante não pode invocar a impossibilidade de execução se ela resulta de uma violação sua ao tratado. Por outro lado, se a impossibilidade é temporária, o tratado só pode ter suspensa a sua execução. Se surgir uma norma imperativa de DI incompatível com o tratado, este termina.
- j) A ruptura de relações diplomáticas e consulares pode acarretar o término do tratado se elas forem imprescindíveis para a sua execução (Maresca).
- l) *Inexecução do tratado por uma das partes contratantes* — A violação por uma das partes contratantes, em um tratado bilateral, dá direito à outra parte a suspender ou terminar a execução do tratado no todo ou em parte. A violação de um tratado multilateral por um contratante dá direito aos demais a: a) por consenso unânime, terminar com ele ou suspender a sua execução no todo ou em parte. O término ou a suspensão pode ser entre todos os contratantes ou apenas com o Estado que violou o tratado; b) um contratante especialmente afetado pela violação pode invocar tal fato para suspender a execução do tratado no todo ou em parte entre ele e o Estado autor da violação; c) qualquer contratante pode invocar a suspensão do tratado no todo ou em parte em relação a si mesmo “se o tratado tem uma característica que a violação material dos seus dispositivos por uma parte muda radicalmente a situação das partes com respeito a ulterior execução de suas obrigações no tratado”. A Convenção de Viena considera “violação material do tratado”: 1) o repúdio do tratado ou 2) a violação de dispositivo essencial para a realização do objeto e finalidade do tratado. Finalmente, as letras a), b) e c) não se aplicam em tratados que visam à proteção da pessoa humana e em especial aos dispositivos que proíbem “qualquer represália contra pessoas protegidas por tais tratados”.
- m) *Denúncia unilateral* — “É o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra ou outras partes a sua intenção de dar por finde esse tratado ou de se retirar do mesmo” (Accioly). A regra geral é que os tratados somente podem ser denunciados quando é prevista expressamente esta possibilidade.

A Convenção de Viena admite também a denúncia quando ela é consagrada implicitamente “pela natureza do tratado”. Determina ainda que o lapso de tempo entre a apresentação da denúncia e a data a partir da qual ela produzirá efeito é de 12 meses.^{79A}

Tem-se interpretado que os tratados sem prazo determinado podem ser denunciados, uma vez que nenhum tratado é perpétuo. Admite-se ainda a denúncia naqueles tratados em que ela não é prevista, mas que se possa demonstrar ter sido intenção das partes admiti-la, bem como nos acordos técnicos cuja denúncia não acarreta prejuízos para a outra parte. O tratado denunciado ilegalmente acarreta a responsabilidade internacional do Estado.

A denúncia de um tratado não necessita no Brasil de aprovação do Legislativo, o que é mais um argumento para mostrar que o tratado não pode ser equiparado a uma lei.^{79B}

É de se acrescentar que um tratado multilateral não termina pelo simples fato de que o número de partes contratantes ficou menor que o número necessário para a sua entrada em vigor. Por outro lado, o rompimento de relações diplomáticas ou consulares não termina com o tratado a não ser quando “a existência de relações diplomáticas ou consulares é indispensável para a aplicação do tratado”.

Pode-se acrescentar que um novo costume pode ser invocado para o término e revisão de um tratado anterior a ele nos seguintes casos: a) o novo costume é incompatível com o tratado; b) o novo costume é diferente do costume que vigorava quando o tratado foi concluído; c) o novo costume é obrigatório para todas as partes no tratado. Entretanto, nada impede que as partes mantenham o tratado como um direito especial.

Finalmente, é de se acrescentar que um tratado multilateral pode ser temporariamente suspenso (v. sobre suspensão: letras i) e l) por dois ou mais Estados: a) se o tratado admite a suspensão; b) ou a suspensão não é proibida pelo tratado e não atinge os demais contratantes, e não é incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. As partes devem notificar os demais contratantes que pretendem concluir um acordo para suspender o tratado.

Um Estado ao anular, pôr fim, denunciar ou suspender um tratado deve fazer ao tratado por inteiro, a não ser que o tratado estipule de maneira diferente ou as partes concordem. Tais atos só podem ser feitos em relação a determinadas cláusulas: a) se estas forem separáveis do resto do tratado a respeito de sua aplicação; b) se estas não constituírem “uma base essencial do consentimento” dos demais contratantes; c) a execução do restante do tratado não acarretar “injustiça”.

O ideal seria de se estabelecer de modo taxativo que os tratados relativos a direitos humanos não estão sujeitos a denúncia.

97. A cláusula “omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus” (toda convenção deve ser entendida estando assim as coisas),⁸⁰ formulada de

maneira clara por Santo Tomás⁸¹ (Suma Teológica). foi levada para o DI por Alberto Gentili ("De Jure Belli", 1598) e defendida entre os clássicos por Vattel. Esta cláusula, que se admite como subentendida em todos os tratados com prazo indeterminado ou prazo muito longo, acarretará que a convenção deverá ser revista ou terminada quando as circunstâncias que lhe deram origem forem substancialmente modificadas de modo imprevisível.⁸² Tal fato ocorre em virtude de se considerar que nenhum tratado é concluído para ser perpétuo.^{82A}

Esta cláusula deve ser diferenciada da condição resolutória, uma vez que as partes não prevêem na cláusula "rebus sic stantibus" "a identidade do fato futuro e incerto". Ela também se distingue da força maior que apenas "suspende a execução do tratado" até que ela cesse (Scelle).⁸³

Uma grande questão a respeito desta cláusula consiste em saber quais são as condições sociais que, uma vez alteradas, deverão dar origem à sua aplicação:

- a) a cláusula será invocada quando a aplicação do tratado acarretar uma lesão grave para o Estado contratante, uma vez que isto ameaçaria o seu direito à vida e seria profundamente injusto. As observações que podem ser dirigidas a esta concepção são as seguintes: falar em direito à vida dos Estados para fundamentar o desaparecimento ou a revisão de um tratado nos parece um pouco exagerado e, mais ainda, todo Estado que estivesse obrigado a cumprir um tratado desvantajoso para ele consideraria a sua vida ameaçada. A própria idéia de justiça não nos parece aplicável no caso, uma vez que ocorreria a mesma coisa do exemplo anterior. Ora, os tratados são normalmente muitas vezes desvantajosos para algumas das partes contratantes; por exemplo, os tratados comerciais podem se transformar, em virtude de alteração do mercado mundial dos produtos negociados, em desvantajosos para alguns dos contratantes. Aceitar esta posição é trazer uma grande insegurança às relações internacionais.
- b) para outros, a cláusula interviria quando fosse rompido o "equilíbrio das situações contratuais". A mesma crítica que fizemos à anterior podemos repetir. O desequilíbrio pode ser uma resultante natural da vida internacional.
- c) o tratado deveria ser revisto quando a sua finalidade fosse alterada, isto é, ele "não fosse o que haviam pretendido as partes". A finalidade do tratado é subjetiva, variando com as partes contratantes, o que significa que para a aplicação deste critério haverá necessidade de uma análise em cada caso.
- d) a Convenção de Viena considera que há uma "transformação fundamental das circunstâncias" quando: a) tais circunstâncias constituíram a "base essencial do consentimento"; b) a transformação

altera "radicalmente o alcance das obrigações" a serem executadas em cumprimento do tratado. Não se pode alegar uma "transformação fundamental das circunstâncias" para terminar ou se retirar de um tratado: a) se o tratado estabelece uma fronteira; b) se a transformação fundamental resulta de violação de obrigação internacional por parte de quem a alega.

Na verdade, deverá ser feito um exame em cada caso concreto para se verificar se a alteração das condições sociais viola as intenções das partes contratantes na época em que concluíram o tratado, uma vez que o seu fundamento é o acordo de vontades. Ora, se este consentimento mútuo está realizando finalidade diferente daquela para que foi dado, o tratado não tem mais razão para subsistir. Por outro lado, um tratado em que as circunstâncias que lhe deram origem mudaram, ele não pode estar sendo aplicado de boa fé.

A cláusula seria aplicada nos tratados perpétuos, nos tratados "em execução" (são aqueles em que a execução se prolonga no tempo, isto é, não são executados de uma só vez) e nos tratados a termo (se o prazo é curto há pouca possibilidade de se aplicar a cláusula). Geralmente ela é aplicada em tratado-contrato, mas nada impede que o seja em tratado-lei. Ela não é aplicada em tratado que estabelece fronteira. Salienta Caviedes que a cláusula "rebus sic stantibus" nunca foi aplicada por um tribunal internacional, entretanto, ela tem sido admitida nos considerandos das decisões dos tribunais internacionais.

A cláusula "rebus sic stantibus" pode nos conduzir a duas interpretações: a) ocorrendo modificação nas condições sociais, o Estado pode denunciar o tratado, uma vez que ele não se encontra obrigado a cumprir um acordo cujas finalidades não estariam sendo preenchidas; b) o tratado sendo o resultado de um consentimento mútuo, a alteração das condições sociais não seria suficiente para pôr fim a ele, somente um novo consentimento mútuo poderia terminá-lo.

A conclusão mais acertada nos parece ser a segunda interpretação, que conduz à revisão dos tratados. A primeira delas traria uma insegurança nas relações internacionais, uma vez que a constatação da transformação das condições sociais ficaria ao arbítrio do Estado.

98. A revisão dos tratados⁸⁴ pode ser feita: a) judicialmente; b) por negociações diretas;⁸⁵ c) por um órgão internacional. Muitas vezes os tratados prevêem a sua própria revisão (ex.: tratado de limitação de armamentos navais concluído em Washington em 1922). A revisão pelos dois processos iniciais necessita da concordância das partes contratantes, o que muitas vezes é difícil de ser obtido. É de se lembrar que os motivos da revisão geralmente são políticos. O melhor processo seria o de a revisão ser feita obrigatoriamente por um órgão internacional, seja ele judicial ou

político. Neste último caso estava o estabelecido no art. 19 do Pacto da Liga das Nações, que dera à Assembléia poderes para recomendar a revisão dos tratados.⁸⁶ Na Carta da ONU não existe dispositivo semelhante. Na Conferência de S. Francisco, diversos países (Brasil, México e Egito) tentaram incluir entre os poderes da Assembléia o de revisão dos tratados, a exemplo da SDN; todavia foi rejeitado. Accioly observa que o art. 14 da Carta da ONU poderá levar a um mesmo resultado, tendo em vista que a Assembléia Geral poderá recomendar “medidas para solução pacífica de qualquer situação, qualquer que seja sua origem, que lhe pareça prejudicial ao bem-estar geral ou às relações amistosas entre as nações”. Na ONU tem-se feito a revisão por meio de interpretação, como no caso da resolução Unidos para a Paz (Resolução Acheson).

A revisão de tratados institutivos de organizações internacionais prevê o seu próprio modo de revisão: *a*) na ONU é exigida a aprovação de certo número de Estados e dos cinco Grandes; *b*) na OACI só se exige a aprovação por um certo número de Estados; *c*) na OIT se exige a aprovação por um certo número de Estados e de uma determinada proporção dos Estados mais importantes, etc.

Na prática ainda persiste a grande questão de saber como será feita a revisão se um dos contratantes não concordar com ela. E, em consequência, existem diversos casos de denúncia unilateral que têm sido admitidos como “via de fato”. Scelle, na doutrina, admitia a denúncia quando houvesse uma discordância entre o direito positivo e a necessidade social. A Comissão de DI considerou que não havendo acordo entre as partes sobre a denúncia, deverá se recorrer a um dos modos de solução pacífica dos litígios internacionais previstos no art. 33 da Carta da ONU (solução judicial, arbitragem, mediação, etc.); todavia, o impasse permanece, uma vez que estes modos de solução necessitam do consentimento dos Estados, que poderão recusar. No caso do tratado da AIEA, uma emenda ratificada pela maioria dos Estados tem efeito “*erga omnes*”.

Existem duas espécies de revisão como salienta Vellas: *a*) parcial (atinge apenas alguns dispositivos e é denominada de emenda); *b*) geral (atinge todo o tratado).

A distinção entre emenda e revisão é a seguinte: *a*) a revisão tem alcance mais amplo e atinge normas fundamentais do tratado; *b*) a emenda tem um alcance menos amplo e atinge normas secundárias do tratado. Podemos mencionar agora as normas da Convenção de Viena sobre emenda e modificação de tratados. A emenda em um tratado pode ser feita por acordo entre as partes. Se o tratado emendado entrar em vigor e algum Estado se tornar parte no tratado, este Estado será parte no tratado emendado e no tratado que sofreu a emenda, sendo que este último produzirá efeitos entre ele e os demais Estados que não se tornaram parte no tratado emendado. Entretanto, o referido Estado que se tornar parte poderá determinar coisa diferente. Podemos assinalar que a Convenção das Nações

Unidas sobre Direito do Mar (1982) estabelece uma forma simplificada de emenda: o Estado a apresenta, e se em 12 meses ela não é rejeitada por nenhum Estado, é incorporada ao tratado.

Os tratados multilaterais poderão ser modificados apenas entre alguns contratantes se o tratado admitir isto ou não o proibir. No caso da modificação não ser proibida é necessário que ela não afete os direitos e obrigações dos demais contratantes, bem como ela não seja “incompatível com a efetiva execução do objeto e finalidade do tratado como um todo”. No caso de o tratado não proibir a sua modificação, as partes que pretendem modificá-lo devem notificar os demais da sua intenção. Esta notificação não é necessária se o tratado admitir a modificação (v. modo de conciliação previsto na Convenção de Viena no próximo item).

Finalmente, podemos lembrar que a modificação dos tratados por uma prática posterior é considerada pela jurisprudência internacional como uma modalidade de revisão e a jurisprudência tem considerado esta modificação como tendo um caráter convencional (Casanovas La Rosa).

99. Os doutrinadores (Delbez) têm trazido para o DI a teoria das nulidades do Direito Interno:⁸⁷ ato inexistente; nulidade absoluta e nulidade relativa.

A falta de um aparelho judiciário obrigatório para os Estados impediu que se consagrasse no DIP a diferenciação entre nulidade e anulabilidade e ocasionou uma unificação no campo da invalidade dos tratados (F. Capotorti).^{87A}

Um ato jurídico internacional inexistente seria aquele a que faltasse “um elemento indispensável para a sua formação” (ex.: o tratado concluído por uma parte sem competência para tal — ex.: colônia). Neste caso é suficiente um “exame sumário para negar toda validade ao ato”.

O DI teria, ao lado do ato inexistente, o ato nulo. Este, à diferença daquele, necessita “que a nulidade do ato seja constatada” e, em consequência, ele produziria certos efeitos até à constatação. A nulidade poderia ser absoluta e relativa. A nulidade absoluta ocorreria no caso de faltar ao ato internacional um “elemento essencial à sua formação”. A sua nulidade tem um efeito retroativo (“*ex tunc*”). A nulidade relativa ocorre quando há vício do consentimento. A anulação é declarada por um órgão internacional e ela não tem efeito retroativo. É uma nulidade que opera “*ex nunc*”.

Devemos observar sobre a teoria acima exposta que os autores (Delbez, Guggenheim) não conseguem distinguir claramente o ato inexistente do ato inquirido de nulidade absoluta. A teoria do ato inexistente formulada por Zachariae e aplicada inicialmente ao direito de família tem sido rejeitada por diversos autores do próprio Direito Civil, que a consideram sem qualquer efeito na prática, uma vez que, nulo ou inexistente, tal fato deverá ser declarado pelo juiz (Orlando Gomes). Como salienta Oraison, “a nulidade absoluta é uma sanção exclusivamente aplicável na ordem interna”.

A nulidade de um tratado atinge em princípio a todo o tratado, sendo possível contudo em certos casos se fazer a divisibilidade do tratado e, em consequência, a nulidade só atingir a determinadas cláusulas. É necessário para que isto ocorra o atendimento dos seguintes requisitos: 1 — as cláusulas sejam separáveis do tratado a respeito de sua aplicação; 2 — as cláusulas não tenham sido a “base essencial do consentimento do Estado” ao concluir o tratado; 3 — não seja injusto continuar a se cumprir o tratado. A divisibilidade do tratado é recente e não era admitida pela doutrina e prática antiga.

Podemos mencionar, com base em Delpech e La Guardia, na Convenção de Viena, os seguintes casos de nulidade relativa: *a*) erro (art. 48); *b*) dolo (art. 49); *c*) corrupção do representante de um Estado (art. 50); *d*) tratado concluído em violação ao direito interno, desde que essa violação seja “manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental” (art. 46); *e*) tratado concluído por representante do Estado que tenha uma restrição específica para obrigar o Estado, desde que “essa restrição tenha sido notificada aos outros Estados negociadores, antes da expressão do seu (do representante) consentimento” (art. 47). Como causas de nulidade absoluta estão: *a*) coação sobre representante do Estado (art. 51); *b*) coação sobre o Estado (art. 52); *c*) violação de norma de “jus cogens” existente (art. 53); *d*) violação de norma de “jus cogens” surgida após a conclusão do tratado (art. 64). A distinção entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa é que na primeira se visa à proteção de ordem pública e ela pode ser invocada por qualquer um; enquanto na segunda se amparam interesses particulares e só pode ser invocada pela parte interessada.

A nulidade absoluta existe nos casos em que a violação atinge norma que interessa a ordem pública internacional, enquanto a nulidade relativa existe naqueles casos em que são violadas normas que protegem interesses privados.

A própria distinção entre nulidade absoluta e relativa também praticamente não tem qualquer valor na nossa matéria, uma vez que os atos praticados com boa fé antes da decretação da nulidade deverão ser mantidos como válidos, o que diminui em muito a questão da retroatividade ou não. Em nome da efetividade parece que o DIP não conhece esta distinção,^{87b} e, ainda, a nulidade absoluta é rara.

Na verdade, na vida internacional os Estados se cercam de muito maiores cuidados do que os indivíduos na vida civil, o que faz com que esta teoria perca muito do seu valor. A questão mais importante no DI é a da boa fé e a dos prejuízos causados por uma nulidade, seja ela absoluta ou relativa, para a eventual fixação de uma reparação e manutenção, como já dissemos, da validade dos atos praticados durante a vigência do tratado. O próprio termo nulidade é pouco usado no DI, preferindo-se outros, como “ilegalidade”, “ilicitude”, “ilegítimo”, “inoponível”, etc. (Joe Ver-

hoeven). É mais, as palavras no DIP não têm tanta importância, porque sendo ele “um sistema jurídico essencialmente relativo e intersubjetivo”, a sanção é apenas a de o Estado recusar o que tentam lhe impor que seja contrário a seus interesses.

Em caso de anulação, término, retirada ou suspensão do tratado, a parte interessada deve notificar as demais indicando as medidas que propõe e as suas razões. Esta notificação pode ser feita em resposta a um contratante que reclame da violação do tratado. A notificação e objeção serão feitas por escrito. Elas podem ser revogadas antes de produzirem efeito. Se nenhuma das partes notificadas não se opuser no prazo de três meses, a parte interessada pode então proceder ao que desejava. Se houver objeção, deverá ser utilizado qualquer um dos modos de solução pacífica previstos no art. 33 da Carta da ONU. Se no prazo de 12 meses contados da data da objeção não tiver sido obtida uma solução: *a*) no tocante a tratado que entre em conflito com norma imperativa do DI, qualquer das partes pode submeter o litígio à CIJ, a não ser que por comum acordo submetam a arbitragem; *b*) no tocante a anulação, terminação e suspensão de tratado, o litígio será submetido por qualquer das partes à conciliação prevista na Convenção de Viena.⁸⁸

Consequências da nulidade do tratado: *a*) os dispositivos de um tratado nulo não têm força legal; *b*) se foram praticados atos em cumprimento a tal tratado: 1 — qualquer parte pode requerer a outra parte para estabelecer nas suas relações mútuas “a posição que teria existido se tais atos não tivessem sido realizados”; 2 — atos realizados de boa fé antes da invocação da nulidade não se tornam ilegais (“unlawful”) somente pela anulação do tratado. A letra *b*) não se aplica à parte que cometeu fraude, corrupção ou coação. As mesmas normas se aplicam em um tratado multilateral entre o Estado interessado e os demais contratantes.

As consequências da terminação do tratado são: *a*) desobriga o Estado de executar o tratado; *b*) não atinge qualquer direito, obrigação ou situação legal criada pela execução do tratado antes do seu fim. As mesmas normas são aplicadas em caso de denúncia.

As consequências da anulação de um tratado que conflita com uma norma imperativa do DI podem ser vistas em duas hipóteses: 1^a) se a referida norma é anterior ao tratado, devem ser eliminadas as consequências de qualquer ato realizado que viole a citada norma; 2^a) se a referida norma é posterior ao tratado, as partes não têm obrigação de cumprir o tratado e o término não atinge direito, obrigação ou situação geral criada pela execução do tratado antes do aparecimento da citada norma, mas os direitos e obrigações e situações só serão mantidos se eles não entrarem em conflito com a norma imperativa do DI.

As consequências da suspensão da execução do tratado são: *a*) as partes não executam o tratado durante a suspensão; *b*) durante a suspensão as partes não devem praticar atos que obstruam a volta à execução do tratado.

NOTAS

1. Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session, 24 April—29 June 1926 — General Assembly — United Nations; Matteo Decleva — Gli Accordi Taciti Internazionali, 1957; H. Lauterpacht — Report on the Law of Treaties, 1953; Jules Besdevant — La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités, in *RdC*, 1926, vol. V, t. 16, pág. 553; Giancarlo Venturini — Il Riconoscimento nel Diritto Internazionale, 1946, pág. 28; G. E. do Nascimento e Silva — Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1971; G. E. do Nascimento e Silva — A Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, in *BSBDI*, 1969, págs. 17 e segs.; Shabtai Rosenne — The Law of Treaties, 1970; Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités — première session, Vienne, 26 Mars—24 Mai 1968 e deuxième session, 9 Avril—22 Mai 1969 — Documents Officiels — Nations Unies, 2 vols.; Roberto Ago — Droit des Traités à la Lumière de la Convention de Vienne, in *RdC*, 1971, vol. III, t. 134, págs. 296 e segs.; Paul Reuter — Introduction au Droit des Traités, 1972; Julio A. Barberis — Fuentes del Derecho Internacional, 1973, págs. 103 e segs.; Shabtai Rosenne — Content and related words in the codified law of treaties, in *Mélanges Offerts à Charles Rousseau*, 1974, págs. 229 e segs.; Loïc Marion — La notion de “pactum de contrahendo” dans la jurisprudence internationale, in *RGDIP*, Avril-Juin, 1974, págs. 351 e segs.; Robert Kovar — La distinction “gestion publique-gestion privée” et le régime des conventions en droit international, in *Recueil d'Études en hommage à Charles Eisenmann*, 1975, págs. 423 e segs.; J. F. Rezek — Direito dos Tratados, 1984 (a obra mais completa já publicada no Brasil sobre este tema); Miguel A. D'Estéfano Pisani — Derecho de Tratados, 1986; Suzanne Bastid — Les Traités dans la Vie Internationale, 1985; Paul Reuter — Le Traité international, acte et norme, in “Archives de Philosophie du Droit”, t. 32, 1987, págs. 111 e segs.; Jean Combacau — Le Droit des Traités, 1991; João Grandino Rodas — Tratados Internacionais, 1991; Jan Klabbers — The Concept of Treaty in International Law, 1996; Monique Constant — Les Traités; validité, publicité, “in” L'invention de la diplomatie, sob a direção de Lucien Bély, 1998.

2. É interessante observar que a convenção não tem efeito retroativo e ela só será aplicada aos tratados concluídos após a sua entrada em vigor. Anterior a esta em codificação desta matéria temos a convenção pan-americana sobre D. dos Tratados (Havana, 1928), que foi influenciada pelo projeto de código de Direito Internacional de Epitácio Pessoa e por um projeto preparado pelo Instituto Americano de Direito Internacional em 1924 (Rezek).

3. Devido à importância de que se revestem, os tratados passaram a ser concluídos sob a forma escrita. Diante de tal fato, a Convenção de Havana de 1928 sobre tratados estipulou, no art. 2º, ser a forma escrita condição essencial do tratado. Entretanto, a Comissão de DI da ONU adotou a orientação da maior parte da doutrina (Decleva, Venturini) de que não é nulo o tratado oral. No mesmo sentido a Convenção de Viena (1969). Em sentido contrário se manifesta Lauterpacht. Venturini dá diversos exemplos desses acordos orais, como é o caso das notas diplomáticas confirmando acordos verbais anteriores (ex.: nota do Ministro do Exterior italiano ao Encarregado de Negócios da Venezuela em Roma, em 29 de junho de 1939, etc.).

3-A. Por outro lado, é de se observar que um acordo entre dois Estados sobre a aquisição de um imóvel para a embaixada é regulado pela lei do Estado onde é adquirido o imóvel. Assim sendo, não é um tratado, vez que não se encontra regulado pelo DI. Neste sentido, quando os bens da SDN foram transferidos para a OIT, a cessão seguiu as exigências da legislação suíça. Ruzié denomina de “conventions domaniales” os acordos concluídos entre Estados, ou um Estado com organização internacional que é regido pelo direito do Estado. S. Bastid assinala que a distinção entre tratado e contrato deve ser encontrada na vontade das partes, no objeto do ato ou nas circunstâncias em que ele foi concluído, ou, ainda, se há menção ao direito interno. H. Waldock salienta que um acordo não é tratado quando se submete ao DI, mas que ele se submete ao DI, porque é um tratado. Em casos especiais ou excepcionais pode haver um tratado em que as partes estabeleçam ser ele regido pelo direito interno.

4. Lorde McNair — The Law of Treaties, 191, págs. 22 e segs.; Charles Rousseau — Principes Généraux du Droit International Public, 1944, págs. 149 e segs.; Adolfo Miaja de la Muela — Pacto do contrahendo en Derecho Internacional Público, in *Estudios de Derecho Internacional — Homaje a D. Antonio de Luna*, 1968, págs. 244 e segs.

5. McNair atribui a utilização deste termo às origens presbiterianas de Woodrow Wilson, uma vez que é utilizado para designar a “Arca da Aliança” (“Ark of the Covenant”).

6. J. E. S. Fawcett — The British Commonwealth in International Law, 1963, págs. 107 e segs.; Nicolas Veicopoulos — Traités des Territoires Dépendants, t. I, 1960, pág. 133; Rodrigo Octavio — Les Sauvages Américains devant le Droit, in *RdC*, 1930, vol. I, t. 31, págs. 250 e segs.; Hans Blix — Treaty Making Power, 1960; Roberto Socini — Gli Accordi Internazionale delle Organizzazioni Inter Governative, 1962, pág. 21; Badr Kasme — La Capacité de l'Organisation des Nations Unies de Conclure des Traités, 1960, pág. 8; Edoardo Vitta — La Validité des Traités Internationaux, in *Biblioteca Visseriana*, t. XIV, 1940; João Hermes Pereira de Araújo — A Processualística dos Atos Internacionais, 1958, págs. 101 e segs.; José Sette Câmara — The Ratification of International Treaties, 1949, pág. 56; J. Mervyn Jones — Full Powers and Ratification, 1946, págs. 1 e 2; Olof Hoijer — Les Traités Internationaux, t. I, 1928; Réparation des dommages subis au service des Nations Unies. Avis Consultatif: CIJ Recueil, 1949, pág. 174; Charles Rousseau — Principes Généraux du Droit International Public, t. I, 1944, págs. 350 e 351; Giorgio Balladore Pallieri — La Formation des Traités dans la Pratique Internationale Contemporaine, in *RdC*, 1949, vol. I, t. 74, págs. 465 e segs.; Oliver J. Lissitzyn — Territorial Entities other than Independent States in The Law of Treaties, in *RdC*, 1968, vol. III, t. 125, págs. 1 e segs.; André Oraison — Le dol dans la conclusion des traités, in *RGDIP*, Juillet-Septembre 1971, n° 3, págs. 617 e segs.; Julius Stone — De Victoribus Victis; The International Law Commission and Imposed Treaties of Peace, in *Virginia Journal of International Law*, April, 1968, vol. 8, n° 2, págs. 356 e segs.; André Oraison — L'Erreur dans les Traités, 1972; T. O. Elias — Problems concerning the validity of treaties, in *RdC*, 1971, vol. III, págs. 333 e segs.; I. I. Lukashuk — Parties to Treaties — the Right of Participation, in *RdC*, 1972, vol. I, t. 135, págs. 231 e segs.; Covey T. Oliver — The Enforcement of Treaties by a Federal State, in *RdC*, 1974, vol. I, t. 141, págs. 331 e segs.; Jean

Salmon — La stabilité et le mouvement dans le droit des traités. *in* *Realités du Droit International Contemporain*. Anais da Faculdade de Direito de Reims, s.d., págs. 101 e segs.; Guido Napoletano — *Violenza e Trattati nel Diritto Internazionale*. 1977; Guy Choquette e Richard St. Martin — *Treaty-Making by a Federal State — The Canadian Experience*, *in* *Septimo Curso de Derecho International*, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1980), 1981, págs. 348 e segs.; Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros — *O Poder de Celebrar Tratados*, 1995.

6-A. A Constituição de 1891 estabelecia que o Poder Executivo Federal só contrairia empréstimos externos ou internos com a autorização do Congresso Nacional. No tocante aos Estados-membros ela era omissa. Alguns Estados, nas suas Constituições, reproduziram o dispositivo da Constituição Federal e estabelecendo a aprovação pelo Legislativo estadual. No Rio de Janeiro era de competência exclusiva do Presidente do Estado. Outras Constituições estaduais nada estabeleceram, mas os Estados contraíram empréstimos. Vários Estados não cumpriram os empréstimos contraídos. A reforma constitucional de 1926 estabeleceu que a União federal poderia intervir no Estado se este cessasse de pagar a sua "dívida fundada por mais de dois anos" (Dalmo de Abreu Dallari. *Os estados na federação brasileira de 1891 a 1937*, *in* *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 3, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, pág. 122). No Brasil a contratação de empréstimos externos pelos Estados, municípios e Distrito Federal é regulamentada pelo Decreto n° 74.157 de 6/6/74. Os pedidos de empréstimo deverão ser "apresentados pelos Chefes dos Poderes Executivos" simultaneamente aos seguintes órgãos para aprovação: a) Secretaria de Planejamento da Presidência da República; b) Ministério da Fazenda; c) Comissão de Empréstimos Externos. O procedimento nestes acordos parece ser o seguinte: a) a Assembléia Legislativa, no caso de estado, autoriza o empréstimo; b) o Governador pede aprovação aos órgãos mencionados no Decreto 74.157/74; c) é solicitada autorização ao Senado. Havendo aval do Tesouro na contratação do empréstimo, o acordo será publicado no *Diário Oficial* da União. Ainda sobre acordos concluídos pelos estados, pode-se recordar que a sua revogação é feita pelos Governadores. Arrais, quando Governador de Pernambuco revogou vários acordos de assistência técnica com a USAID. Salienta Rezek que um estado-membro da federação brasileira não pode contratar com uma organização internacional a não ser que seja empréstimo.

6-B. A expressão "treaty-making power" tem origem em Henry Wheaton na segunda metade do século XIX (Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros).

7. Neste sentido podemos lembrar que os EUA concluíram durante um longo período tratados com as tribos indígenas no seu território. Essês tratados eram aprovados pelo Senado e ratificados pelo Presidente. Esta situação perdurou até 1871. Em 1831, em uma ação da tribo Cherokee na Corté Suprema, juízes minoritários mas da envergadura de um Story afirmaram que esta tribo não se encontrava incorporada à União Americana e possuía território, língua e organização próprios. Os EUA reconheciam personalidade aos índios para concluir tratados; quando da formação da Confederação, cada colônia tratava os índios em pé de igualdade para a compra de terras e o comércio. Somente em 1869 é que já se afirma não terem os índios soberania (Auguste Carlier — *La République Américaine*. États-Unis, 4 vols., 1890). Os EUA concluíram quase 400 tratados com os índios. A

mudança de não considerá-los soberanos vem com a lei de 1871 (Dieter Dorr — "Savages" and International Law, *in* *Law and State*, vol. 47, 1993, págs. 7 e segs.).

8. O parecer da CIJ, em que isto foi consagrado, se referia à ONU; entretanto, ele tem sido generalizado e os seus argumentos podem ser aplicados às organizações internacionais de um modo geral.

9. V. cap. XXIV. É interessante observar que a Constituição Brasileira de 1946, quando falava em tratados e convenções, se referia aos "celebrados com os Estados estrangeiros", esquecendo-se de que existem tratados concluídos com as organizações internacionais. A Constituição de 1967 já não possui este equívoco.

10. Balladore Pallieri assinala que diversos problemas poderão surgir a respeito do direito de convenção por entidades que não sejam Estados como, por exemplo: qual é o órgão dos insurgentes que tem poderes para concluir tratados e quais as consequências se o tratado for concluído por órgãos incompetentes?

11. Nos séculos XV, XVI e XVII eram os plenos poderes redigidos em latim, e no final do século XVII já são encontrados alguns redigidos em francês, ou na língua de quem os concede, como é a prática moderna (João Hermes Pereira de Araújo). Este instituto começou a diminuir de importância com as Revoluções Americana e Francesa, em virtude da obrigatoriedade da ratificação e devido à participação do Legislativo na conclusão dos tratados.

12. A correção de um erro pode ser feita de diversas maneiras: a) fazendo a correção no texto que deve ser rubricado por representante autorizado; b) troca de instrumentos estabelecendo a correção; c) fazendo um novo texto corrigido de todo o tratado. Se no tratado houver um depositário, cabe a este notificar os signatários do erro e da proposta de sua correção, fixando um prazo para que os Estados apresentem objeção à correção. Se o prazo expira sem que nenhuma objeção seja apresentada, o depositário deve fazer a correção, realizando um "procès-verbal" da correção e enviar uma cópia aos contratantes. Se houver objeção dentro do prazo fixado, ela deve ser comunicada aos demais. O texto corrigido substitui o texto que tinha erro "ab initio", a não ser que se convençione algo diferente. Se o tratado já foi registrado na ONU, a correção do erro deve ser notificada ao Secretário da ONU. Se o erro for encontrado em uma cópia autêntica ("certified copy") do tratado, o depositário faz a correção realizando um "procès-verbal" que deve ser comunicado aos demais.

13. O Presidente Hacha e o Ministro das Relações Exteriores da Tcheco-Eslôvaquia foram coagidos, em 1939, a assinar um tratado que criava um protetorado alemão na Morávia e na Boêmia.

14. O Peru alegou que o Tratado Salomón-Lozano (1922), que dava a região de Letícia à Colômbia, devia ser anulado, uma vez que esta se aproveitara de estar o país em uma ditadura.

14-A. Michel Virally — *Sur la Classification des Traités*. *in* *Comunicazioni e Studi*, vol. XIII, 1969, págs. 15 e segs.; Jacques Dehaussy — *Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du Droit International des Nations Unies*. *in* *Recueil d'études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 305 e segs.

15. Até o século XIX os tratados eram bilaterais, e quando os Estados eram vários, se concluíam uma série de acordos bilaterais. Rousseau menciona uma forma transitória denominada de "tratado semicoletivo" (expressão de Basdevant) em que um Estado signatário, tendo interesses particulares, "forma uma parte con-

tratante distinta oposta ao conjunto dos outros signatários", por exemplo, a Convenção de Paris sobre os estreitos de 1856. O primeiro tratado multilateral, isto é, redigido em um único instrumento, foi o Ato Final de Viena de 9 de junho de 1815. Quoc Dinh contudo observa que o Ato Final do Congresso de Viena é apenas um "instrumento geral" que reúne tratados particulares. Em 1856, o Tratado de Paris já possuía uma cláusula de adesão. A Paz de Paris de 1856 foi o primeiro tratado multilateral negociado como tal e foi assinado pelos beligerantes e neutros. Sobre novas técnicas de conclusão dos tratados bilaterais pode-se dizer que atualmente eles são quase que orais, sendo que no final da negociação é feito um *memorandum* que é rubricado. Tal *memorandum* nem se refere a ratificação (C. Parry).

16. Esta classificação tem sido abandonada e substituída pela de tratados multilaterais gerais e tratados especiais, sendo que estes últimos podem ser bilaterais e multilaterais (Gonçalves Parreira). Alega-se em favor desta classificação que as questões surgidas nos tratados multilaterais com poucos contratantes são "assimiláveis" às dos tratados bilaterais. Entretanto, esta distinção entre tratados multilaterais com poucos e muitos contratantes é difícil de ser feita, uma vez que não existe um número determinado de contratantes para se colocar o tratado numa ou noutra categoria. A Comissão de DI contudo a consagrou em 1962, declarando que o tratado multilateral geral é o "tratado multilateral relativo a normas gerais de direito internacional, ou versando sobre questões de interesse geral para o conjunto dos Estados". Virally, fundamentando-se nos tratados da Comissão de Direito Internacional, fala em tratados plurilaterais e multilaterais. Os multilaterais teriam duas características: a) indeterminação do número de contratantes; b) a possibilidade de diferentes regimes convencionais. Os plurilaterais seriam os concluídos por mais de dois Estados com "intuitu personae" e, em consequência, sem as características dos multilaterais. Ainda com fundamento nos trabalhos da Comissão do DI, os multilaterais seriam adotados por 2/3, enquanto os plurilaterais o seriam por unanimidade.

17. Tanto assim é que para dois autores diferentes o mesmo tratado pertencia a categorias diferentes. Aréchaga dá o seguinte exemplo: um acordo de cooperação militar entre dois Estados, em que um fornecerá tropas terrestres e o outro forças navais. Para Triepel, seria um tratado-contrato, porque as vontades têm conteúdo diferente; enquanto para outros (Bourquin), seria um tratado-lei, "porque dele emana uma norma jurídica geral, suscetível de aplicar-se a toda espécie de agressão que se realize no futuro".

18. Esta distinção será mencionada ainda por diversas vezes neste trabalho, uma vez que ela impregnou toda a doutrina internacional. Realmente, existem certos tratados que apresentam exclusivamente normas de aspecto geral (ex.: convenções que têm por finalidade codificar o DI), daí a vantagem meramente prática de se utilizar esta classificação, o que não significa negar o que afirmamos acima.

19. Pierre Chailley — *La Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit Contemporain*, 1932; John B. Whitton — *La Règle "Pacta sunt Servanda"*, in *RdC*, 1934, vol. II, t. 49, págs. 147 e segs.; Josef L. Kunz — *The Meaning and Range of the Norm "Pacta Sunt Servanda"*, in Josef L. Kunz — *The Changing Law of Nations*, 1968, págs. 347 e segs.

20. Outras concepções têm também procurado dar o fundamento dos tratados, entre elas podemos citar: a do realismo jurídico (Vellas) de que os tratados seriam obrigatórios em virtude de uma necessidade social e interesse comum dos contratantes; a voluntarista (Jellinck) em que a obrigatoriedade adviria da manifestação de vontade dos contratantes.

21. Giovanni Kojanec — *Trattati e Terzi Stati*, 1961; Report of the International Law Commission on the work of its sixteenth session — 11 May—24 July, 1964, págs. 7 e segs.; Covey T. Oliver — *Historical Development of International Law: Contemporary Problems of Treaty Law*, in *RdC*, 1955, vol. II, t. 88, págs. 421 e segs.; Arnold D. McNair — *Treaties producing effects "erga omnes"*, in *Scritti di Diritto Internazionale in Onore Tomaso Perassi*, vol. II, 1957, págs. 21 e segs.; Philippe Braud — *Recherches sur l'État tiers en droit international public*, in *RGDIP*, 1967, n° 1, Janvier-Mars, págs. 17 e segs.; Ph. Cahier — *Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers*, in *RdC*, 1974, vol. III, t. 143, págs. 59 e segs.; Edouard Sauvignon — *Les Traités et les Ressortissants des États tiers*, in *RGDIP*, 1977, n° 1, págs. 15 e segs.; E. W. Vierdag — *The Law Governing Treaty Relations between parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not party to the convention*, in *AJIL*, October 1982, vol. 76, n° 4, págs. 779 e segs.; Christine Chinkin — *Third Parties in International Law*, 1993.

22. É preciso não confundir com as normas convencionais que se transformam em normas costumeiras e passam a ser, em consequência, obrigatórias para todos.

23. Se algumas obrigações não são respeitadas, isto não impede que elas existam e que no futuro venham a se tornar mais efetivas.

24. Charles de Visscher — *Problèmes d'interprétation Judiciaire en Droit International Public*, 1963, págs. 102 e segs.; G. F. do Nascimento e Silva — *Dos Conflitos de Tratados*, in *BSBDI*, janeiro-dezembro, 1971, n°s 53 e 54, págs. 27 e segs.; João Grandino Rodas — *The doctrine of non Retroactivity of International Treaties*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXVIII, 2° fasc., 1973, págs. 341 e segs.; I. Tammelo — *Tensions and Tenebrae in Treaty Interpretation: Reconnaissance of a Battlefield for Antinomies*, in *Les Antinomies en Droit. Études publiés par Ch. Perelman*, 1965, págs. 337 e segs.; J. Salmon — *Les antinomies en droit international public*, in *Les Antinomies en Droit. Études publiés par Ch. Perelman*, 1965, págs. 285 e segs.; Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva — *Le Facteur Temps et les Traités*, in *RdC*, 1977, vol. I, t. 154, págs. 215 e segs.

25. Eduardo Jiménez de Aréchaga — *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, 1958, págs. 29 e segs.; A. Rapisardi-Mirabelli — *Storia dei Trattati e delle Relazioni Internazionali*, 1945, págs. 98 e 99; Santi Nava — *Esegesi dei Trattati*, 2 vols., 1964-1965; L. Focsaneanu — *Les langues comme moyen d'expression du droit international*, in *AFDI*, 1970, págs. 256 e segs.

26. Existe na doutrina uma grande discussão em torno do valor jurídico do preâmbulo, isto é, se ele é ou não obrigatório para as partes contratantes. Goodrich e Hambro afirmam que ele, sendo uma parte do tratado, gera obrigações para os Estados, como a parte dispositiva. Outros (Pollux) afirmam que o preâmbulo deve ser utilizado apenas com fins de interpretação para esclarecer as partes obscuras do tratado. Na verdade, a questão não pode ser resolvida em tese, mas examinando o caso concreto para que se averiguem as intenções das partes. No mínimo, ele terá sempre um valor interpretativo. No Direito Constitucional o preâmbulo tem

relevância política, mas também conteúdo jurídico, e pode ser visto como um "mandato constitucional" (Klaus Stern — *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987).

27. No período medieval os tratados eram "registrados" pelos notários, mas eles adquiriam mais força quando tais "registros" fossem feitos pelos notários do Papa.

28. Até o século XIX os tratados eram manuscritos. O primeiro tratado a ser impresso foi o de Berlim, em 1878.

28-A. Inicialmente os tratados multilaterais eram redigidos apenas em francês, sendo que isto durou até 1919, quando a Paz de Versalhes foi redigida em francês e inglês.

29. Durante algum tempo se utilizou o latim. No século XVIII passou a ser empregado o francês, em virtude das vantagens deste idioma: "clareza, precisão e construção direta". Os tratados que consagraham a derrota da França, como o de Francoforte, em 1871, eram redigidos em francês. Atualmente, o francês se encontra em decadência como "língua diplomática", sendo substituído de certo modo pelo inglês.

30. V. bibliografia do cap. IV; Roger Pinto — La "constitutionnalité" des dispositions de fond des Traités devant la Cour Suprême des États Unis, in *La Technique et les Principes du Droit Public, Études en l'Honneur de Georges Scelles*, t. I, 1950, págs. 439 e segs.; Serge Regourd — L'article 55 de la Constitution et les juges: de la vanité de la clause de réciprocité, in *RGDIP*, 1983, n° 4, págs. 780 e segs.; Jordan J. Paust — Self Executing Treaties, in *AJIL*, October, 1988, vol. 82, n° 4, págs. 760 e segs.; Carlos Manuel Vásquez — The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, in *AJIL*, October 1995, vol. 89, n. 4, pgs. 695 e segs.

31. Manlio Udina — Accordi Internazionali in Forma Semplificata e la Costituzione Italiana, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XLIV, fasc. 2, 1961, págs. 201 e 202.

32. Todavia, existem acordos que são tratados em sentido estrito para uma das partes contratantes e acordos em forma simplificada para a outra (Manlio Udina).

32-A. Michel Waelbroeck — Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché Commun, 1969; Michel Virally — Le Principe de Réciprocité dans le Droit International Contemporain, in *RdC*, vol. III, t. 122, págs. 5 e segs.

33. J. Mervyn Jones — Full Powers and Ratification, 1946; Franco Mosconi — La Formazione dei Trattati, 1988; Adolli Maresca — Il Diritto dei Trattati, 1971; Kaye Holloway — Modern Trends in Treaty Law, 1967.

33-A. Existem outros meios de se autenticar um tratado, como o seu texto ser incorporado à ata final da conferência e só ela ser assinada, ou, ainda, quando o tratado é adotado em uma organização internacional e incorporado a uma resolução que é autenticada pela assinatura do Presidente e do Secretário-geral.

34. Na verdade, documentos internacionais entraram em vigor sem assinatura, como é o caso da Carta do Atlântico.

35. A sua origem parece estar em um tratado concluído em 1785, entre a Prússia e os EUA, que foi assinado por Franklin em Passy, Jefferson em Paris e Adams em Londres (pelos EUA) e Thurlerneir assinou-o em Haia (pela Prússia). Estas assinaturas se sucederam com semanas de intervalo. A assinatura diferida

inicialmente foi usada para dar maior tempo aos negociadores que não possuíam instruções completas.

36. Inicialmente só se beneficiavam dela os Estados que tivessem participado na conferência que concluía o tratado; posteriormente passou-se a determinar os Estados que dela se poderiam utilizar para, nos dias de hoje, ela estar aberta a todo e qualquer Estado.

37. A assinatura diferida traria a desvantagem de permitir reservas de que os outros negociadores só viriam a ter notícias algum tempo depois, enquanto a reserva na assinatura normalmente já é sabida pelos demais, uma vez que os plenipotenciários manifestam durante as negociações o desejo de apresentá-las.

37-A. A ordem de enumeração das partes contratantes tem variado de acordo com a época histórica, sendo que em certa fase se classificava os Estados (primeiro os Impérios, segundo os Reinos; ou primeiro as monarquias e segundo as repúblicas, etc.).

38. José Sette Câmara — *The Ratification of International Treaties*, 1949; Fernand Dehousse — *La Ratification des Traités*, 1935; Paul de Visscher — *De la Conclusion des Traités Internationaux*, 1943; Jan F. Triska e Robert M. Slusser — *The Theory, Law and Policy of Sovietic Treaties*, 1962, págs. 65 e segs.; Amílcar de Araújo Falcão — *Tratados e Convenções Internacionais*, in *BSBDI*, janeiro-dezembro, 1962, n°s 35 e 36; Dietrich Kappeler — *Les Réserves dans les Traités Internationaux*, 1958; L. A. Podestá Costa — *Les réserves dans les traités internationaux*, in *Revue de Droit International*, 1938, 1° semestre, t. XXI, pág. 6; J. Dehaussy — *Le depositaire des traités*, in *RGDIP*, Juillet-Septembre, 1952, n° 3; Celso de Albuquerque Mello — *Ratificação de Tratados*, 1966; Francis G. Wilcox — *The Ratification of International Convention*, 1935; Franco Mosconi — *La Formazione del Trattati*, 1968; Maria Frankowska — *De la prétendue présomption en faveur de la ratification*, in *RGDIP*, Janvier-Mars 1969, n° 1, págs. 62 e segs.; Nicolas Valticos — *Droit International du Travail*, 1970 e suplemento de 1973; Riccardo Monaco — *La ratification des traités internationaux dans le cadre constitutionnel italien*, in *RGDIP*, Janvier-Mars 1970, n° 1, págs. 1 e segs.; J. Grandino Rodas — *Depositário de tratados internacionais*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 1976, vol. LII, págs. 241 e segs.; Emmanuel Rouçounas — *Uncertainties regarding the entry into force of some multilateral treaties*, "in" *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, coordenado por Karel Wellens, 1998.

39. Esta definição é de Dehousse, com as correções feitas por Sette Câmara.

40. No início, os tratados eram submetidos ao povo romano; entretanto, no período posterior a Sila, os tratados passam a ser apreciados pelo Senado.

41. Ela é dada em primeiro lugar pelo Estado em que ocorrer a negociação do tratado (Maulde-La-Clavière).

42. Rousseau fala em sistema de competência exclusiva do Legislativo; todavia Visscher demonstrou que em nenhum sistema o Poder Executivo é totalmente excluído da ratificação. Visscher assinala que nos sistemas suíço e turco um tratado aprovado pela Assembléia e não ratificado pelo Executivo pode acarretar a responsabilidade deste último. De qualquer modo a ratificação será dada pelo Executivo. Na URSS a ratificação é da competência do Presidium do Conselho Supremo da União; entretanto, o papel do Conselho de Ministros tem sido decisivo neste assunto. O próprio Presidium deve ser caracterizado como um órgão executivo e

não como um comitê legislativo (Wildhaber), apesar dele emanar do órgão legislativo supremo. Este mesmo tipo de raciocínio talvez pudesse ser aplicado em relação à China Comunista, cuja Constituição estabelece que a ratificação e denúncia dos tratados é da competência do Comitê Permanente da Assembléia Popular Nacional. É interessante observar que algumas Constituições da América Latina, como a do México (1917) e a de El Salvador (1962) mencionam respectivamente que ratificação é do "Congresso Federal" e da "Assembléia Legislativa". No caso do México, tem-se considerado que foi um descuido do constituinte que teria copiado dispositivo da Constituição de 1857, e a própria Constituição de 1917 em outro dispositivo estabelece que cabe ao Senado apenas aprovar os tratados. A Constituição soviética de 1977 repete ainda que a ratificação e denúncia dos tratados é da competência do Presidium do Soviete Supremo. Este é formado por: a) Presidente; b) 1º Vice-presidente; c) 15 Vice-presidentes (um por cada república); d) Secretário; e) 21 vogais.

43. Rousseau acrescenta em favor da ratificação uma razão de "técnica jurídica"; a não aceitação da teoria do mandato, uma vez que o plenipotenciário "nem pelos interesses representados nem pelos perseguidos" é comparável ao "mandatário do direito privado cuja função está limitada ao comércio jurídico do direito civil".

44. "... na aprovação de ato internacional, o Congresso se limita a autorizar o Executivo, e caso este queira, a ratificar e a promulgar o tratado. Vale dizer que, mesmo com a aprovação, o tratado, convenção ou acordo internacional não se completa, nem se torna obrigatório. Para tanto, depende ainda de ato do Executivo, cuja prática é confiada ao ajuizamento discricionário deste" (Amílcar Falção). Atualmente o Decreto Legislativo apenas aprova o tratado. Pode-se acrescentar ainda que a aprovação de um tratado começa pela Câmara. A mensagem é enviada pelo Presidente ao Congresso Nacional. A citada "mensagem é capeada por um aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil ao 1º Secretário da Câmara dos Deputados" (Resek).

45. As convenções internacionais do trabalho representam uma exceção a este princípio, uma vez que serão necessariamente submetidos pelo Executivo ao Legislativo para aprovação, em virtude do que estabelece o art. 19, nº 5, letra b, da Constituição da OIT. Esta é a interpretação oficial da OIT. Entretanto, o Brasil já sustentou que as convenções só seriam submetidas ao Legislativo se o Executivo assim o entendesse. Neste sentido está a nota da Delegação Brasileira ao BIT em 1951 e a prática do Ministério do Trabalho naquela época (v. João Hermes Pereira de Araújo). Atualmente o Brasil segue a orientação da OIT e envia a convenção ao Congresso. Um outro aspecto interessante das convenções internacionais do trabalho é que se tem admitido a ratificação condicional (subordinar a data de entrada em vigor à ratificação de outros Estados); isto ocorre devido à concorrência econômica internacional (Nicolas Valticos). Estas convenções apresentam algumas outras características próprias, como o fato delas serem aprovadas por voto individual e não por Estados. É de se recordar que na Conferência Internacional do Trabalho não comparecem apenas representantes de governos, mas também patronais e de empregados. Elas não são assinadas mas autenticadas pelo Presidente da Conferência e pelo Diretor do BIT. Uma outra característica destas convenções é que se o Estado não as ratifica e a OIT solicitar informações sobre o porquê da recusa, é obrigado a informar.

46. Nos dias de hoje existe pelo menos um caso de ratificação tácita, que é o das convenções sanitárias aprovadas pela Assembléia Mundial de Saúde, "que entram em vigor se os Estados não dão aviso de sua não aceitação em determinado prazo".

47. A ratificação parcial só seria válida se o tratado a admitisse expressamente. Entretanto, esta ressalva torna-se inoperante, tendo em vista a admissão da reserva. Ora, um Estado, ao formular reservas a determinados artigos de um tratado na sua ratificação, está, em consequência, ratificando parcialmente este tratado.

48. A distinção entre reserva e condição nem sempre é fácil de ser feita. Dehousse assinala que "por reservas deve-se entender as modalidades de ratificação visando às disposições de fundo do tratado e, em particular, as disposições que determinam a extensão das obrigações das partes... A condição... concerne aos elementos extrínsecos... por exemplo, a entrada em vigor do tratado". A reserva altera a substância do estipulado no tratado, o que não ocorre na condição (Podestá Costa). As condições são temporárias, enquanto as reservas são permanentes.

49. Assinala Ballardore Pallieri que após a 2ª Guerra Mundial tem surgido a prática de o Estado simplesmente "notificar a existência da ratificação sem transmiti-la". Esta prática tem sido utilizada sobretudo nas convenções multilaterais. A Convenção de Viena prevê, assim, ao lado da troca ou depósito dos instrumentos, ainda um outro modo: "sua notificação aos Estados contratantes ou ao depositário se assim foi estabelecido". Podemos ainda acrescentar que a troca ou depósito não é apenas de instrumentos de ratificação, mas também de instrumentos de aceitação, aprovação ou adesão.

50. B. Mirkine-Guetzevitch — Les Tendances Internationales des Nouvelles Constitutions, in RGDIP, Juillet-Décembre, 1948, nºs 3-4; idem — Droit International et Droit Constitutionnel, in RdC, 1931, vol. IV, t. 38; idem — Droit Constitutionnel International, 1933; Paul de Visscher — Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes, in RdC, 1952, vol. I, t. 80; Elbert M. Byrd Jr. — Treaties and Executives Agreements in the United States, 1960; Yuen Liliang — Notes on Legal Questions concerning the United Nations Use of the Term "Acceptance" in the United Nations Treaty Practice, in AJIL, vol. 44, nº 2, April, 1950; H. Accioly — A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira, in BSBDI, janeiro-junho, 1948, nº 7, págs. 5 e segs.; idem — Ainda o problema da ratificação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1951, nºs 13 e 14, págs. 20 e segs.; idem — A conclusão dos Atos Internacionais no Brasil, in BSBDI, 1953, nºs 17 e 18, págs. 18 e segs.; Haroldo Valladão — Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1951, nºs 13 e 14, págs. 129 e segs.; Vicente Marotta Rangel — La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil, in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. IV, págs. 253 e segs.; idem — A Constituição Brasileira e o Problema da Conclusão dos Tratados Internacionais, in Problemas Brasileiros, nº 31, outubro de 1965, págs. 11 e segs.; H. Valladão — Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, 1964; Alberto Deodato — Pode o Congresso apresentar Emendas aos Acordos Internacionais?, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de Minas Gerais, outubro de 1953; Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva — A referenda pelo Congresso Nacional de Tratados Internacionais, in Direito, 1947, XLVI, págs. 41 e segs.; João Severiano da Fonseca Hermes Jr. — O Poder Legislativo e os atos internacionais,

in BSBDI, janeiro-dezembro, 1953, n.ºs 17 e 18; Paul-F. Smets — Les Traités Internationaux devant la Section de Législation du Conseil d'État, 1966; Kaye Hallows — Modern Trends in Treaty Law, 1967; e o magnífico trabalho de Orlando Bittar — O Presidente dos Estados Unidos e o controle dos Atos Internacionais de sua competência, in Revista de Ciência Política, vol. 3, n.º 2, junho de 1969, págs. 72 e segs.; Augusto de Rezende Rocha — Acordos Internacionais: quando é desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional, in BSBDI, janeiro-dezembro, n.ºs 47 e 48, 1968, págs. 175 e segs.; Fuad S. Hamzeh — Agreements in Simplified Form — A Modern Perspective, in BYBIL, 1968-1969, págs. 179 e segs.; Jorge Reinaldo A. Vanossi — Régimen Constitucional de los tratados, 1969; Haroldo Valladão — Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de Acordo Internacional, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1969, n.ºs 49 e 50, págs. 111 e segs.; Luzius Wildhaber — Treaty — Making Power and constitution, 1971; Louis Henkin — Foreign Affairs and the Constitution, 1972; Bernard Schwartz — Los Poderes del Gobierno, vol. 11, 1968; José Francisco Rezek — As relações internacionais na constituição da Primeira República, in Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 126, junho de 1973, págs. 107 e segs.; Armando de Oliveira Marinho e outros — O Congresso Nacional e a Política Externa Brasileira, in Revista de Ciência Política, vol. 18, n.º especial, abril de 1975, págs. 56 e segs.; João Grandino Rodas — Os Acordos em Forma Simplificada, in Revista* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. LXVIII (1.º fasc.), 1973, págs. 319 e segs.; Philippe Pondaven — Le Parkement et la Politique Extérieure sous la IV République, 1973; John B. Rehm — Making Foreign Policy Through International Agreement, in The Constitution and the Conduct of Foreign Policy, edited by Francis O. Wilcox e Richard A. Frank, 1976, págs. 126 e segs.; Dominique Carreau — Le président. le Congrès des États Unis et le commerce international: l'exemple d'un conflit constitutionnel mal résolu, in Mélanges offerts a Georges Burdeau — Le Pouvoir, 1977, págs. 497 e segs.; Jorge Rodríguez — Zapata — Constitución, Tratados Internacionales y Sistema de Fuentes del Derecho, 1976; Don Wallace Jr. e outros — Treaties and Executive Agreements, in Proceedings of the 71st Annual Meeting, American Society of International Law, April 21-23, 1977, págs. 235 e segs.; Frederic Sudre — La notion de traité international Engageant les finances de l'État, in RGDIP, Janvier-Mars 1976, n.º 1, págs. 163 e segs.; Wilson Accioly de Vasconcelos — O Congresso Nacional e o treaty-making power, in Revista de Informação Legislativa, abril e junho de 1976, n.º 50 (especial), págs. 115 e segs.; Clóvis Ramallete — A Comissão de Relações Exteriores do Senado: competência e valor político, in Revista de Informação Legislativa, abril e junho de 1976, n.º 50 (especial), págs. 123 e segs.; Patrick Rambaud — Le Parlement et les engagements internationaux de la France sous la Ve République, in RGDIP, t. 81, 1977, n.º 3, págs. 617 e segs.; J. Puente Egido — La Celebración de Tratados Internacionales en el Derecho Español y su Valor Normativo: Derecho Vigente y Aspectos Históricos, in Mélanges Offerts a Paul Reuter, 1981, págs. 415 e segs.; Guillaume Bacot — Remarques sur le rôle du referendum dans la ratification des traités, in RGDIP, t. 82, 1978, vol. 4, págs. 1.204 e segs.; Geneviève Bordeau — Les Accords Conclus entre Autorités Administratives ou Organismes Publics de Pays Différents, in Mélanges Offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 103 e segs.; Julio Victor do Espírito Santo — A Política Externa e a Comissão de Relações Exteriores do Senado; O caso Brasileiro e o Americano, 1982 (tese mimeografada); Daniel de la Pedraja e outros

— El control constitucional de la política exterior en América Latina, 1973; Amado Luiz Cervo — O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores (1826-1889), 1981; Parliamentary Control avec foreign policy, coordenado por Antonio Cassese, 1980; Michael J. Glennon — The Senate Role in Treaty Ratification, in AJIL, april 1983, vol. 77, n.º 2, págs. 257 e segs.; Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros — O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais, 1983; Michele Buquicchio — Il Procedimento Costituzionale di Formazione dei Trattati, 1980; Georquenor de Sousa Franco Filho — Os Tratados Internacionais nas Constituições Brasileiras, in Rev. TRT — 8.º R. Belém, jan./jun., 1988, págs. 99 e segs.; Paulo Roberto de Almeida — Partidos Políticos e Política Externa, in Revista de Informação Legislativa, a. 23, n.º 91, jul./set., 1986, Senado Federal, págs. 173 e segs.; João Grandino Rodas — Os Tratados internacionais na futura Constituição Brasileira, in O Estado de S. Paulo, 11/7/87; José Sette Câmara — A Conclusão dos Tratados Internacionais e o Direito Constitucional Brasileiro, in BSBDI, 1987/1989, n.º 69/71, págs. 56 e segs.; Miguel A. D'Estefano Pisani — El control Constitucional de la política exterior de Cuba, in Miguel A. D'Estefano Pisano — Cuba, Estados Unidos y el Derecho Internacional contemporáneo, 1983, págs. 270 e segs.; Antonio Remiro Brotons — La Accion Exterior del Estado, 1984; Paulo Roberto de Almeida — As relações internacionais na ordem constitucional, in Revista de Informação Legislativa, n.º 101, jan./mar., 1989, págs. 47 e segs. (referentes); The United States, Constitution in its Third Century: Foreign affairs, AJIL, October 1989, vol. 83, n.º 4; Paulo Roberto de Almeida — A Estrutura Constitucional das Relações Internacionais e o Sistema Político Brasileiro, in Contexto Internacional, n.º 12, jul./dez. 1990, págs. 53 e segs.; Elisabeth Zoller — Droit des relations extérieures, 1992; Guido F. S. Soares — The Treaty-Making Process under the Federal Constitution of Brazil, in Chicago — Kent Law Review, vol. 67, n.º 2, 1992, págs. 495 e segs.; Paulo Roberto de Almeida — Os Partidos Políticos nas Relações Internacionais do Brasil, 1930 a 1990, in Contexto Internacional, julho/dezembro, 1992, vol. 14, n.º 2, págs. 161 e segs.; Michael J. Glennon — Constitutional Diplomacy, 1991; Bruce Ackerman e David Golove — Is Nafta Constitutional?, "in" Harvard Law Review, vol. 108, February, 1995 n.º 4, págs. 799 e segs.; Melvin Small — Democracy and Diplomacy, 1996.

51. Uma exceção a este princípio eram os tratados que estipulavam cessão de território, quando era necessário um plebiscito.

51-A. A Constituição norte-americana tinha a intenção de o Senado participar da negociação dos tratados, porque ele, com 26 membros, era tido como um conselho executivo. Em 1936, no caso Curtiss, a Corte Suprema dos EUA declarou que a negociação é só da competência do Executivo (Orlando Bittar). Na verdade, desde o início o Senado norte-americano perdera por sua própria iniciativa a função de conselho executivo.

51-B. Na própria França houve uma tendência de se restringir ainda mais os tratados a serem submetidos ao Legislativo. Assim os "tratados concernentes a organização internacional" deviam ser submetidos à Assembléia. Entretanto, interpretou-se que só iriam à Assembléia os que reunissem os seguintes requisitos: a) criassem uma organização internacional permanente; b) que houvesse uma necessidade imediata de abertura de crédito; c) que trouxessem uma diminuição das competências parlamentares. Outras observações podem ser acrescentadas sobre a prática da IV República na França: a) submetia-se algumas vezes à aprovação do Parlamento a política que o governo pretendia seguir em uma negociação

internacional, sem isto significar que a Assembléia se responsabilizasse pela negociação; b) outras vezes aprovava-se no Parlamento um acordo antes da sua assinatura e que, após assinado, era novamente submetido à Assembléia para ser autorizada a ratificação. Na França os acordos do Executivo são assinados pelo primeiro-ministro ou por pessoa integrante do escalão administrativo abaixo dele e não pelo Presidente da República (Guido Soares). O art. 11 da Constituição francesa prevê a substituição da autorização das Câmaras pelo referendo. Este, entretanto, tem vários argumentos em contrário: a) o povo não entende de política externa; b) as negociações internacionais são secretas; c) retardaria a entrada em vigor do tratado. A Constituição espanhola de 1978 adotou o sistema da Constituição francesa de enumerar os tratados que devem ser submetidos ao Congresso, tais como: a) os de aspecto político e militar; b) os que afetam a integridade territorial; c) os que modifiquem ou derroguem alguma lei, etc. Os demais serão comunicados ao Poder Legislativo. Na França os atos diplomáticos, como negociação e ratificação de tratados e declaração de guerra, necessitam da assinatura do Presidente e da contra-assinatura ministerial.

51-C. Na Grã-Bretanha, em matéria de aprovação de tratados existe a "Ponsonby Rule" instituída em 1924 por este subsecretário de Estado; os tratados são depositados por 21 dias na Mesa da Câmara dos Comuns, após o quê são ratificados. Assim sendo, o tratado poderá ser discutido se a Câmara o desejar. A ratificação é da competência da Coroa. Nos países de governo parlamentarista não há obrigatoriamente a necessidade de aprovação parlamentar (Índia). Na Holanda a Constituição enumera os acordos que não precisam de aprovação do Legislativo (ex.: acordos complementando tratados anteriores).

51-D. Nos EUA eles foram usados para as anexações do Texas e Havaí, adesão à OIT, etc. A expressão acordo em forma simplificada parece ter origem, em 1926, em J. Basdevant (Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros).

52. Nos EUA os acordos executivos abrangem três classes: a) acordos concluídos com autorização do Congresso; b) acordos concluídos com governos estrangeiros que dependem de sanção ou complementação a ser dada pelo Congresso (ex.: acordos com cláusula de aceitação); c) acordos concluídos pelo Executivo dentro do seu poder constitucional. Esta última categoria é que constitui os verdadeiros acordos do Executivo, enquanto os outros seriam mais bem denominados de acordos do Legislativo e Executivo. Assim sendo, existem acordos do Executivo (em sentido amplo) que decorrem de: a) autoridade do Poder Executivo; b) autorização legislativa. Na Circular nº 175, de 1955, do Departamento de Estado, estabeleceu-se que só se deve utilizar a forma de acordo do Executivo quando ele entrar "em uma ou mais das seguintes categorias": a) acordos feitos em execução ou concordados com legislação ou tratado existente; b) acordos sujeitos a aprovação ou complementação do Congresso; c) acordos sobre matéria que pertença ao Poder Constitucional do Presidente. Segundo Bittar, existem três categorias de acordos de executivo: 1) acordos presidenciais: a) na qualidade de comandante-em-chefe das forças armadas; b) órgão (único) de política externa; c) executor das leis; d) Chefe do Executivo; 2) acordos do Executivo com fundamento em autorização constante do tratado; 3) acordos Legislativo-Executivo: a) autorização constante em lei; b) autorização constante de resolução conjunta. O acordo Legislativo-Executivo é uma criação da era Roosevelt. Até o "New Deal" todo tratado era aprovado pelo Senado. O ingresso do Texas na União foi aprovado pelo Congresso, porque neste caso havia tal necessidade. Várias emendas foram propostas à Cons-

tituição norte-americana a fim de se eliminar ou pelo menos reduzir os acordos do Executivo. A mais célebre delas foi a Emenda Bricker, mas nenhuma alcançou êxito. Em 1969 o Senado norte-americano aprovou uma resolução em que o Presidente deve consultar o Legislativo antes de assumir compromissos de enviar tropas ao exterior ou de conceder recursos financeiros a qualquer país (Vanossi). A Suprema Corte norte-americana já declarou que um *agreement* não revoga lei federal, mas que se sobrepõe à lei estadual (O. Bittar). Uma reação aos acordos do Executivo é uma lei norte-americana de 1972 que estabelece que o Executivo deverá transmitir ao Congresso todo e qualquer acordo em que os EUA forem parte no prazo máximo de 60 dias. Se a publicação do acordo for prejudicial à segurança dos EUA, ele só será comunicado às Comissões de Relações Exteriores do Senado e da Câmara após uma ordem do Presidente para que seja mantido secreto. É o "Case Act", de iniciativa do Senador Case. O Congresso não aprova tais acordos, mas pode se opor à sua entrada em vigor pela aprovação de uma resolução nos 60 dias seguintes ao seu depósito. Podemos acrescentar que esta lei reconhece a existência de tratados secretos, o que "viola" a Carta da ONU, que determina o registro dos tratados no seu Secretariado. Ainda sobre a prática norte-americana, salienta D. Carreau que em matéria de tratado de comércio existem três possibilidades: a) o Congresso aprova *a posteriori*. O tratado é aprovado por maioria simples nas duas Câmaras. Comércio exterior é matéria da competência do Congresso; b) o tratado é aprovado pelo Senado por maioria de 2/3, parece que é menos utilizado; c) aprovação implícita pelo Congresso. Ela se manifesta por uma abstenção do Congresso que não se opõe à ação do Presidente. Já em 1897 o "Dingley Act" autorizou o Presidente a concluir acordos de comércio que o Congresso poderia terminar por uma resolução da Câmara e do Senado. A prática da conclusão de acordos do Executivo tem aumentado. É suficiente reproduzir alguns dados fornecidos por Rehm: a) de 1789 até a 2ª Guerra Mundial foram concluídos de 900 a 1.000 tratados e cerca de 200 acordos do executivo; b) de 1946 a 1971 foram concluídos 361 tratados e 5.559 acordos do executivo; c) em 1972 estavam em vigor nos EUA 5.306 acordos internacionais, sendo que 947 eram tratados e 4.359 acordos do Executivo. Nestes últimos 97% o eram acordos do tipo Congresso-Executivo. Nos EUA a "Clark Resolution" do Senado estabelece que ele pode designar um acordo do Executivo concluído pelo Presidente como sendo tratado e que portanto deveria ser levado à aprovação do Senado. O Senado neste caso não poderá fazer qualquer legislação para implementação. Essa resolução não se aplica a acordos do Executivo autorizados expressamente por legislação ou tratado.

53. Na prática constitucional norte-americana um acordo do Executivo que viole uma lei do Congresso é nulo. Um acordo em forma simplificada (Executivo-Legislativo) revoga a legislação estadual.

54. Uma outra fórmula é a cláusula de aprovação, é mais recente e se encontra consagrada na prática de alguns Estados em tratados. Ela, entretanto, não tem forma determinada. Visa "facilitar a aplicação de tratados internacionais reconhecendo o valor jurídico de procedimentos internos simplificados" (Vellas). Entre "a aceitação e a aprovação não há diferenças essenciais" (Mosconi). Para Rousseau, a expressão "aceitação" abrange a ratificação e a adesão.

54-A. Pode-se lembrar que a Constituição do Império dava ao Executivo o poder de concluir tratados de "aliança defensiva e ofensiva" e após a sua conclusão levá-los ao conhecimento da Assembléia Geral. Frei Caneca (Ensaio Político, 1976) já criticava este dispositivo salientando que a aprovação pela Assembléia

deveria ser prévia. Alguns dados sobre o histórico desta questão no Império devem ser mencionados, sendo eles retirados da excelente obra de Amado Luiz Cervo. Houve o desenvolvimento de uma corrente no Parlamento, desde 1826 e especialmente a partir de 1827, reivindicando os direitos de a Assembléia aprovar ou rejeitar tratados se opondo assim ao denominado "sistema de tratados". É que a Constituição de 1824 apenas obrigava à aprovação da Assembléia "os tratados concluídos em tempo de paz envolvendo cessão ou troca de território do império ou de possessões". Lei de 14/6/1831 deu à Assembléia a atribuição de operar ou rejeitar tratados. Com a Maioridade volta a vigorar a segunda Constituição de 1824, mas a Lei de 23/11/1841 dá ao Conselho de Estado o poder de examinar os tratados antes da ratificação. "O Conselho de Estado está estritamente ligado ao Parlamento, no Império" (José Honório Rodrigues). O Conselho de Estado faz uma análise rápida dos tratados e se utiliza de fórmulas genéricas para aprová-los "por estar de conformidade com os interesses gerais da nação" ou "não continha cláusula alguma que se opusesse aos interesses gerais da nação". Amado Luiz Cervo relata ainda que em 1837 o governo indagou da Câmara se deveria ou não realizar um tratado a respeito de um problema no Prata e ela respondeu: "a Câmara faz saber, pois, ao governo que não lhe compete redigir tratados e fixar fronteiras, mas apenas examinar, aprovar ou sujeitar tais atos".

54-B. É de se recordar que pela Constituição de 1934 o Poder Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado. A aprovação dos tratados cabia à Câmara (art. 40, letra a) e o Senado era um mero colaborador (art. 91, I, f).

55. Os defensores da segunda corrente se vêem obrigados a propor alteração no texto constitucional: a) Marotta Rangel propõe que seja incorporada à Constituição a norma do Ato Institucional que obriga o Legislativo a votar o projeto de lei em determinado prazo; b) H. Valladão propõe no art. 14 do seu anteprojeto de "Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas" que os acordos sobre "matéria econômica e social com prazo de validade e de denúncia restrito" possam ser ratificados pelo Executivo sem aprovação do Congresso, desde que haja uma "autorização geral" dada pelo Legislativo e se este não o aprovar deverá ser ele denunciado. A Constituição de 1967 e a de 1969 deram ao Congresso um prazo para a aprovação de leis. Entretanto, tenho dúvidas se os tratados podem ser equiparados a "projetos de lei" como fala a Constituição, porque tratado não é propriamente um projeto de lei. Para demonstrar isto basta lembrar que o tratado aprovado pelo Congresso e ratificado pelo Presidente não volta ao Congresso para ser apreciada a não ratificação, isto é, o "veto presidencial". Em conclusão, o tratado não pode ser promulgado pelo Congresso, como acontece com um projeto de lei. Entretanto, a Lei nº 23, de 30/10/1891, estabelece que os tratados são submetidos ao Congresso "mediante um projeto de lei". A mesma orientação é consagrada pela Constituição Federal. Outras razões para que não seja feita a equiparação podem ser mencionadas: a) o Legislativo não tem um poder de emendar os tratados tão amplo como tem nas leis; b) o Legislativo não pode iniciar negociações internacionais, etc.

56. Equivocado era o parágrafo único do art. 47 da Constituição de 1967, que estipulava o prazo de quinze dias após a assinatura do tratado para a sua remessa ao Legislativo pelo Poder Executivo. Este prazo não daria muitas vezes nem tempo para a remessa ao Brasil de tratados assinados no estrangeiro e o preparo da

mensagem encaminhando-os ao Congresso. Ele não permitiria ao Executivo estudar o tratado para verificar se ele deveria ser enviado ao Congresso ou não. Por outro lado, este preceito inverteu o problema ao fixar um prazo para o Executivo, quando quem necessitava de um prazo era o Legislativo. A verdadeira finalidade deste dispositivo, apesar da sua redação, parecia ser a de fazer com que o Executivo leve apenas ao conhecimento do Legislativo todo e qualquer tratado, inclusive os acordos do Executivo, por ele concluídos. A Constituição de 1969 não tem dispositivo igual.

57. "A primeira vez em que veio a tese à baila no Congresso brasileiro foi em 1896, na sessão de 22 de setembro, quando se discutiu o tratado de amizade e comércio com o Japão. Os Senadores Aquilino Amaral e Afonso Pena sustentaram a tese esposada da possibilidade de emenda, rechaçada, logo porém, pelo Senador Ramiro Barcelos e pelo Senado, na sua maioria absoluta" (Alberto Deodato).

58. A emenda, que é uma alteração unilateral, não é evidentemente obrigatória para a outra parte contratante, e somente obriga o Executivo a iniciar novas negociações. Na França, durante a IV República, a Constituição só permitia que a Assembléia aprovasse ou rejeitasse o tratado, mas esta contornou a Constituição votando "artigos adicionais ao projeto de lei de autorização da ratificação".

59. Na verdade o Legislativo não formula reservas. O que ele faz é aprovar o tratado desde que o Executivo apresente determinadas reservas. A apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo.

No tocante à emenda, a única vantagem que existe em se admitir que o Congresso a apresente em tratados é a seguinte: sem a emenda o Congresso talvez rejeitasse o tratado e o outro contratante pode vir a aceitar a emenda. Por outro lado, se a emenda for aceita pelo outro contratante o tratado não precisa voltar a ser apreciado pelo Congresso.

60. Paul Laband — *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, 1901, t. 11, págs. 447 e segs.; D. Anzilotti — *Volontà e Responsabilità nella Stipulazione dei Trattati*, in *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, t. 1, 1956, págs. 545 e segs.; Paul Guggenheim — *La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux*, in *RdC*, 1949, vol. 1, t. 74, págs. 236 e segs.; Luigi Ferrari Bravo — *Diritto Internazionale e Diritto Interno nella Stipulazione dei Trattati*, 1964.

61. A própria coletânea preparada pela ONU ("Laws and Practices concerning the conclusion of Treaties") não resolve esta questão, uma vez que surgirão problemas de interpretação dos textos ali incluídos.

62. J. De Soto — *La Promulgation des Traités*, 1945.

63. A promulgação vem sendo utilizada, entre nós, desde 1826.

63-A. Horacio Daniel Piombo — *Teoria General de la Publicidad y Tratados Internacionales*, 1978; João Grandino Rodas — *A Publicidade dos Tratados Internacionais*, 1980; Mala Tabory — *Recent Developments in United Nations Treaty Registration and Publication Practices*, in *AJIL*, April 1982, vol. 76, nº 2, págs. 350 e segs.

64. O decreto legislativo de aprovação pelo Congresso é publicado, além do *Diário Oficial*, no *Diário do Congresso Nacional*.

65. Nos EUA existe uma "coletânea especial para os atos internacionais": o "United States Treaties and other International agreements".

66. Michael Brandon — *Analysis of the Terms "Treaty" and "International Agreement" for Purposes of Registration under Article 102 of the U. N. Charter*.

in AJIL, vol. 47, n.º 1, January, 1953, págs. 49 e segs.; François Boudet — L'enregistrement des accords internationaux, in RGDIP, Juillet-Septembre, 1960, n.º 3, págs. 596 e segs.; Wilhelm Karl Geck — Secret Treaties under Constitutional Law, in Law and State, vol. 13, 1976, págs. 100 e segs.

66-A. A única Constituição que a partir de 1919 consagra uma proibição expressa dos tratados secretos é a do Luxemburgo. As demais Constituições apenas criam limitações para eles (por exemplo, consagrando a aprovação pelo Legislativo), mas não os proíbe. Assim a Constituição da Grécia de 1975 apenas estabelece que os artigos secretos de um tratado não podem revogar os artigos públicos.

67. Manfred Lachs — Le Développement et les Fonctions des Traités Multilatéraux, in RdC, 1957, vol. II, t. 92; Barão Boris Nolde — La clause de la nation plus favorisée et les tarifs préférentiels, in RdC, 1932, t. 39, págs. 5 e segs.; Yuen Li-liang — Colonial Clauses and Federal Clauses, in United Nations Multilateral Instrument, in AJIL, vol. 45, n.º 1, 1951, págs. 108 e segs.; Patrice Level — Clause d'assimilation aux nationaux. Clause de libre accès, Clause de la Nation la plus favorisée, in Dalloz — Répertoire de Droit International — publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. 1, 1968, págs. 324 e segs.; Daniel Vignes — La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine, in RdC, 1970, vol. II, t. 130, págs. 207 e segs.; Adolfo Maresca — Il Diritto dei Trattati, 1971; Endre Ustor — Projet d'articles relatifs à la clause de la nation plus favorisée et commentaires — Commission du Droit International, 1973; Sommaire de la jurisprudence des tribunaux nationaux en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée — préparé par le Secrétariat — Commission du Droit International, 1973; Celso Lafer — O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina, in Revista de D. Mercantil, n.º 3, págs. 41 e segs.; Francisco Orrego Vicuña (editor) — América Latina y la Cláusula de la Nación más Favorecida, 1972; Celso Lafer — Comercio Internacional: Fórmulas Jurídicas y Realidades Político-Económicas; Greno — La Cláusula constitucional en el Convenio de Doble nacionalidad entre la República Argentina y España, in Anuario de IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 207 e segs.; Mario Giuliano — La Cooperazione degli Stati e il Commercio Internazionale, 1972, págs. 43 e segs.; H. R. Kramer — The most-favored-nation principle and the Developing Countries, in Law and State, vol. 14, 1976, págs. 61 e segs.; Celso Lafer — O GATT, a Cláusula de Nação mais favorecida e a América Latina, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1972-1974, n.ºs 55/60, págs. 133 e segs.; Seymour J. Rubin — the most-favored-nation clause and the generalized system of preferences, in Cuarto Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 339 e segs.; Seymour J. Rubin — Most-Favored-Nation Treatment and the Multilateral Trade Negotiations: a quiet Revolution, in Septimo Curso de Derecho Internacional organizado pelo Comité Jurídico Interamericano (agosto de 1980), 1981, págs. 476 e segs. Derecho Internacional Económico, coordenação de Francisco Orrego Vicuña, 2 vols. 1974.

67-A. Ela tem as suas características determinadas no tratado de 1642 entre Portugal e Inglaterra (McNair), que consagrava terem os súditos ingleses todas as imunidades que fossem concedidas aos súditos de qualquer nação. Outros autores encontram vestígios dela no século XIII (Mario Giuliano), enquanto outros a fazem datar do século XV (Nolde).

67-B. A idéia de multilateralização desta cláusula começou a surgir no período entre as duas guerras mundiais (C. Lafer).

68. A distinção entre adesão (menos solene — o Estado adere apenas a algumas partes do tratado) e acessão (mais solene — necessitava do consentimento das partes e o Estado acedia ao tratado integralmente) é bem nítida no século XVIII para no século XIX as duas noções se confundiram.

68-A. No século XIII havia um antecedente da adesão denominada cláusula de inclusão ou compreensão que permitia a um terceiro aderir ao tratado. Felipe o Belo da França se comprometia com o Rei da Holanda a só celebrar a paz com a Inglaterra se a Holanda fosse incluída.

69. Esta prática existiu antes do Ato Geral de Berlim de 1885, desaparecendo com ele e reaparecendo com a Liga das Nações.

70. Dietrich Kappeler — Les Réserves dans les Traités Internationaux, 1958; Edoardo Vitta — Le Riserve nei Trattati, 1957; H. Accioly — Efeito Jurídico das Reservas a Tratados Multilaterais, Relatório apresentado à Comissão Nacional de Codificação do Direito Internacional, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1955, n.ºs 21 e 22; Manuel Díez de Velasco Vallejo — Galo — El Sexto Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las Reservas a la Convención sobre el Genocidio, in REDI, vol. IV, n.º 3, 1951; Kaye Holloway — Les Réserves dans les Traités Internationaux, 1958; réserves a la Convention sur le génocide, Avis consultatif: CIJ — Recueil, 1951, pag. 15; Ricardo Monaco — Le Riserve agli Accordi Internazionali e la Competenza Parlamentare, in Rivista di Diritto Internazionale, vol. XXXVII, 1954, fasc. 1; W. W. Bishop Jr. — Reservations to Treaties, in RdC, 1961, t. 103, págs. 245 e segs.; L. A. Podestá Costa — Les Réserves dans les traités internationaux, in Revue de Droit International, 1938, primeiro semestre, t. XXI; Kaye Holloway — Modern Trends in Treaty Law, 1967; Alexandre Charles Kiss — Traité International, in Dalloz — Répertoire de Droit International — publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 915 e segs.; Joseph Nisot — Les Réserves aux Traités et la convention de Vienne du 23 Mai 1969, in RGDIP, Janvier-mars, 1973, n.º 1, págs. 200 e segs.; J. M. Ruda — Reservations to Treaties, in RdC, 1975, vol. III, t. 146, págs. 95 e segs.; Ernesto J. Rey Caro — Las Reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, 1977; Pierre-Henri Imbert — Les Réserves aux Traités Multilatéraux, 1979; John King Gamble, Jr. — Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice, in AJIL, April 1980, vol. 74, n.º 2, págs. 372 e segs.; Gérard Teboul — Remarques sur la réserves aux conventions de codification, in RGDIP, t. 86, 1982, n.º 4, págs. 679 e segs.; Nicolas Valticos — Expansion du Droit International et Constitutions Nationales. Un Cas Significatif. Le transfert de pouvoirs a des organisations internationales et la constitution belge, in Hommage à Paul De Visscher, 1984, págs. 9 e segs.; Maria José Morais Pires — As Reservas à Convenção Européia dos Direitos do Homem, 1997.

71. As reservas só podem ser apresentadas nos tratados multilaterais, uma vez que quando formuladas nos tratados bilaterais por uma das partes é aceita pela outra, o que ocorre não é uma reserva, mas uma emenda. No tratado bilateral a pseudo-“reserva” é apenas o oferecimento de novas negociações.

72. Pode-se acrescentar que também se têm admitido reservas na aceitação.

73. Estas reservas são raras, é o caso da Guatemala, que apresentou reserva na convenção sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954), no sentido de que existia um direito de asilo obrigatório, ao contrário do que estipulava o art. 2º da Convenção, declarando não haver obrigação para o Estado conceder asilo diplomático.

Alguns autores negam a existência de reserva extensiva (P.-H. Imbert), enquanto outros a defendem (Ch. Rousseau).

73-A. A CIJ foi solicitada para dar parecer neste caso por várias razões: *a*) a URSS considerava que o Secretário-geral, ao solicitar a opinião dos Estados sobre as reservas apresentadas, ia além dos poderes de um depositário; *b*) os Estados latino-americanos objetaram às reservas formuladas pelos Estados socialistas e pretendiam aplicar o sistema pan-americano.

73-B. É de se salientar que as convenções internacionais do trabalho não estão sujeitas a reservas: a não ser quando previstas expressamente na convenção. Na OIT não existe um sistema para aprovação da reserva. Tal fato decorre da dificuldade de se consultar as demais partes no tratado, tendo em vista que os representantes dos patrões e empregados participam na mesma posição dos representantes dos governos na elaboração da convenção. Assim as convenções internacionais do trabalho não estão sujeitas a reservas, mas elas têm “cláusula de flexibilidade” que, dá aos Estados uma certa elasticidade na sua aplicação. Acresce ainda que mesmo no caso de convenções não ratificadas a OIT pode exigir dos Estados relatórios sobre como eles agem e agirão na matéria objeto da convenção. No caso da liberdade sindical, o Estado tem que respeitá-la mesmo sem ratificar qualquer convenção sobre a matéria. Alguns princípios gerais se transformam em norma costumeira (N. Valticos).

74. As reservas na ratificação surgiram em virtude da intervenção do Poder Legislativo para a aprovação do tratado. É que este poder muitas vezes, ao aprovar o tratado, faz certas restrições que são obrigatórias para o Executivo caso ele pretenda ratificar o tratado.

74-A. Bishop denomina de “understandings short of reservations” aqueles que sofrem objeção (como ocorreu no Pacto Briand-Kellogg).

75. Michel de Taube — L’inviolabilité des traités, *in* RdC, 1930, vol. II, t. 32, págs. 295 e segs.

76. No período medieval pode-se mencionar ainda a “caução dos vassallos”, que assumiam o compromisso de obrigar o suserano a executar o tratado.

77. Report of the International Law Commission on the work of its sixteenth session, 11 May—24 July 1964, págs. 25 e segs.; A. E. Frangulis — Théorie et Pratique préparatoires et l’interprétation des traités, *in* RdC, 1934, vol. II, t. 48, págs. 713 e segs.; Sérgio Neri — Sull’Interpretazione dei Trattati nel Diritto Internazionale, 1958; Charles de Visscher — Problèmes d’Interprétation Judiciaire en Droit International Public, 1963, págs. 50 e segs.; Ludwik Ehrlich — L’interprétation des traités, *in* RdC, t. 24, 1928, vol. IV, págs. 5 e segs.; N. Politis — Méthodes d’interprétation du droit international conventionnel. *in* Recueil d’Études sur les Sources du Droit en l’Honneur de François Geny, t. III, 1934, págs. 374 e segs.; Arnold McNair — L’application et l’interprétation des traités d’après la jurisprudence britannique, *in* RdC, 1933, vol. I, t. 43, págs. 231 e segs.; G. Berlia — Contribution à l’interprétation des traités, *in* RdC, 1965, vol. I, t. 114, págs. 283 e segs.; Ioan Voicu — De l’Interprétation Authentique des Traités Internationaux, 1968; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell, James C. Miller — The Interpretation of Agreements and World Public Order, 1967; Richard A. Falk — On Treaty Interpretation and The New Haven Approach; Achievements and Prospects, *in* Virginia Journal of International Law, April 1968, vol. 8, n° 2; págs. 323 e segs.; Serge Sur — L’Interprétation en Droit International Public, 1974; Elisabeth

Zoller — La Bonne foi en Droit International Public, 1977; Marie-Françoise Furet — L’Interprétation des Traités par le Législateur, *in* RGDIP, 1977, vol. I, págs. 5 e segs.; Denys Simon — L’Interprétation Judiciaire des Traités d’Organisations Internationales, 1981; Izidoro Martins Souto — O Tratado Internacional e a Problemática de sua Interpretação, 1979; Louis B. Sohn — Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties, *in* RdC, 1976, vol. II, t. 160, págs. 195 e segs.; Mustala Kamil Yasseen — L’Interprétation des Traités d’après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, *in* RdC, 1976, vol. III, t. 151, págs. 1 e segs.; Béla Vitanyi — L’Interprétation des Traités dans la Théorie du Droit Naturel, *in* RGDIP, 1980, n° 2, págs. 535 e segs.

77-A. Boa fé é a proibição de “atitude fraudulenta ou desleal” e, acima de tudo, a interdição de “venire contra factum proprium” (Sibert). A boa fé não se define em si mesma, mas por referência à má fé (Max Gounelle). Tem sido considerado por alguns autores que o princípio da boa fé tem aspectos concretos como a aquiescência e o estoppel.

77-B. O “objeto” do tratado é o que as partes fizeram, isto é., as normas que elaboraram. O “fim” do tratado é o que os pretendiam realizar. A jurisprudência tende a usar a palavra “objeto” no sentido de “fim” (M. K. Yasseen).

78. McNair — La terminaison et la dissolution des traités, *in* RdC, 1928, vol. II, t. 22, págs. 463 e segs.; Adriana Beghè Loreti — Il Recesso Della Organizzazioni Internazionali, 1967; Francesco Capotorti — L’Extinction et la Suspension des Traités, *in* RdC, 1971, vol. III, t. 134, págs. 317 e segs. Nancy Kontou — The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law, 1994.

79. A Convenção de Havana (art. 15) declara que a caducidade de um tratado ocorrerá com a reunião das seguintes condições: *a*) quando ele for permanente; *b*) a sua aplicação não for contínua; *c*) “que as causas que lhe deram origem hajam desaparecido” e que não surgirão no futuro; *d*) a parte que invocar a caducidade deverá obter o consentimento da outra.

79-A. Nas convenções internacionais do trabalho, para que a denúncia produza efeitos é necessário o transcurso de um prazo. No caso de um Estado ter ratificado, mas a convenção não ter entrado em vigor por falta de número ele não pode tecnicamente denunciar, mas pode obter que o registro de sua ratificação seja cancelado.

79-B. Na França a Constituição de 1946 obrigava que nos tratados aprovados pelo Legislativo para ser feita a denúncia era necessária uma autorização do Legislativo, sendo que esta era dispensada no caso dos tratados de comércio. A Constituição de 1958 não tem dispositivo semelhante. Tem-se considerado ser do Executivo. Nos EUA o Congresso pode terminar o tratado no plano interno votando uma lei contrária a ele. As resoluções do Congresso solicitando o fim dos tratados têm sido consideradas como não sendo obrigatórias. Na prática o Presidente tem revogado os tratados no plano interno e internacional sem qualquer autorização legislativa.

80. Georges Scelle — Théorie Juridique de la Révision des Traités, 1936; Ciro Lipartiti — La Clausola “rebus sic stantibus”, 1939; Jean Leca — Les Techniques de Révision des Conventions Internationales, 1961; E. van Vogaert — Les sens de la clause “rebus sic stantibus” dans le droit des gens actuel, *in* RGDIP, Janvier-Mars, 1966, págs. 49 e segs.; A. Poch de Caviedes — De la Clause “rebus sic stantibus”

à la Clause de Révision dans les Conventions Internationales. *in* RdC. 1966, vol. II, t. 118, págs. 109 e segs.; Adolfo Maresca — Il Diritto del Trattati, 1971; Oriol Casanova La Rosa — La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior. *in* Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna. 1968, págs. 180 e segs.; Giancarlo Guarino — La Revisione dei Trattati, 1971; G. Haraszti — Treaties and the Fundamental Change of Circumstances, *in* RdC, 1975, vol. III, t. 146, págs. 1 e segs.; Antonio Gómez Robledo — La cláusula "Rebus sic stantibus". *in* Cuarto Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 235 e segs.

81. Alguns autores declaram que ela já existia na Grécia e em Roma, todavia sua verdadeira formulação surgiu no D. Canônico para "amenizar" o D. Privado Romano.

82. Esta cláusula não opera quando as transformações forem previsíveis e nos tratados que fixam fronteiras ou, ainda, quando as transformações resultam de violação do tratado por parte de quem invoca a revisão.

82-A. O aspecto político desta cláusula é ressaltado na afirmação de Bismark: "todo tratado tem apenas o significado de uma constatação de uma posição definida nos assuntos europeus. A reserva 'rebus sic stantibus' está sempre subentendida".

83. É de se salientar que alguns autores (Triepel, Salvioli) negaram valor à cláusula, porque ela violaria a estabilidade dos tratados.

84. V. bibliografia do item anterior.

85. Estas negociações levariam à conclusão de um "novo" tratado (teoria do ato contrário), isto é, um tratado só poderia ser revogado por outro tratado. Esta concepção é de difícil aplicação no caso de tratados com muitos contratantes, ou quando, depois de concluído o tratado, ele recebe inúmeras adesões. O abaixo mencionado tratado de Washington previa que uma vez alteradas as "condições sociais" os contratantes se reuniriam em uma conferência para tratar da sua revisão. O inconveniente deste tipo de revisão é que cria várias convenções com uma pluralidade de regimes.

86. Este artigo ficou "letra morta", uma vez que não se chegou a um acordo sobre o processo de votação (maioria simples ou qualificada?).

87. P. Guggenheim — La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux, *in* RdC, 1949, vol. I, t. 74, págs. 195 e segs.; Louis Delbez — Les Principes Généraux du Contentieux International, 1962, págs. 233 e segs.; Francesco Capotorti — Convenzione di Vienna sul Diritto del Trattati, 1969; Ernesto De La Guardia y Marcelo Delpech — El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969, 1970; Philippe Cahier — Les caractéristiques de la nullité en droit international, *in* RGDIP, Juillet-Septembre, 1972, n° 3, págs. 645 e segs.; E. P. Nicoloudis — La Nullité de jus Cogens et le Développement Contemporain du Droit International Public, 1974; Joe Verhoeven — Les Nullités du Droit des Gens, *in* Droit International I, 1981, págs. 1 e segs.

87-A. A noção de nulidade sempre encontrou dificuldade para ser incluída no DIP devido a uma série de fatores: a) no DI não há uma lei que enumere os casos de nulidade como ocorre no direito interno; b) as nulidades no direito interno são declaradas pelo Judiciário, sendo que na ordem internacional não há jurisdição obrigatória; c) a ordem jurídica internacional não pode permitir que situações constituídas sejam colocadas sempre em dúvida e por outro lado, a

efetividade "apaga" o ato ilícito que estava na sua origem (Philippe Cahier). Segundo Verhoeven ela é sempre relativa e automática, porque no DIP não existem órgãos para a apreciação de nulidades e este ramo do direito necessita de evidências. Em sentido contrário está Jiménez de Aréchaga, que sustenta que a nulidade relativa só pode ser invocada pelo Estado interessado, enquanto a absoluta, sendo "erga omnes", pode ser invocada por qualquer Estado. A nulidade relativa pode ser sanada por um ato posterior, enquanto a absoluta não.

87-B. Em 1973, a Alemanha Ocidental e a Tcheco-Eslóvaquia estabeleceram em um tratado que o acordo de Munique era nulo. Entretanto, não foi determinado se era nulidade absoluta ou relativa. Declara ainda que isto não atingia a nacionalidade de pessoas vivas e mortas (a fim de evitar que os tchecos que serviram no exército alemão fossem considerados traidores), bem como não seria base jurídica para reivindicações materiais da Tcheco-Eslóvaquia ou de tchecos.

88. Uma lista de conciliadores formada por juristas qualificados será mantida pelo Secretário-geral da ONU. As partes da Convenção de Viena designarão cada uma dois conciliadores com mandato de cinco anos. O litígio será levado a uma Comissão de Conciliação; cada parte indica dois conciliadores, sendo que apenas um de sua nacionalidade. Eles serão escolhidos dentro da lista e no prazo de 60 dias contados a partir do pedido formulado ao Secretário-geral para que seja utilizado este modo de solução. Em prazo de 60 dias os quatro conciliadores escolherão o quinto, que será o Presidente e que é escolhido dentro da lista. Se a escolha dos conciliadores e do Presidente não é feita no prazo, o Secretário-geral fará a indicação no prazo de 60 dias. O Presidente, quando for indicado pelo Secretário-geral poderá ser escolhido dentro da lista ou um membro da Comissão de DI. A Comissão de Conciliação estabelece o seu processo, deverá ouvir as partes, por escrito ou oralmente. Ela deverá dar o seu relatório no prazo de dez meses, a partir da sua constituição. O seu relatório tem o efeito de uma recomendação sem caráter obrigatório para as partes.

CAPÍTULO X 9

FONTES DO DIP

Costume¹

100 — O papel do costume na sociedade internacional; 101 — Elementos e definição do costume; 102 — Fundamento; 103 — Características e prova; 104 — Divisão; 105 — A hierarquia entre costume e tratado; 106 — Da obrigatoriedade; 107 — Fim do costume.

100. O costume foi a principal fonte do DIP, em virtude de a sociedade internacional ser descentralizada. As sociedades não hierarquizadas, sem um Poder Legislativo, têm no costume o principal modo de manifestação das normas jurídicas. É como assinala Carl Schmitt de que a admissão do costume foi sempre feita em detrimento do legislador e daí ser ele abandonado no Estado moderno. Bernard Chantebout (Do Estado, 1977) salienta que o direito costumeiro é o direito que a oligarquia dominante impõe à sociedade. Assim sendo, no início o Estado não tem poder legislativo, porque cabe aos governantes zelar pelo respeito ao direito costumeiro sem alterá-lo, mantendo assim o poder da oligarquia. Atualmente, apesar de ainda permanecer descentralizada a sociedade internacional, ele se encontra em regressão tendo em vista a sua lentidão e incerteza. Como salienta Garcia Pelayo, o direito costumeiro pressupõe uma sociedade estática, enquanto uma sociedade móvel necessita de um direito legal.

O DI surgiu sob a forma costumeira, como vários ramos da ciência jurídica; entretanto, em virtude dos motivos acima expostos, conserva esta característica. A codificação do DIP é ainda bastante incipiente.

Reuter salienta que no costume se está em presença do irracional, sendo que através dele é que existe a "passagem imperceptível de uma fonte material para uma fonte formal".

Philippe Manin sustenta que a maior parte dos costumes se formou inicialmente, de modo inconsciente. Os Estados adotavam certas atitudes porque "eram cômodas ou respondiam a uma necessidade". Gradativamente foi se tomando consciência de que a repetição da prática era "boa para a ordem social".

Uma observação que tem sido apresentada para o ressurgimento da importância do costume é que ele será invocado para obrigar os Estados que não ratificarem convenções que tiverem ampla aceitação.

O aspecto da universalização do DI é dado pelo costume, vez que os tratados, via de regra, só são obrigatórios para os seus contratantes. Entretanto, devido à rápida e complexa transformação ocorrida no DI atual, o costume tende a diminuir a sua importância.

Em uma posição isolada está o internacionalista argentino J. Barberis, que sustenta não ser o costume fonte do Direito, porque ele não é regulamentado pelo Direito. Afirma que ele não tem uma norma jurídica anterior a ele. Os juízes, organizações internacionais, etc., não falam em costume, mas em DI. Comum, princípios gerais do Direito e DI Geral. Afirma que a "opinio juris" e o elemento material não fazem parte de um procedimento jurídico, mas uma técnica que permite reconhecer a sua existência. Esta tese contraria integralmente todo o DIP existente até hoje, porque ele surgiu sob a forma costumeira. Por outro lado, a doutrina sempre examina a intensidade do elemento subjetivo ou o prazo do elemento material. O costume é um fato que o DIP se apropriou e transformou em fonte.

Não se pode colocar em compartimentos isolados o costume e o tratado, porque eles se relacionam, como no caso do tratado que vira costume, ou o tratado é declaratório deste.

101 — O costume tem dois elementos: o material, que é o uso, e o subjetivo, que é geralmente aceito como sendo a "opinio juris vel necessitatis".^{1A}

A uniformidade não precisa ser em todos os detalhes, mas apenas substancialmente (Brownlie).

Devendo-se salientar que no DI não existe um prazo determinado para que surja um costume internacional, sendo suficiente "provar que tal regra é reconhecida como sendo direito" (Basdevant). No tocante ao uso, existe uma grande divergência entre os autores. Strupp nega que haja necessidade de repetição dos atos para a formação do uso. Tunkin afirma que ele não necessita ter longa duração e que pode ser descontinuo, pode resultar tanto da prática de atos como de uma abstenção. Bin Cheng chega a afirmar que se a "opinio juris" for bem determinada o uso pode ser abandonado. (O costume nos dias atuais tem se formado com maior rapidez a fim "de acompanhar as transformações das relações internacionais".^{1B} A outra característica do elemento material é a generalidade (espaço), isto é, que ele seja seguido por uma parcela da sociedade internacional. Uma

norma costumeira rejeitada por grande parte dos Estados perde, em consequência, a sua generalidade. Podemos concluir que o elemento material está caracterizado pelas coordenadas de tempo e espaço. Para Tunkin a prática pode sofrer interrupção como no caso do princípio de não intervenção.

O elemento subjetivo é que tem trazido maiores problemas ao mundo jurídico, no qual penetrou através da escola histórica, que o considerava elemento do costume;² foi utilizado pela primeira vez, antes de Savigny e Puchta, por Gluck, em 1797. Alphonse Rivier, nos seus "Principes du Droit des Gens" (1896), foi quem o introduziu no Direito Internacional.^{2A} François Geny também falou no elemento psicológico.

A maioria dos doutrinadores aceita este elemento no sentido tradicional de que os atos praticados (o uso) precisam ser realizados com "a convicção de que os mesmos, de acordo com o Direito Internacional, são obrigatórios" (Accioly).

Este elemento tem a vantagem de distinguir o costume do uso, isto é, de diferenciar uma norma jurídica obrigatória que, quando violada, acarreta a responsabilidade internacional, de uma prática não obrigatória e que, se violada, não acarreta a responsabilidade.³

Diversos autores (Guggenheim) têm procurado negar a existência do elemento subjetivo alegando a dificuldade que existe na sua prova e, em consequência, o seu abandono pela jurisprudência internacional. Assinala ainda o jurista suíço que não existe qualquer norma de DI atribuindo relevância jurídica aos "fenômenos psicológicos que conferem aos atos exteriores o caráter de costume". Quadri acrescenta que a "opinio juris" não é um elemento da formação do costume, mas "uma consequência psicológica da norma consuetudinária".

Na verdade, não podemos rejeitar o elemento subjetivo, uma vez que ele nos permite distinguir o uso do costume. Kelsen, que inicialmente sustentara posição semelhante à de Guggenheim,⁴ passou, mais recentemente, a defender a existência de um elemento subjetivo. O próprio Guggenheim abandonou a sua posição de rejeitar a "opinio juris". Para Mullerson pode haver "opinio juris" sem prática. Para este autor no início de um costume pode haver lugar para um acordo tácito.

O elemento subjetivo tem por função distinguir a prática relevante para a formação do costume e a que não é.

Admitindo-se como válida a existência do elemento subjetivo, devemos precisar o seu sentido. A corrente tradicional o considera como sendo a "opinio juris vel necessitatis". Esta interpretação é, todavia, inaceitável. O elemento subjetivo assim concebido seria de difícil prova e, praticamente, não encontrou acolhida na jurisprudência internacional. Foi, porém, consagrado pela CIJ no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (1969). A interpretação que mais se encontra de acordo com a prática internacional é aquela que considera ser o elemento subjetivo a "aceitação"

como sendo o novo direito". A "aceitação como sendo o direito". como pretendem alguns, é insuficiente, uma vez que não haveria razão de surgir o costume, porque já existiria o "direito". e uma prática pode ser inicialmente contrária ao direito já existente, para se tornar "jurídica" através do reconhecimento (Suy). A tese adotada tem a grande vantagem de tornar clara a existência de um costume, uma vez que o reconhecimento e o protesto, conforme se encontra consagrado na prática internacional, servirão para demonstrar se uma determinada prática tornou-se ou não direito, através de um costume. Podemos afirmar que atualmente o elemento subjetivo é mais importante do que o objetivo porque isto permite uma maior defesa para o Terceiro Mundo (Pastor Ridruejo). É que os Estados em desenvolvimento e os socialistas consideram que uma norma costumeira deve receber o consentimento de todos os Estados para que haja um respeito à sua soberania. Daí existir atualmente uma preferência pelo tratado (M. Bedjaoui). Assinala Jiménez de Aréchaga que atualmente é mais importante o "consenso geral" do que o "consentimento individual de cada Estado". Salienta M. Lachs que a aceitação deve ser por uma ampla maioria que represente os "diferentes sistemas sociais e econômicos", ou, ainda, os diferentes grupos de Estados. Na sentença do caso Golfo de Maine (1984) a CIJ afirma que a "opinio juris" se forma por indução e não por dedução de idéias *a priori*.

A posição adotada não está longe do art. 38, I, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece: "O costume internacional como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito."

Esta definição, entretanto, não pode ser aceita tal qual figura no Estatuto da CIJ, uma vez que o costume não é a prova de uma prática, mas a própria prática. A definição do Estatuto foi influenciada pela doutrina francesa, que falava em solidariedade social, daí ele ser definido como uma prova. Diante do exposto, podemos definir o costume como sendo: "a prática geral aceita como sendo o novo direito".

Podemos repetir que esta posição não é pacífica e que alguns autores (Peter Hagemmacher) sustentam que os dois elementos do costume não são levados em consideração pela jurisprudência. Para este autor os dois elementos do costume estão unidos em um único elemento complexo com aspectos materiais e psicológicos. Outros (Rodolfo E. Piza Escalante) afirmam que a "opinio juris" está se transformando no único elemento do costume. Ou ainda Julio Barberis, que sustenta não serem as normas costumeiras criadas mediante um procedimento jurídico, daí não ser fonte de Direito.

Podem-se afirmar que as declarações aprovadas nas organizações internacionais têm um papel importante na formação do costume. Por outro lado uma resolução pode se transformar em costume, desde que atenda, segundo Lino Di Oual, as seguintes condições: a) formular regras de direito; b) mostrar a existência de uma real vontade geral; c) ser seguida

de uma prática geral de acordo com o estabelecido na resolução; d) ser efetivamente aplicada. No caso do Golfo de Maine (Canadá x EUA), em 1984, a CIJ reconheceu que convenções de codificação assinadas, mas não ratificadas, contribuem para a formação do direito costumeiro (Antonio Augusto Cançado Trindade).

A doutrina tem sido uniforme no sentido de afirmar que o costume não é apropriado para um Direito Internacional Econômico que necessita de normas precisas.

Os países subdesenvolvidos têm criticado o costume alegando: a) é difícil a sua prova; b) a sua formação é lenta e o subdesenvolvimento necessita de soluções rápidas; c) ele reflete as vontades governamentais, isto é, relações de força (Alain Pellet).

Para se verificar o conteúdo de uma norma costumeira pode-se utilizar as decisões judiciais e arbitrais.

(Para René Jean Dupuy o "coutume sage" é aquele em que a existência precede a essência, enquanto o "coutume sauvage" é o costume revolucionário em que a "idéia precede os fatos".)

102. O fundamento do costume é explicado por três teorias que podem ser reduzidas às duas concepções presentes em todo o DI: o voluntarismo e o objetivismo.

A teoria voluntarista sustenta que o fundamento do costume se encontra no consentimento tácito dos Estados. As suas origens estariam em Justiniano. É a teoria adotada por grande parte dos "fundadores" e "clássicos" do DI: Gratius, Bynkershoek, Vattel, Rachel, etc. Ela foi retomada por diversos positivistas modernos: Triepel, Anzilotti, Cavaglieri, etc. A sua aceitação na jurisprudência se deu sobretudo na decisão da Corte Suprema norte-americana, nos casos "Scotia" (1871) e "Paquete Habana" (1900). Na jurisprudência internacional ela foi consagrada no caso "Lotus" (CPJI, 1927). A concepção soviética assimila o costume a um tratado tácito.

Podemos repetir aqui as inúmeras críticas que já formulamos ao voluntarismo. (Ele se esquece de que a vontade só produz efeitos jurídicos quando existe uma norma anterior a ela lhe dando este poder. Não explica esta concepção como um novo membro da sociedade internacional se encontra obrigado a um costume formado antes do seu ingresso nesta sociedade. É ainda insuficiente para explicar o estabelecido no art. 38 do Estatuto da CIJ, que manda este tribunal aplicar um "costume geral", isto é, uma norma costumeira sendo geral, mas sem ser unânime, é obrigatória para todos os membros da sociedade internacional; mesmo que um Estado não a aceite, ele se encontra obrigado a cumpri-la. Ora, como dizer neste caso que o fundamento (obrigatoriedade) do costume se encontra no consentimento tácito? É o costume que dá ao DI a sua verdadeira base universal. Se ele fosse reduzido ao consentimento, esta base acabaria por desaparecer. O costume, com esta teoria, perderia uma de suas principais características, que é a de ser uma "prática evolutiva", isto é, uma prática

que se adapta espontaneamente às transformações sociais. Michel Virally escreve que tem havido uma volta ao voluntarismo, porque os novos Estados querem escapar às normas elaboradas antes de sua independência. Entretanto, estes mesmos Estados se esquecem é que sem o costume eles não poderiam entrar em relações entre si.

(A corrente objetivista é representada por duas teorias: a da consciência jurídica coletiva e a sociológica.)

(A teoria da consciência jurídica coletiva, defendida por inúmeros doutrinadores (Duguit, Scelle, Le Fur, etc.), sustenta que o fundamento do costume é a "consciência social do grupo", uma vez que ele corresponderia a uma "convicção comum", isto é, a convicção que os Estados possuem de que devem respeitá-lo, em virtude de o considerarem "conforme à razão (Le Fur), ao direito objetivo (Duguit e Scelle), à noção de justiça (Réglade), a solidariedade econômico-social (Politis) ou ao sentimento jurídico dos homens (Krabbe e Romano)".⁹)

(Esta posição doutrinária parece-nos ser também inaceitável, uma vez que esta "consciência jurídica coletiva" é uma noção vaga e imprecisa. Os seus próprios defensores, como vimos, não chegaram a um acordo sobre a causa de os Estados considerarem esta convicção como obrigatória. A sua própria base é uma ficção, daí as divergências assinaladas.)

(A teoria sociológica é a que nos parece melhor explicar a obrigatoriedade do costume. Para ela o costume é um produto da vida social que visa atender as necessidades sociais. O seu fundamento é exatamente as necessidades sociais. É a teoria de Basdevant, Rousseau, etc. O costume é um produto espontâneo da vida social. O costume não é "a aplicação de uma regra preexistente"; pelo contrário, é a regra criada após um "determinado comportamento" (Sereni). A prática constante de certos atos (uso) cria, segundo Quadri, um "determinado equilíbrio social", cuja violação atingiria a ordem social. O costume surge de uma "necessidade" social e em virtude dela é obrigatório.)

(Atualmente há uma tendência entre os países subdesenvolvidos no sentido de se fundar o DIP no acordo porque este defende melhor a soberania destes países. O costume surge para atender a uma necessidade social, mas está havendo uma necessidade crescente de se reconhecer o costume (Verhoeven), o que ocasiona uma espécie de ressurgimento do voluntarismo.)

103. (As características do costume são apresentadas por Rousseau como sendo:)

- a) "prática comum" — no sentido de que ele resulta da repetição uniforme de certos atos na vida internacional;
- b) "prática obrigatória" — ele é direito que, em consequência, deve ser respeitado pelos membros da sociedade internacional;
- c) "prática evolutiva" — o costume possui uma "plasticidade" que lhe permite se adaptar às novas circunstâncias sociais; todavia, ao lado

desta vantagem existe um inconveniente que é a insegurança em virtude de suas constantes mudanças, e quem for aplicá-lo acaba por o formular (Reuter). A fim de se trazer maior segurança às relações internacionais é que se tem incrementado a codificação, acarretando que o costume tenha deixado de ser a principal fonte do DI. Por outro lado, a lentidão do costume faz com que ele se adapte às novas circunstâncias sociais com grande atraso.

A elaboração das normas costumeiras é um "processo contínuo", em consequência é difícil se saber quando ele passa de "lege ferenda" para "lege lata" (Lucia Millán Moro).

● costume se prova pelas declarações políticas, correspondência diplomática, etc. Atualmente pode-se considerar que as recomendações das organizações internacionais expressariam um costume, ou, pelo menos, um costume em formação. Dupuy chama a este fenômeno de "costume selvagem", que é o costume contestatório dos novos Estados e que acaba consagrado em declarações que se diluem em um "direito flexível" ("soft law"). (Para Hector Cuadra estas resoluções criam um costume não pela repetição de atos, mas pela simultaneidade e multiplicidade dos Estados que participam em sua votação. ● costume surge neste caso de modo consciente. A ONU tem tido um papel centralizador na formação do costume.)

● costume não possui métodos precisos de interpretação, o que permite uma grande "liberdade política" para os seus intérpretes (Serge Sur). A interpretação do costume no fundo é a verificação da sua própria existência (Karl Larenz). A prática do Estado não apenas confirma a regra, mas a está sempre definindo (Mark E. Villiger). Para Carlos Fernández Casadevante Romaní o processo de interpretação tem três fases: a) determinação da sua existência; b) a qualificação das práticas como costume; c) a determinação do conteúdo.)

104. (● costume pode ser geral e particular. Geral é o aplicado em toda a sociedade internacional. Particular é o aplicado apenas por alguns membros da sociedade internacional, por exemplo, uma norma costumeira de aplicação apenas no continente americano. Saliente Charpentier que o costume regional foi revelado aos juristas pelo direito pan-americano.)

(Um costume particular precisa ser provado por quem o alega.)

As relações entre o costume geral e o particular são as mesmas entre o DI e o Particular. ● costume particular derroga o costume universal. Todavia, tal fato não ocorre quando a norma consuetudinária universal for imperativa, caso em que ela não poderá ser derogada.)

A grande diferença entre estes dois tipos de costume é que enquanto o costume universal, isto é, sendo geral, é obrigatório para todos, o costume regional só é obrigatório para os Estados que o aceitarem. Semelhante ao

acordo é ainda o costume bilateral ou local, desenvolvido entre dois Estados.

105. O tratado e o costume possuem o mesmo valor, sem que um tenha primazia sobre o outro.

Na convenção que estabelecia uma Corte Internacional de Presas havia uma ordem hierárquica na enumeração das fontes do DI e o tratado tinha primazia, tendo em vista que ele é a norma especial em relação ao costume e que, portanto, o derogaria!

(O art. 38 do Estatuto da CIJ não tem esta hierarquia.) O Comitê de Juristas encarregado da sua elaboração (para a CPJI) incluiu no seu projeto que as fontes ali enumeradas seriam aplicadas em "ordem sucessiva", expressão que foi retirada pela Subcomissão da Assembléia da Liga das Nações.

Deste modo, ^{Revolução e Impermeabilidade} não existe entre as fontes (tratado e costume) qualquer hierarquia. Em consequência, um tratado mais recente pode derogar ou modificar um costume (ex.: o curso suprimido pela Declaração de Paris de 1856) e um costume mais recente pode derogar ou modificar um tratado (ex.: a Declaração de Haia, de 1899, que proibia o lançamento de explosivos dos balões, abandonada desde a 1ª Guerra Mundial).¹⁰ Uma observação é que as convenções ao preverem a sua própria revisão diminuem de muito a possibilidade de elas serem revogadas por um novo costume, vez que a revisão permite uma adaptação às novas necessidades. Na verdade a derrogação de um tratado pelo costume é difícil de se admitir na prática, tendo em vista que está havendo o começo de um predomínio do direito escrito no DI (Juan Carlos Puig).

Barberis apresenta as seguintes diferenças entre tratado e costume: a) este não é criado por órgãos especializados; b) os tratados de um modo geral só são obrigatórios para os contratantes; c) os tratados são obrigatórios quando aprovados pelos órgãos do Estado, enquanto o costume necessita que os atos sejam repetidos; d) o costume pode vir a ser criado por atos praticados por órgãos estatais que não tenham competência para representá-lo na ordem internacional.

Vários tratados concordantes ou um tratado quase universal podem dar origem a um direito costumeiro (P. M. Dupuy).

106. Um dos aspectos mais importantes a respeito do costume é no tocante à sua obrigatoriedade. A questão pode ser formulada da seguinte maneira: é obrigatório o costume geral para os Estados que não o aceitam? (A resposta pode ser dividida verificando-se a existência de duas hipóteses. A primeira, que não levanta maiores problemas, é quando um Estado (p. ex.: antiga colônia) passa a ser pessoa internacional com capacidade plena, neste caso ele está obrigado a cumprir as normas costumeiras em vigor no momento em que ele atinge o *status* de Estado soberano. Entretanto, Carrillo Salcedo assinala que tais estados podem realçar o costume que não se baseia na igualdade e no livre consentimento dos Estados. A segunda

hipótese é quando um costume geral é formado com a oposição de determinado Estado. Neste caso a questão consiste em saber se este Estado se encontra obrigado à norma costumeira.¹¹ A resposta dos doutrinadores não é uniforme: uma corrente (Vellas) responde pela não obrigatoriedade; outra (Quadri) responde pela afirmativa; e ainda uma outra afirma que não existem respostas genéricas (Lissitzyn).]

(A nosso ver a posição correta é a de Quadri, vez que se ela não fosse adotada o DIP deixaria de ser universal, porque com o tempo os atuais costumes gerais seriam substituídos por novos, que sempre teriam alguns Estados que não o aceitariam. A jurisprudência internacional não é uniforme.) tanto Quadri como Vellas citam casos em que suas teses foram consagradas, o que talvez dê razão a Lissitzyn. Entretanto, tal fato não altera a tese defendida acima.

Quanto ao costume regional, já consideramos que ele só é obrigatório para os Estados que o aceitam.

107 (O costume termina: a) por um tratado mais recente que o codifica ou revoga; b) pela desuetude quando ele deixa de ser aplicado; c) por um novo costume.)

A. Cassese observa que após a 2ª Guerra Mundial o costume entrou em decadência em virtude de vários fatores como: (o aparecimento de novos Estados, ele era a essência do DI que é contestado, bem como o aparecimento de novas práticas. Entretanto, o costume tem sido utilizado para: a) novos interesses econômicos (D. do Mar); b) princípios fundamentais; c) para a adaptação e atualização de certas normas no direito de guerra. Finalmente, é de se lembrar com Max Weber (Sociologie du Droit, 1986) que o "direito costumeiro é um direito de juristas". Ou ainda, uma das razões para a sua decadência é a sua lentidão em uma sociedade com um "incessante progresso técnico" (Norberto Bobbio, Contributi ad un dizionario juridico, 1994).)

NOTAS

1. Grégoire Gianni — La Coutume en Droit International, 1931; Louis Le Fur — La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public, in *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de Francois Geny*, t. III, 1934, págs. 362 e segs.; Charles de Visscher — Contribution à l'étude des sources du droit international, in *idem*, págs. 389 e segs.; Paul Guggenheim — l'origine de la notion de "l'opinio juris sive necessitatis" comme deuxième élément de la coutume dans l'histoire du Droit des Gens, in *Hommage d'une Génération de juristes au Président Basdevant*, 1960, págs. 258 e segs.; *idem* — Contribution à l'Historie des Sources du Droit des Gens, in *RdC*, 1958, vol. III, t. 94, págs. 5 e segs.; *idem* — Les deux éléments de la coutume en Droit International, in *La Technique et Les Principes du Droit Public, Études en l'Honneur de Georges Scelle*, vol. I, 1950, págs. 275 e segs.; A. Groellner — Pré-Caducité, Caducité et Désuetude, 1939, págs. 9 e segs.; Nicolas Mateesco — La Coutume dans les Cycles Juridiques Internationaux, 1947; G. Cohen-Jonathan — La Coutume Locale, in *AFDI*, 1961, vol. VII, págs. 119 e segs.; Josef L. Kunz — The Nature of Customary International Law, in *AJIL*, vol. XLVII, October, 1953, n° 4, págs. 662 e segs.; Ch. de Visscher — Coutume et traité en droit international public, in *RGDIP*, 1955, n° 3, págs. 353 e segs.; Piero Ziccardi — La Consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridice, in *Comunicazioni e Studi*, vol. X, 1960, págs. 187 e segs.; C. Wilfred Jenks — The Prospects of International Adjudication, 1964, págs. 225 e segs.; Philippe Braud — Recherches sur l'État tiers en droit international public, in *RGDIP*, 1968, n° 1, Janvier-Mars, págs. 17 e segs.; R. R. Baxter — Treaties and Custom, in *RdC*, 1970, vol. I, t. 129, págs. 25 e segs.; Julio A. Barberis — Fuentes del Derecho Internacional, 1973, págs. 33 e segs.; Carl Schmitt — Légalité — Légitimité, 1936, pág. 60; René-Jean Dupuy — Coutume sage et coutume sauvage, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, págs. 75 e segs.; J. Charpentier — Tendances de l'élaboration du droit international coutumier, in *L'élaboration du droit international. Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International*, 1975, págs. 105 e segs.; R. J. Dupuy — Droit Declaratoire et Droit Programmatoire de la coutume sauvage a la "soft law", in *L'élaboration du droit international. Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International*, 1975, págs. 132 e segs.; Rudolf Bernhardt — Unwritten International Law, in *Law and State*, vol. 16, 1977, págs. 48 e segs.; K. Venkata Raman — Toward a General Theory of International Customary Law, in *Toward World Order and Human Dignity — Essays in Honour of Myres S. McDougal*, 1976, págs., 365 e segs.; Anthony A. D'Amato — The Concept of Custom in International Law, 1971; Juan Carlos Puig — El Trialismo y Algunas Cuestiones Actuales del Derecho de la Comunidad Internacional, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 5, 1979, págs. 25 e segs.; Brigitte Stern — Coutume au Coeur du Droit International. Quelques Réflexions, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, págs. 479 e segs.; Mark E. Villiger — Customary International Law and Treaties, 1985; Droits, *Revue Française de Théorie Juridique*, n° 3, la coutume, 1986; Peter Haggemacher — La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale, in *RGDIP*, 1986, vol. I, págs. 5 e segs.; Rodolfo E. Piza Escalante — La "opinio juris" como fuente autonoma del Derecho Internacional

("opinio juris" y "jus cogens"). in *Anuario Hispano-Lus-Americano de Derecho Internacional — 1987*, vol. 8, págs. 131 e segs.; Julio A. Barberis — Es la costumbre una fuente de Derecho Internacional?, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. III, 1987-1989, págs. 11 e segs.; Julio L. Barberis — La Coutume est-elle une source du Droit International?, in *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Developpement, Mélanges Michel Virally*, 1991, págs. 43 e segs.; Tarcisio de Miranda Burity — Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário, in *BSBDI*, Abril/Junho de 1992, n°s 79/80, págs. 14 e segs.; Lucia Millán Moro — La Opinio Juris en el Derecho Internacional Contemporáneo, 1990; Rein Mullerson — The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law. "in" *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, Coordinado por Karel Wellens, 1998, págs. 161 e segs.

1-A. Uma teoria que foge a este esquema clássico é a de d'Amato, que estabelece dois elementos: a) qualitativo é a conduta reivindicando uma regulamentação legal e que não seja um simples expediente político. Este elemento deve ser caracterizar pela legalidade, o que permite o distinguir dos simples usos sociais. A legalidade deve ser internacional; b) quantitativo, é o número de precedentes que vai torná-lo mais aceitável.

1-B. Mohammed Bedjaoui observa com razão que a espera de uma repetição para a formação de normas do DI acaba por beneficiar os países ricos quando se trata da elaboração do DI do Desenvolvimento. Acrescenta o internacionalista argelino: "voltado para o passado, conservador porque estático... corre o risco... de barrar toda tentativa de mudança". René-Jean Dupuy, com uma expressão depreciativa, fala em "costume selvagem" dos países em desenvolvimento, que devido à sua miséria não levam em consideração o tempo na formação do costume.

2. Nos períodos anteriores, outros elementos eram exigidos para o costume, por exemplo, o consentimento do príncipe ou popular, sendo o primeiro que predominou no período medieval. O Direito Canônico considerava que o costume deveria estar conforme a razão. A "vetustas" já encontrada no D. Romano é o mais antigo elemento do costume, e justificava a sua obrigatoriedade.

2-A. A partir do século XIX não se fala mais em consentimento, mas em "opinio juris", que é entendido como "a expressão de uma consciência coletiva da comunidade internacional", como sentimento de estar preso a regra que se impõe por necessidade". A "opinio juris" traduz assim "a ideologia dominante da sociedade internacional", conforme a "situação do poder na sociedade internacional" (Brigitte Stern).

3. É interessante observar que as Convenções de Haia declaram que são obrigatórios: leis e usos da guerra. Neste caso, se nós não entendermos a palavra "uso" como mal empregada, podemos salientar que os usos só são obrigatórios no direito de guerra, porque esta obrigatoriedade foi consagrada em uma convenção.

4. Guggenheim, ao fazer uma rejeição total deste elemento, fracassa ao tentar uma distinção entre o costume e o uso, observando que a conduta no primeiro deve ser constante, efetiva, e a sua violação acarreta uma sanção, enquanto que o segundo não possui estas características. Ora, a sanção não serve para distinguir o costume do uso, na sua formação, uma vez que ela só intervém depois de formado o costume, de estar a conduta transformada em norma consuetudinária. É claro que a violação de um uso não é passível de sanção, mas isto ocorre justamente

porque ele não possui o elemento subjetivo do costume. A sanção intervém apenas depois de formada a norma consuetudinária, isto é, depois de se terem reunido os dois elementos. Outros autores (Cheng) rejeitam o elemento material e consideram que o costume pode se formar apenas com a "opinio juris". Favre salienta que antigamente se dava mais valor ao "uso" e que atualmente tem-se dado à "opinio juris".

5. Gonçalves Pereira observa, em favor da "opinio juris": "Nos primeiros tempos a prática é seguida por razões de conveniência, mas pouco a pouco vai-se gerando a convicção de que ela é juridicamente obrigatória e assim surge a 'opinio juris'." A formação histórica do costume é perfeitamente descrita pelo jurista português, mas permanece de pé a objeção de que é difícil provar o elemento psicológico da convicção e que, quando este elemento surge, a norma via de regra já está formada. E mais, dentro das suas próprias idéias, pode-se dizer que as razões de conveniência vão sendo aceitas em virtude de uma necessidade social, e, em consequência, aceitas como sendo o novo direito.

6. A prova de um costume é muitas vezes difícil de ser feita. A concepção anglo-saxã considera que ela pode ser feita pelos doutrinadores que, ao exporem as suas teorias, refletem o costume. Ela pode ser feita através de atos dos diversos órgãos estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário, que, através da sua "prática", demonstram a existência de uma norma costumeira.

7. Podemos acrescentar com Suy que a CIJ não aplica propriamente o costume, mas a norma costumeira que tem nele a sua origem.

8. Esta concepção tem as suas raízes na escola histórica alemã (Savigny), que sustentava a existência de um "Volksgeist" (espírito do povo). O direito para esta corrente era "descoberto" e não elaborado, uma vez que ele já preexistia no "Volksgeist".

9. *Apud* Rousseau.

10. Salientam os autores (Gonçalves Pereira, Quadri) que de fato a primazia cabe ao costume, porque ele é universal e para ser derogado por um tratado seria necessária a participação neste de todos os membros da sociedade internacional, o que é irrealizável.

11. Alguns autores têm observado com certa razão que com o aparecimento dos Estados socialistas e do Terceiro Mundo nas relações internacionais não se pode mais sustentar que um costume sendo geral é obrigatório para todos, vez que a sociedade internacional não é mais homogênea (Hanna Bokor — Szego).

CAPÍTULO XI

FONTES DO DIP

Atos Unilaterais¹

108 — *Conceito*; 109 — *A sua posição entre as fontes do DI*; 110 — *Classificação e forma*; 111 — *Silêncio*; 112 — *Protesto*; 113 — *Notificação*; 114 — *Promessa*; 115 — *Renúncia*; 116 — *Denúncia*; 117 — *Reconhecimento*; 118 — *Resoluções das organizações internacionais*.

108. Ato unilateral, na ciência jurídica, é aquele em que a manifestação de vontade de um sujeito de direito é suficiente para produzir efeitos jurídicos. Todavia, isto não impede que haja concorrência de outra vontade (ex.: protesto que não seja aceito); o que ela não pode é ter força para impedir a eficácia da vontade já manifestada.

Salienta Cahier com razão que os Estados que não desejarem se obrigar por meio de seus atos devem exercer uma maior fiscalização em seus funcionários, principalmente os do Ministério das Relações Exteriores.

O ato unilateral é obrigatório para o seu autor e os Estados que confiaram nele têm o direito de exigir o seu cumprimento (Krzysztof Skubiszewski).

O fundamento dos atos unilaterais parece estar no costume. O ato unilateral tem que respeitar as normas do DIP. Geralmente eles surgem naqueles espaços não regulamentados pelo direito. Os Estados podem regulamentar por atos unilaterais situações (mesmo localizadas no estrangeiro) mas suscetíveis de produzir seus efeitos no seu território ou, ainda, pode regulamentar matéria a respeito da qual ele tenha um interesse especial e que este interesse também exista para a sociedade internacional. Neste último caso está a lei canadense de 1970, para prevenir a poluição nas águas do Ártico até a distância de 100 milhas da costa.

É interessante observar que a CIJ no "caso dos Testes Nucleares", entre Austrália e França, bem como Nova Zelândia e França, declara que um ato unilateral para criar obrigações legais é preciso que ele seja público e na sua formulação o Estado tenha a intenção de se obrigar. Esta decisão da CIJ, que não é uma decisão propriamente dita, porque ela recusa decidir o mérito da questão (A. Rubin), altera a prática internacional.

O ato unilateral deve respeitar sempre as normas de DI referentes ao seu objeto.

Em síntese as condições de validade dos atos unilaterais são as seguintes: a) emanar de estado soberano ou outro sujeito de DI (ex.: organizações internacionais); b) o seu conteúdo ser admissível no DIP; c) a vontade deve ser real e não sofrer vícios; d) não tem forma prescrita; e) manifestação de vontade visando a criar uma regra de direito.

O autor do ato unilateral não pode rever a sua posição e assim não pode "arbitrariamente criar outro ato unilateral" (Barberis).

109. O ato unilateral tem sido considerado pelos modernos doutrinadores do DI (Bentz) como uma de suas fontes. Ele não se encontra entre as fontes a serem aplicadas pela CIJ, conforme a enumeração do art. 38 do seu Estatuto. Quadri os considera como fontes de terceiro grau, uma vez que eles tiram o seu fundamento do costume ou tratado internacional.²

Chaumont igualmente nega aos atos unilaterais o valor de fonte do DIP e observa com certa razão que os atos unilaterais são "direito transitório", que surgem na ausência de tratado e costume e, em consequência, os Estados exercem livremente a sua soberania desde que ela não atinja a soberania de outro Estado. Os atos unilaterais apenas existiriam à espera da regra costumeira ou convencional.

Delbez sustenta serem os atos unilaterais "simples instrumentos de execução", sem terem o aspecto de "atos criadores de regras gerais", e se fundamentando no direito costumeiro.

Na verdade, nós não vemos como negar o aspecto de fonte aos atos unilaterais. A fonte é, como vimos, a maneira pela qual se manifesta o direito, isto é, a norma jurídica, que no fundo é uma norma de conduta. Eles constituem um dos modos pelos quais os Estados se autolimitam. Não interessa a questão de sabermos se são fontes do segundo ou terceiro grau. A questão realmente importante neste assunto consiste em sabermos se são ou não normas jurídicas pelas quais os Estados devem pautar a sua conduta e, neste sentido, a resposta é afirmativa. Deste modo, os atos unilaterais são fontes do DI.^{2A} É bastante interessante a afirmação de que os atos unilaterais surgem de um princípio da subsidiariedade não formulado (Combacau e Sur).

110. Não existe um critério uniforme entre os doutrinadores para a classificação dos atos unilaterais, e a mais aceitável das que foram propostas é a de Charles Rousseau, que os classifica em: tácito (silêncio) e expresso (protesto, notificação, renúncia, reconhecimento e promessa).³

A enumeração dos atos unilaterais acima não é exaustiva e existe uma série de outros atos, tais como a autorização, a advertência, a oferta de bons ofícios, anexação, ruptura de relações diplomáticas, a aquiescência, etc.⁴ Sereni assinala que a principal característica dos atos unilaterais é a atipicidade. Poderíamos mesmo acrescentar a existência de outros atos unilaterais, se eles forem compreendidos em sentido amplo, isto é, aqueles que emanam da vontade de um Estado podendo depender, quanto à sua eficácia, de um ato anterior ou não: é o caso da adesão, das decisões das organizações internacionais, etc.^{4A}

Estudaremos aqui apenas os atos unilaterais em sentido estrito, uma vez que os outros serão estudados em outros capítulos do presente curso.

Os atos unilaterais podem ser: escritos (é o normal) e orais (que apresentam muitas vezes o problema de se verificar os termos em que foram feitos).⁵

111. O silêncio é o ato unilateral tácito por excelência; ele é assimilado à aceitação. Aplica-se a norma do Direito Canônico "qui tacet consentire videtur".⁶ Esta regra geral foi consagrada nas razões "da Dinamarca no caso da Groenlândia, que interpretavam o silêncio da Noruega, em 1919, como um consentimento implícito à extensão da soberania dinamarquesa sobre a totalidade deste território" (Rousseau). Entretanto, alguns autores (Rousseau, Charles de Visscher) têm salientado que a aplicação desta máxima não é tão geral quanto possa parecer à primeira vista e que o seu significado "dependera das circunstâncias". Ele equivaleria a um consentimento tácito, quando o Estado tivesse o dever de se manifestar para evitar "interpretações... que comprometessem a existência ou as condições de exercício de seu direito". Deste modo, ocorre uma assimilação ao consentimento tácito quando o Estado silencia a respeito de uma notificação recebida.⁷ A regra "qui tacet consentire videtur" foi aplicada, em 1962, pela CIJ, no caso do "Templo de Préah Vihear", uma vez que a Tailândia permanecera em silêncio quando o Camboja lhe enviara um mapa com "o resultado dos trabalhos de delimitação" que colocava o referido templo no seu território. Pode-se acrescentar os seguintes elementos para a aplicação do adágio citado acima: a) que o Estado que guarda silêncio conheça o fato; b) o interesse jurídico do Estado no fato; c) a expiração de um prazo razoável.

Na verdade, parece-nos que Visscher tem razão ao declarar que a aplicação do adágio citado deve ser feita após análise de cada caso concreto.

112. O protesto é o modo pelo qual um Estado procura evitar que se forme uma norma costumeira, ou um estado de coisas que lhe seja prejudicial.

Os requisitos de validade do protesto são os seguintes:

- a) capacidade jurídica — o protesto emana de Estados e organizações internacionais, para só mencionarmos os principais sujeitos de DI

(o homem não tem o direito de formular protesto com efeitos internacionais);⁸

- (b) capacidade do órgão que formulou o protesto — dentro do Estado o órgão competente para os assuntos referentes às relações internacionais é o Poder Executivo. Deste modo, um protesto formulado pelo Legislativo não tem qualquer alcance jurídico;
- (c) a vontade que o formulou não deve ter vícios, por exemplo, ela não pode ter sido objeto de uma coação;
- (d) objeto lícito — o protesto se subordina ao que observamos sobre o objeto lícito dos tratados.⁹

O protesto pode assumir a forma escrita ou oral, bem como pode se manifestar por “atos inequívocos” que demonstrem a não concordância do Estado com o novo estado de coisas.

Ele é um ato eminentemente facultativo e somente em caráter excepcional um Estado pode ser obrigado a protestar. Esta última hipótese ocorre nos casos em que um Estado se obriga a defender os direitos de outro Estado e são estes violados.

A finalidade do protesto é não “receber como legítima uma dada pretensão, uma conduta, um estado de coisas” (Anzilotti). Em outras palavras, ele defende os direitos de quem protesta; o novo estado de coisas não será oponível ao autor do protesto.¹⁰

A eficácia do protesto depende, de certo modo, da sua continuidade (ex.: os protestos reiterados da Argentina contra a ocupação das ilhas Malvinas pela Inglaterra). Ele é endereçado, via de regra, a quem viola os direitos do autor do protesto; contudo, ele pode ser dirigido a um terceiro que seja responsável pela manutenção daqueles direitos (ex.: os protestos endereçados à ONU quando um Estado pratica uma agressão a outro).

O protesto evita a criação de uma norma jurídica, mas ele mesmo não cria uma.

113. A notificação é “o ato pelo qual um Estado leva ao conhecimento de outro, ou de vários outros, um fato determinado que pode produzir efeitos jurídicos” (Anzilotti).

Qualquer matéria ou fato pode vir a ser objeto de notificação. A finalidade deste instituto é “dar uma certeza legal da informação”.

O sujeito ativo da notificação pode ser: os Estados, as organizações internacionais e os indivíduos (“se tiverem acesso aos órgãos ou tribunais internacionais”). O sujeito passivo serão os órgãos encarregados das relações internacionais do Estado a quem for dirigida a notificação.

As notificações em certos casos são atos unilaterais. Tal fenômeno ocorre com a notificação no bloqueio, em que ela é uma verdadeira condição de forma¹¹ para a sua validade. Ela produz efeitos jurídicos.^{11a}

As notificações podem ser, como já vimos acima, classificadas em obrigatórias e facultativas, bem como em: constitutivas (são aquelas que

produzem efeitos jurídicos) e declaratórias (são as que visam apenas a publicidade de determinado fato).

114. A promessa é o compromisso assumido por um Estado de ter no futuro certa atitude. A sua colocação entre os atos unilaterais do DI não é encarada de modo pacífico: alguns autores negam que ela tenha relevância na ordem internacional (Quadri, Biscottini), enquanto outros a admitem (Accioly, Ballardore Pallieri, Verdross).¹²

A jurisprudência internacional já consagrou a obrigatoriedade da promessa para quem a formulou: no caso da Groenlândia Oriental a CPJI considerou como obrigatória para a Noruega a declaração do seu Ministro do Exterior, Ihlen, no sentido de que o seu país não reivindicaria território na Groenlândia.

Os casos de promessa no DI são raros, uma vez que “os Estados não se prestam a fazer concessões espontâneas e gratuitas”. A promessa só é ato unilateral em determinados casos, isto é, ela só produz efeitos jurídicos em certas situações: a) quando é dirigida a um sujeito de DI (Estados, organizações internacionais); b) quando o beneficiário da promessa age de boa fé (ex.: o caso da Noruega e Dinamarca, em que esta, de boa fé, ocupou toda a Groenlândia); c) quando é formulada por um sujeito de DIP (Estados, organizações internacionais).

115. A renúncia ocorre quando um sujeito de DI voluntariamente abandona o seu direito. A manifestação de vontade deve ser inequívoca, uma vez que a renúncia não se presume. A interpretação restritiva é a utilizada, isto é, deverá ser interpretada no sentido menos prejudicial ao seu autor.¹³

116. A denúncia, segundo Suy, não é um ato unilateral, uma vez que ela, para produzir efeitos, deverá estar prevista em um tratado. Contudo, ela pode ser admitida como ato unilateral. Tal fato ocorre quando ela produz efeitos jurídicos sem estar admitida no tratado: a) quando ela é feita por represália; b) quando ela é admitida por meio de interpretação nos tratados “perpétuos”; c) quando atua como uma via de fato.

117. O reconhecimento é o mais importante dos atos unilaterais. É o contrário do protesto. Lorimer o considera “a maior premissa do direito positivo”. Ele pode ser definido como “o ato por meio do qual um sujeito de direito internacional aceita uma determinada situação de fato ou de direito e, eventualmente, declara considerá-la legítima” (Sereni). O reconhecimento, em consequência, pode compreender dois momentos: um, de simples constatação; e outro, de “considerar o objeto como legítimo”.

Ele desempenha no DI o papel de substituto do instituto de prescrição. Ele transforma “situações de fato em situações jurídicas” (Rousseau). Os mais diferentes “fatos” podem ser objeto de reconhecimento: Estado, governo, beligerantes, direito, etc. O reconhecimento é ato criador de efetividade (Verhoeven).

O reconhecimento pode assumir a forma tácita e expressa. Tácita, quando ele decorre de atos inequívocos (ex.: manutenção de agentes diplomáticos junto a um novo governo). Expresso, quando o Estado, por meio de uma manifestação de vontade, o declara (ex.: por meio de uma nota diplomática).

Os efeitos do reconhecimento são fixados por quem o concede. O principal efeito do reconhecimento é que o objeto ou situação reconhecida passa a ser oponível a quem o reconheceu. O Estado que efetuou o reconhecimento não pode mais contestar aquele fato.¹⁴ A maioria da doutrina considera que ele tem um valor relativo, isto é, não se opõe "erga omnes".¹⁵

A natureza jurídica do reconhecimento é a de um ato declaratório, isto é, ele não cria, nem constitui o seu objeto.

Este instituto é o grande desconhecido da nossa matéria (Suy) ou, ainda, o "futebol dos diplomatas" (Philip Marshall Brown). Para Baxter é um instituto que cria mais problemas do que resolve, e deveria ser rejeitado. Esta última afirmação decorre do fato de ter este instituto um aspecto jurídico (quando passa o fato para direito) e político (no sentido de que é um ato discricionário e só é praticado quando há "interesse" para o seu autor).

118. As resoluções das organizações internacionais constituem uma das mais modernas fontes do DI e surgem como um ato unilateral (v. capítulos XII e XXIV). Fernández-Flores enquadra os atos das organizações internacionais na teoria geral dos atos unilaterais e os considera fonte indireta do DI.

NOTAS

1. Eric Suy — Les Actes Juridiques Unilatéraux en Droit International Public, 1962; Jacques Bentz — Le Silence comme manifestation de volonté en droit International public, in RGDIP, 1963, n° 1, págs. 44 e segs.; Phillip Marshall Brown — The Legal Effects of Recognition, in AJIL, vol. 44, n° 4, October 1950, págs. 617 e segs.; Giuseppe Biscottini — Contributo alla Teoria degli Atti Unilaterali nel Diritto Internazionale, 1951; Jean Charpentier — La Reconnaissance et l'Évolution du Droit des Gens, 1956, G. Venturini — Il Riconoscimento nel Diritto Internazionale, 1946; Alexandre-Charles Kiss — Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international, in RGDIP, 1961, n° 2, págs. 317 e segs.; Alessandro Tommassi di Vignano — La Rinuncia in Diritto Internazionale, 1960; G. Venturini — La Portée et les Effets Juridiques des Attitudes et des Actes Unilatéraux des États, in RdC, 1964, vol. II, t. 112, págs. 367 e segs.; MacGibbon — The Scope of acquiescence in international law, in BYBIL, 194, págs. 143 e segs.; idem — Some observations on the part of Protest in international Law, in BYBIL, 1953, págs. 293 e segs.; Charles Vallée — Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens, in RGDIP, 1973, n° 4, Octobre-Décembre 1973, págs. 949 e segs.; Alfred P. Rubin — The International Legal Effects of Unilateral Declarations, in AJIL, January 1977, vol. 71, n° 1, págs. 1 e segs.; Philippe Cahier — Le comportement des États comme source de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 237 e segs.; Christian Dominicé — A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, in Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 327 e segs.; Jean-Paul Jacqué — A propos de la Promesse Unilatérale, in Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 327 e segs.; Antoine Martin — L'Estoppel en Droit International Public, 1979; Karl Zemanek — Unilateral Legal Acts revisited, "in" International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy, Coordenado por Karl Wellens, 1998, págs. 209 e segs.; Julio A. Barberis — Les Actes Juridiques Unilaterales como fuente del Derecho Internacional Publico, "in" Hacia un Nuevo Orden Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1998, págs. 101 e segs.

2. Para este autor são fontes de primeiro grau os "princípios constitucionais" ("pacta sunt servanda" e "consuetudo est servanda"); de segundo grau seriam o tratado e o costume e de terceiro grau aquelas que fossem criadas pelas duas últimas.

2-A. Alguns autores (Mazeaud e Reuter) têm considerado que os atos unilaterais muito se aproximam dos contratos e tratados, vez que quando uma pessoa cria obrigações a seu cargo ela cria também um credor destas obrigações. Assimilam os Mazeaud: "duas vontades complementares são necessárias para darem eficácia ao vínculo de direito".

3. É de se observar que o reconhecimento também pode ser tácito. Por outro lado alguns autores (Cansacchi) têm admitido que a renúncia também pode ser tácita.

4. A aquiescência pode ser expressa ou tácita. Da aquiescência decorre o "estoppel". A aquiescência pode ser "entendida como a atitude puramente passiva de um Estado perante uma situação de fato determinada, em circunstâncias que exigiriam em geral uma reação de sua parte" (Venturini). Ao contrário de Ven-

turini, que identifica o "estoppel" com a aquiescência. Vallée considera que ambos os institutos se diferenciam, vez que o "estoppel" não pode ser ambíguo, o que já ocorre na aquiescência (ex.: silêncio). "Estoppel" vem de "to estop", que significa "to stop", que tem origem longínqua no latim "stoppa". O "estoppel", instituto de origem anglo-saxã e já admitido na jurisprudência internacional (caso do Templo de Préah Vihear, etc.). é "uma exceção de não recebimento oponível a toda alegação que, ainda que seja conforme a realidade dos fatos, é inadmissível por ser contrária a uma atitude anteriormente adotada pela parte que faz a alegação" (Guggenheim). É a aplicação do adágio "Non concedit venire contra factum proprium". O "estoppel" tem também um fundamento moral, uma vez que "a moral exige que seja mantida a 'representação' inicial quando o 'recipiens' acreditou, de boa fé, na existência de um-fato". O "agens não pode se desmentir". O "agens" é responsável por não ter feito "coincidir a aparência com a realidade". O "estoppel estaria inscrito no espírito das nações". Estes são os fundamentos do "estoppel" dados por M. Mabrouk. O comportamento do Estado deve acarretar três conseqüências: a) dar aos demais Estados a impressão de que ele realmente se comprometeu; b) os demais Estados, em conseqüência, mudaram de atitude; c) a mudança de atitude acarretou a estes Estados um prejuízo. Esta parece-nos ser a melhor posição. O "estoppel" fundamenta-se na teoria do consentimento porque ele dá efeito a um consentimento manifestado sob a forma do ato unilateral (Jack Lang). Alguns autores (M. I. C. MacGibbon) consideram que o "estoppel" deve ter uma interpretação extensiva. Schwarzenberg considera que os membros da ONU se encontram em situação de "estoppel" perante os princípios da Carta da ONU e os consagrados no julgamento de Nuremberg. O "estoppel" não é um princípio geral do direito e penetrou no DI pelo costume. Pode-se acrescentar que a contradição entre os comportamentos do "agens" é incompatível com a boa fé.

4-A. Não vamos incluir neste capítulo alguns atos unilaterais das organizações internacionais: resolução, estatuto interno que estudaremos em separado no capítulo seguinte.

5. É de se assinalar que mesmo os atos unilaterais deverão ser registrados no Secretariado da ONU, conforme entendimento da 6ª Comissão da Assembléia Geral (O'Connell).

6. Rousseau salienta que a diferença entre o DI e o direito interno é que neste último este adágio só é aplicado nos casos previstos expressamente em lei, ao contrário do DI, onde ele é uma regra geral. Por outro lado, podemos lembrar que existe também a regra "qui tacet non fatetur" (aquele que se cala não reconhece), que não é aplicada no DIP.

7. Esta interpretação ocorreria nos casos de notificações obrigatórias previstas em tratados, já não tendo o mesmo rigor nas notificações facultativas.

8. Suy considera ultrapassada esta opinião, uma vez que em certos casos o homem tem acesso aos órgãos ou tribunais internacionais. Ele poderá aí protestar contra a violação dos direitos que lhe tenham sido outorgados pela ordem jurídica internacional.

9. Estes requisitos de validade são normalmente os requisitos de todos os atos internacionais.

10. Exceção a esta afirmação: v. nº 106.

11. Esta condição foi incluída no direito convencional (Convenção de Londres de 1909); todavia, este texto não entrou em vigor.

11-A. Salienta entretanto Jacqué, com certa razão, que a notificação é um simples ato de publicidade e que não é ela quem produz efeito jurídico, mas o próprio ato que é notificado.

12. Parece que o primeiro doutrinador a chamar a atenção para a promessa como fonte de obrigações foi James Garner, em 1933, sem todavia ter aprofundado o seu estudo.

13. Se o Estado somente reconheceu o "fato", sem se manifestar sobre a sua legitimidade, ele poderá no futuro vir a contestar, não a sua existência, mas apenas a sua legitimidade. É de se deixar bem claro que o reconhecimento pode se resumir na simples constatação de um fato, sem que isto signifique a sua aprovação ou legitimação.

14. Suy observa sobre a "legalização" da situação ilegal pelo ato de reconhecimento o seguinte: "... o grau e o número de reconhecimentos devem ser proporcionais ao caráter geral ou individual da situação ilegal". Sobre o reconhecimento e seus efeitos, v. especialmente cap. XVII. -

6

CAPÍTULO XII

FONTES DO DIP

Decisões das Organizações Internacionais. Estatuto Interno das Organizações Internacionais. Princípios Gerais do Direito

119 — Decisões das organizações internacionais; 120 — O estatuto interno das organizações internacionais; 121 — Princípios Gerais do Direito e as lacunas do DI.

119. Os doutrinadores (Verdross, Reuter) têm assinalado o aparecimento de uma nova fonte formal, que não se encontra na enumeração do art. 38 do Estatuto da CIJ: a lei internacional, isto é, as decisões das organizações internacionais.¹

A lei internacional se teria formado com o fenómeno do associacionismo internacional, acima de tudo, após a Segunda Guerra Mundial,² e se desenvolvido com as comunidades europeias: CECA, CEE, EURATOM. De um certo modo, esta nova fonte faz com que se acentue o aspecto de subordinação do DI.

Esta nova fonte consiste em normas originadas em uma organização internacional que são obrigatórias para os Estados-membros independentemente de qualquer ratificação por sua parte.

A lei internacional manifesta-se nos seguintes atos da vida internacional, entre outros:³

- a) nas convenções internacionais do trabalho que obrigatoriamente deverão ser levadas à aprovação do Poder Legislativo.⁴ Estas convenções fogem às regras normais do processo de conclusão dos tratados, que o Executivo só submete à aprovação do Legislativo se quiser e, uma vez aprovados por este poder, a ratificação ainda é um ato discricionário do Executivo;⁵

- b) as convenções em matéria sanitária da OMS entram em vigor se os Estados não declaram a sua não aceitação em determinado lapso de tempo, isto é, as convenções podem se tornar obrigatórias para os Estados independentemente de ratificação;
- c) As comunidades européias constituem as denominadas organizações supranacionais, cuja característica, entre outras, está em suas decisões (majoritárias) serem diretamente executáveis, sem qualquer transformação, no território de cada um dos Estados-membros, e, em consequência, serem obrigatórias para os Estados, mesmo contra a sua vontade;
- d) na OACI, o seu Conselho, pelo voto de 2/3, adota padrões de segurança, eficiência, etc., da aviação civil, que se tornam obrigatórios para os Estados no prazo de três meses (ou mais, conforme prescrição do Conselho), se neste período a maioria não manifestar a sua desaprovação (v. capítulo XVI).

Estas são algumas das manifestações da lei internacional, que não se enquadram em nenhuma das fontes analisadas (costume e tratado). Na verdade, as organizações internacionais onde surge a lei internacional têm por base um tratado assinado pelos Estados. Todavia, uma vez constituídas, passam a ter personalidade internacional distinta das dos seus membros, constituindo-se, portanto, em novas pessoas internacionais.

Alguns autores (Quadri) têm negado, entretanto, a qualidade de fonte à legislação internacional, alegando que a solução majoritária é consagrada em casos "particularíssimos" e que as organizações internacionais normalmente preparam projetos de convenção. No caso de as decisões das organizações supranacionais serem diretamente executáveis no interior dos Estados contratantes, alega Quadri que haveria uma "transformação automática", sem ser necessária a promulgação e a publicação. Por outro lado, salienta que as organizações não possuem poder coercitivo.

Não podemos negar o caráter de fonte a estas decisões das organizações internacionais, que não se enquadram nas já estudadas. O que se pode observar é que a sua denominação de lei internacional não corresponde inteiramente à realidade se houver comparação com a lei do direito interno. Contudo, elas se assemelham no principal ponto: são normas obrigatórias para sujeitos de direito independentemente de sua vontade. Negar que estas decisões sejam fontes do DI é não reconhecer o processo de integração da sociedade internacional. Tais decisões podem ser ainda de âmbito restrito, mas nem por isso deixam de constituir norma de conduta, isto é, direito na sua essência, e cujas violações são normalmente passíveis de sanção.

É de se lembrar que as resoluções das organizações internacionais constituem a mais nova fonte do DI (v. nº 118 e capítulo XXIV).

As resoluções das organizações internacionais, especialmente da AG da ONU, estão sendo utilizadas pelos Estados subdesenvolvidos. Eduardo Nova Monreal observa que elas reconhecem princípios gerais do direito tendo em vista que a sua aprovação é feita por uma grande maioria dos Estados que compõem a AG da ONU, que pode ser considerado o órgão mais representativo da sociedade internacional. Outros (Castañeda) consideram que as resoluções têm um aspecto declaratório. Pode-se recordar que algumas decisões de tribunais internos (EUA, Japão, Itália) têm invocado resoluções da ONU. Para Bedjaoui a resolução se aproxima "de um direito transitório, uma espécie de pré-direito que põe fim ao direito antigo e precede o novo direito". O valor jurídico das resoluções depende do fato de elas refletirem um consentimento geral, ou consagrarem um direito preexistente. Assim, por exemplo, na Declaração de princípios relativos ao espaço exterior (1963), os Estados afirmaram que as respeitariam até a entrada em vigor do tratado sobre o espaço. Têm sido denominadas resolução-declaração. Já outras resoluções, também denominadas resoluções-incitações, traçam princípios para o futuro. As resoluções-declarações constituem o "soft law" e são muitas vezes usadas para normas de "lege ferenda". O "hard law" cria muitas vezes problemas porque ele necessita de precisão e esta não existe, como em matéria de poluição (ex.: chuvas ácidas). O "soft law" dá maior flexibilidade ao estado na aplicação da norma.

Os organismos internacionais têm adotado em alguns casos o consenso, quando se necessita da unanimidade e se consagra princípios gerais. O texto é diluído e a sua precisão é sacrificada. O "soft law" deixa aos destinatários uma larga margem de manobra (Mohamed Bennouna). A expressão "soft law" parece ter surgido na literatura jurídica norte-americana na década de 70. Alguns autores (Ryuichi Ida) têm apresentado restrições a ele alegando que acaba por criar uma responsabilidade "soft" em que a única sanção seria a retorsão. Ele atende a sociedade internacional que está em mutação, vez que a sua elaboração é mais rápida do que a do costume. Observa ainda o internacionalista citado que "soft law" é uma expressão negativa significando que não é um "hard law" e nem um não direito.

Pode-se acrescentar que as normas programáticas "são direito" e é necessário "se habituar a este tipo de regra jurídica", por meio da qual se tenta construir o futuro (F. Demichel).

Para Soerensen as resoluções de AG se situam "na metade do caminho entre tratados multilaterais e o costume", como os primeiros expressam uma opinião comum e como o costume pressupõe uma prática anterior ou posterior. Patrick Juillard observa que a convenção e a resolução não são irreduzíveis, vez que elas podem declarar regras jurídicas e, dependendo das condições de aprovação da resolução, podem ser assimiladas a uma convenção.

Assinala Michel Virally que os princípios consagrados em uma resolução recomendatória um Estado só pode se recusar a cumpri-la se há uma justificação "no direito e no fato" para isto. O que importa em uma resolução, para Virally, é a extensão do acordo e a sinceridade dos Estados.

As resoluções podem sistematizar e desenvolver um costume.

120. O estatuto interno das organizações internacionais, também chamado de DI Interno (Verdross), é outra fonte formal da nossa matéria, que seria o resultado do associacionismo internacional.

As organizações internacionais, como as pessoas jurídicas de direito interno, possuem um estatuto próprio para regulamentar o funcionamento dos seus órgãos, bem como as relações entre eles e as suas relações com os seus funcionários. Segundo Sereni, estes ordenamentos internos seriam originários, independentes e autônomos. Tal fato decorre de as organizações possuírem uma personalidade distinta da dos seus Estados-membros. A validade dos estatutos internos já foi reconhecida na jurisprudência internacional, nos pareceres da CIJ sobre: "Efeitos das Decisões do Tribunal Administrativo da ONU" (1954) e "Decisões do Tribunal Administrativo da OIT..." (1956).

Estes estatutos internos são uma das maneiras pelas quais se manifestam as normas internacionais, não interessando saber se o seu âmbito de aplicação é restrito ou não.^{5A} Em sentido contrário ao que adotamos aqui está Barberis, de que o estatuto interno de uma organização internacional é "relativamente autônomo" e é igual a uma ordem jurídica interna de qualquer pessoa internacional e não deve ser incluído no Direito Internacional.

121. Os princípios gerais de direito⁶ fazem parte do direito positivo. Eles não se confundem com o direito natural, no sentido de que se reduzem àqueles enunciados primeiros da justiça, como pretendiam alguns autores (Spiropoulos e Le Fur).⁷ Todavia, é de se assinalar que os princípios do D. Natural, tais como "pacta sunt servanda", estão incorporados aos princípios gerais do direito, sem que estes se confundam com aqueles. Tércio Sampaio Ferraz Jr. os considera "uma reminiscência do direito natural como fonte". Estes princípios consagrados no art. 38 do Estatuto da CIJ são em maior número e estão consagrados nos principais sistemas jurídicos das nações civilizadas. A expressão "nações civilizadas", consagrada no estatuto da CIJ, é um vestígio da época em que se considerava que Direito era apenas o das potências ocidentais. Por outro lado, é de se recordar que todo Estado pertence à sociedade internacional, o que torna irrelevante se distinguir aqueles que pautariam a sua conduta pelo DI daqueles que não o fazem (só os primeiros seriam nações civilizadas). Pode-se acrescentar, com Barberis, que uma nação civilizada tem sempre um direito civilizado. Um exemplo típico de princípio geral de direito criado por um grupo dominante é o do respeito ao direito adquirido, que beneficia apenas

uma pequena parcela privilegiada da sociedade. Os princípios gerais do direito na maioria das vezes coincidem com o costume geral.

A grande questão em torno dos princípios gerais de direito no DI consiste em saber se eles constituem uma fonte autônoma ou se são um simples elemento subsidiário.

Uma corrente (Anzilotti) considera que o Estatuto da Corte pretende se referir aos princípios gerais de DI, que seriam uma "fonte no sentido material". O juiz é que os formularia para o caso concreto, isto é, seriam uma fonte apenas para a Corte.

Outra corrente (Rousseau), que nos parece estar com a razão, alega que eles constituem uma verdadeira fonte autônoma do DI e que assim estariam consagrados em inúmeros tratados internacionais (alemão-suíço, 1921; alemão-português, 1928, etc.). É de se acrescentar que se eles não constituíssem uma fonte autônoma não haveria razão para estarem mencionados no art. 38 do Estatuto, e existe uma regra de interpretação afirmando que todas as palavras de um texto legal devem ter um efeito útil.

Na verdade, devemos reconhecer que não há uma uniformidade da doutrina acerca dos princípios gerais de direito na ordem jurídica internacional: a) para Castberg não são propriamente uma fonte, porque é cada direito que os elabora; b) a doutrina soviética não aceita que a ordem interna contribua para a ordem jurídica internacional, sendo que para Tunkin eles não apresentam estabilidade, porque cada Estado pode mudá-los; c) Makowski não aceita que eles sejam colocados no mesmo nível do tratado e costume; d) Kopelmanas considera que uma decisão fundada nos princípios gerais do direito é igual a uma fundada na equidade; e) para Charles de Visscher são uma fonte própria. Esta tem sido a nossa posição.

Os princípios gerais de direito são inúmeros, e podemos assinalar entre eles os seguintes: "pacta sunt servanda", o que interdita o abuso de direito, respeito ao direito adquirido, princípio e boa fé,^{8A} princípio do respeito à coisa julgada, etc.⁸ Os princípios gerais de direito no âmbito interno e que foram consagrados na jurisprudência internacional, segundo Guggenheim, são os seguintes: "a) proibição do abuso de direito; b) responsabilidade internacional nascida de atos ilícitos e restituição do que foi adquirido por enriquecimento ilícito; c) a exceção da prescrição liberatória; d) a obrigação de reparar não apenas os danos emergentes, mas também os de "lucrum cessans". São princípios oriundos sobretudo do D. Civil e do D. Processual Civil. Há uma tendência de o Estado considerar princípio geral do direito o que está consagrado na sua legislação.

Atualmente (Kewenig) já se fala que o "patrimônio comum da humanidade" é um princípio geral do DI emergente. Ele é aplicado no meio ambiente, grandes profundidades, etc. Ele visa proteger recursos não renováveis.

Para se verificar se estamos em presença de um princípio geral de direito, propõe Aréchaga que nos utilizemos do D. Comparado. Não há necessidade de que ele esteja consagrado de modo unânime em todas as legislações, sendo suficiente que haja apenas uma generalidade. Na verdade, são princípios consagrados nos sistemas jurídicos de poucos Estados, "aos quais se tenta atribuir arbitrariamente caráter universal" (Sereni). O DI ainda é, em sua grande parte, um direito ocidental, não tendo ainda perdido os vícios da sua origem de direito da Europa Ocidental.^{1A} Os princípios gerais do direito devem exprimir o interesse comum dos Estados e influenciam o direito interno. Frank Attar salienta que tem predominado a interpretação do norte-americano Root e do inglês Phillimore de que princípios gerais do direito são aqueles consagrados no direito interno.

Pode-se ainda constatar quais são eles através da jurisprudência internacional, que já consagrou alguns (ex.: respeito à coisa julgada).

Estes princípios demonstram a unidade da ciência jurídica, uma vez que eles são comuns a todo e qualquer ramo da ciência jurídica, porque a "consciência jurídica" é uma só.⁹

Alfred Verdross salienta que o Comitê de Juristas, em 1920, nada mais fez do que codificar uma fonte que já era consagrada na jurisprudência internacional. A inclusão dos princípios gerais de direito como fonte no Estatuto da CPJI deve-se sobretudo ao Barão Descamps. É verdade que em 1907 (Conferência de Haia) o alemão Christian Meurer já sustentava que a jurisprudência arbitral não era meramente positivista, isto é, reconhecendo apenas tratado e costume (Verdross).

A finalidade da sua inclusão no art. 38 é a de preencher as lacunas do DI e evitar um "non liquet" por parte da Corte nos casos em que não existisse um tratado ou costume internacional. Os princípios gerais de direito são mais usados nas novas áreas do DIP. Para Verdross, mesmo com a inclusão dos princípios gerais do direito poderá haver um "non liquet" se o juiz não tiver o poder de aplicar uma regra nova. Já para Lauterpacht a proibição de um "non liquet" é total.

A idéia de que a lei previra todos os casos da vida social em que ela deveria ser aplicada, e que predominou no início do século XIX, foi abandonada quase completamente no século atual. Sobre a questão de lacunas em um ordenamento jurídico, duas correntes principais podem ser apresentadas: a) sustenta que todo ordenamento jurídico é completo e tudo aquilo que não é proibido é permitido (Donati);^{9A} b) considera que entre o lícito e o ilícito existe uma zona do "juridicamente indiferente" (Sant'i Romano). Na verdade, verificou-se que poderiam existir casos ainda não regulados por tratados e costumes, o que impediria um juiz de dar a sua decisão.¹⁰ Tal fato é mais acentuado no DI em virtude de aí não existir um órgão permanente, como ocorre no D. Interno, a fazer normas jurídicas para atender às necessidades sociais à medida que elas venham surgindo.¹¹ As lacunas são um fenômeno natural no Direito (Jean Carbonnier). Já Ch.

Perelman considera que na maioria das vezes as lacunas são criadas pelos intérpretes, que consideram que determinada matéria deveria estar regida por lei: seria uma lacuna sociológica "praeter legem".^{11A}

É preciso repetir uma observação de Jorge Miranda de que falar em lacuna é uma interpretação, porque significa que se considera que determinada matéria deve ser regulamentada pelo Direito e não deixada, por exemplo, a uma decisão política desinteressada.

Os princípios gerais de direito têm por finalidade preencher esta lacuna, isto é, na ausência de tratado e costume, a Corte deverá ainda dar a sua decisão. Ela não poderá alegar uma lacuna do DI e não dar o seu julgamento. Esta na verdade tem sido a prática dos tribunais internacionais que completam as lacunas sem mencioná-las. A ausência de uma decisão seria uma denegação de justiça. Todavia o juiz é limitado pelo fato de que ele não é legislador.

Os princípios gerais de direito têm sido admitidos pela doutrina (Verdross) como elemento subsidiário em relação ao tratado e ao costume. A jurisprudência internacional também se manifesta neste sentido, em virtude de aplicação do princípio "lex specialis derogat generali". O tratado e o costume constituem as normas especiais. Esta interpretação está de acordo com o elemento histórico, uma vez que o projeto inicial elaborado pelo Comitê de Juristas, a exemplo da Convenção de 1907 sobre a Corte Internacional de Presas, previa uma hierarquia expressa para a aplicação das fontes, que foi, posteriormente, suprimida.¹²

A Corte das Comunidades Européias em nenhum tratado recebeu poderes para recorrer aos princípios gerais do direito, entretanto, ela deduz princípios gerais da ordem comunitária.

NOTAS

1. C. Wilfred Jenks — *The Common Law of Mankind*, 1958, págs. 182 e segs.; Paul Reuter — *Organisations internationales et évolution du droit*, in *L'Évolution du Droit Public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, 1956, págs. 447 e segs.; Antonio Malintoppi — *Le Raccomandazioni Internazionali*, 1958; A. J. B. Tammes — *Decisions of International Organs as a Source of International Law*, in *RdC*, 1958, vol. II, t. 94, págs. 265 e segs.; Riccardo Monaco — *L'autonomia normativa degli enti internazionali*, in *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tommaso Perassi*, vol. II, 1957, págs. 135 e segs.; L. Focsaneanu — *Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies*, in *AFDI*, vol. III, 1957, págs. 315 e segs.; H. Saba — *L'Activité Quasi-Législative des Institutions Spécialisées des Nations Unies*, in *RdC*, 1964, vol. I, t. 111, págs. 603 e segs.; Lino di Qual — *Les Effets des Résolutions des Nations Unies*, 1967; G. Balladore Pallieri — *Le Droit Interne des Organisations Internationales*, in *RdC*, 1969, vol. II, t. 127, págs. 1 e segs.; Aleth Manin — *L'Organisation de l'Aviation Civile Internationale*, 1970, págs. 125 e segs.; Rudolf Bernhardt — *The Nature and Field of Application of the Internal Law of International Organizations*, in *Law and State*, v. 10, 1974, págs. 7 e segs.; Krzysztof Skubiszewski — *Can Future Law be developed through Resolutions of Intergovernmental Bodies?*, in *Le Droit International Demain*, 1974, págs. 55 e segs.; Krzysztof Skubiszewski — *A New source of the Law of Nations: Resolutions of International Organizations*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 508 e segs.; Maria Helena Diniz — *As Lacunas no Direito*, 1981; Ryuichi Ida — *Formation des Normes Internationales dans un Monde en Mutation: critique de la notion de soft Law*, in *Le Droit International au-Service de la Paix, de la Justice et du Développement*, *Mélanges Michel Virally*, 1991, págs. 333 e segs.

2. Na verdade ela já fora enunciada antes da 1ª Guerra Mundial por Liszt (1915), que incluía entre as fontes do DI “os regulamentos emanados dos órgãos internacionais”.

3. Sobre as diversas formas de decisões das organizações internacionais e a sua obrigatoriedade, v. cap. XXIV.

4. V. a interpretação oficial da OIT e a que já existiu no Brasil sobre estas convenções no cap. IX.

5. A OIT possui ainda as recomendações que também obrigatoriamente serão levadas ao Poder Legislativo (v. cap. XXVI).

5-A. Algumas observações interessantes são formuladas por Balladore Pallieri. Para ele o direito interno das organizações não é DI, vez que ele não tem “consistência para formar uma ordem jurídica interna da organização tendo os verdadeiros caracteres de um direito”. As organizações internacionais não possuem meios para assegurar a eficácia de suas regras independentemente de outro direito. As suas regras não são direito enquanto regras internas (ex.: regimento do Congresso) e quando deixam de ser meramente internas penetram no DI. Enfim, não existe um direito interno autônomo nas organizações internacionais.

6. Giorgio del Vecchio — *Los Principios Generales del Derecho*, 1948; H. Lauterpacht — *The Function of Law in the International Community*, 1953, págs. 51 e segs.; Bin Cheng — *General Principles of Law as applied by international Courts and Tribunals*, 1953; Mario Scerni — *I Principi Generali de Diritto Rico-*

nosciuti dalle Nazioni Civili nella giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, 1932; Karl Woff — *Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux*, in *RdC*, 1931, vol. II, t. 36, págs. 483 e segs.; Alfred von Verdross — *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, in *RdC*, 1935, vol. II, t. 52, págs. 195 e segs.; A. Baumgarten — *Observations sur les méthodes pour l'étude du droit des gens*, in *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny*, t. III, 1934, págs. 317 e segs.; Louis Le Fur — *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*, in *Recueil Geny cit.*, págs. 362 e segs.; Alfred Verdross — *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*, in *Recueil Geny cit.*, págs. 383 e segs.; Lucien Siorat — *Le Problème des Lacunes en Droit International*, 1958; Georges Ripert — *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, in *RdC*, 1933, vol. II, t. 4, págs. 569 e segs.; Ulrich Scheuner — *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, in *RdC*, 1959, vol. II, t. 68, págs. 128 e segs.; C. Wilfred Jenks — *The Prospects of International Adjudication*, 1964, págs. 266 e segs.; Wilhelm Wengler — *The General Principles of Law in International Law*, in *Law State*, vol. I, págs. 61 e segs.; Josef L. Kunz — *The Vienna School and International Law*, in *Josef L. Kunz — The Changing Law of Nations*, 1968, págs. 59 e segs.; Luis Alberto Warat — *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, 1969; Alfred Verdross — *Coincidences: Deux théories du droit des gens apparues à l'époque de la création de l'Académie de droit international*, in *Académie de Droit International de La Haye, Livre Jubilaire*, 1973, págs. 83 e segs.; Radomir Lukie — *Théorie de l'État et du Droit*, 1974, págs. 546; Julio A. Barberis — *Fuentes del Derecho Internacional*, 1973, págs. 3 e segs.; Bela Vitanyi — *La signification de la généralité des principes de droit*, in *RGDIP*, Avril-Juin 1976, n° 2, págs. 536 e segs.; Elisabeth Zoller — *La Bonne Foi en Droit International Public*, 1977; *Le Problème des Lacunes en Droit, études publiés para Ch. Perelman*, 1968, especialmente os estudos de Charles Huberlant (*Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi*, págs. 31 e segs.); P. Fories — *Les Lacunes du droit*, págs. 9 e segs.; J. Salmon *Quelques observations sur les lacunes en Droit international public*, págs. 313 e segs.; J. Stone — *“Non Liqueur” and the International Judicial Fonction*, págs. 305 e segs.; André Blondel — *Les principes généraux de droit devant la Cour permanent de justice internationale et la Cour internationale de justice*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 201 e segs.; Antoine Favre — *Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 366 e segs.; Alfred Verdross — *Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 521 e segs.; Michel Virally — *Le rôle des “principes” dans le développement du droit international*, in *Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, págs. 531 e segs.; Wilhelm A. Kewenig — *The Common Heritage of Mankind. A Political Slogan or a Key Concept of International Law?*, in *Law and State*, vol. 24, 1981, págs. 7 e segs.; Béla Vitanyi — *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux” de droit reconnus par les nations civilisées*, in *RGDIP*, t. 86, 1982, I, págs. 48 e segs.; Denys Simon — *Ya-t-il des Principes Généraux du Droit Communautaire?*, in *Droits*, n° 14, 1991, págs. 73 e

segs.; Donato Donati — Il Problema delle Lacune dell'Ordinamento Giuridico. in Donato Donati — Scritti di Diritto Pubblico. vol. I. 1996. págs. 3 e segs.

7. Le Fur assinalava que para existir um princípio geral de direito eram necessárias duas condições: a) que fosse uma decorrência direta do D. Natural; b) que se encontrassem consagrados nas legislações internas positivas dos Estados civilizados. Esta posição doutrinária prende-se ao aspetto histórico da alínea 3ª do art. 38. uma vez que, no Comitê de Juristas, o Barão Descamps e Ricci-Busatti manifestaram-se neste sentido.

7-A. O melhor trabalho existente atualmente sobre a boa fé é o de E. Zoller, de onde reproduziremos as observações que se seguem. A boa fé pode significar: a) critério de interpretação; b) espírito de lealdade; c) a crença errada em uma situação jurídica. Ela é uma noção psicológica e moral. Significa lealdade e retidão, que são qualidades que pertencem a indivíduos e não a Estados ou organizações internacionais, daí ter ela tido uma relevância maior quando as relações internacionais eram entre príncipes. A boa fé é considerada uma instituição imanente a toda ordem jurídica, porque nenhuma sociedade sobreviveria se fosse fundamentada na deslealdade. A boa fé faz com que o juiz leve em consideração todos os elementos de fato de uma situação jurídica. Ela não é um critério de lealdade, mas de interpretação da norma jurídica e é sempre utilizada na aplicação ou execução de toda regra do DI. Pode ser considerada uma regra supletiva ao princípio "pacta sunt servanda".

8. Rousseau apresenta como princípios gerais de DI: o do primado do DI em relação à lei interna; o do respeito à independência dos Estados; o da continuidade do Estado, etc. Estes princípios resultam de uma indução do tratado e do costume, mas não são os mencionados no Estatuto da Corte (Aréchéaga). Enfim, não aceitamos a doutrina soviética, que pretende reduzir os princípios gerais do Direito aos princípios de DI. Esta concepção defende que tais princípios seriam os seguintes: "1) respeito da integridade territorial e soberania dos Estados; 2) não agressão; 3) não interferência nos negócios internos; 4) igualdade de benefícios entre os Estados; 5) coexistência pacífica", que estão consagrados no Tratado de Panch Sila, entre a República Popular China e a Índia, assinado em 1954.

8-A. Talvez possa-se aplicar ao DIP, "mutatis mutandis", a observação formulada por Franz Neumann (Estado Democrático e Estado Autoritário, 1969, pág. 69): "justifica-se, portanto, a conclusão de que em uma economia monopolista os 'princípios gerais' funcionam no interesse dos monopolistas. A norma irracional é calculável bastante para o monopolista, uma vez que sua posição é tão forte que ele consegue movimentar-se sem a formal racionalidade do Direito. Não é só sem o Direito que ele pode movimentar-se. Muitas vezes isso funciona até como um impedimento para o completo desenvolvimento ou, se ele assim o desejar, para restringir a produção. Isso por que o Direito racional tem somente a função de tornar calculável o processo de intercâmbio econômico, como ao mesmo tempo serve para proteger o parceiro mais fraco. O monopolista pode, muito bem, passar sem tribunais. Seu poder e sua força são suficientes para substituírem a ação judiciária do Estado".

9. Kelsen nega que os princípios gerais de Direito sejam fonte, tendo em vista as diferenças ideológicas entre o bloco capitalista e o comunista, isto é, seria difícil a existência de tais princípios como comuns a todos os povos. Todavia, para os defensores do jusnaturalismo, como fundamento do DI, que parte da unidade do

gênero humano, reconhecem estas diferenças, mas consideram que elas são superficiais e que não alteram a "consciência jurídica" dos indivíduos.

9-A. Atualmente Radomir Lukic considera que só existem lacunas aparentes, que os casos concretos estão sempre previstos nas normas gerais e abstratas podendo-se inclusive chegar até a equidade. Pode-se acrescentar que nem sempre pode ser aplicada a regra de liberdade, isto é, o que não é proibido é lícito. Lembra Charles Huberlant que a teoria da vizinhança foi construída pela jurisprudência e que não estava prevista pelo Código de Napoleão.

10. Verdross as considera "irrelevantes, porque os Estados que estabelecem um tribunal arbitral desejam uma decisão 'a todo custo', concedendo-lhe, em consequência, as faculdades necessárias".

11. Kunz observa que as denominadas lacunas nada mais constituem do que uma diferença entre o direito existente e "um desejado direito melhor". A idéia de lacuna é uma crítica política e ideológica ao direito positivo. É interessante acrescentar a observação de Helen Silving de que na Inglaterra e nos EUA não existe uma teoria das lacunas, tendo em vista que o "common law" é um direito de lacunas, o que tira qualquer sentido à formulação de uma teoria sobre elas.

11-A. Esta nota é calcada em Gilissen citado abaixo. O tratamento das lacunas atravessou várias fases: a) sistema irracional anterior ao século XIII. É o período das ordálias em que se pede a Deus para julgar um litúgio que não se sabe resolver; b) direito costumeiro do século XIII ao XVI em que se procura dar uma solução racional. Os juizes são também legisladores. Eles pertencem ao grupo social em que se desenvolve o costume; c) tempos modernos do século XVI ao fim do século XVIII. O costume supre a deficiência da lei e o direito romano supre a deficiência do costume; d) o período da preponderância da lei (fim do século XVIII ao século XX). A lei tem plenitude e o direito se identifica a ela. As ordálias unilaterais era as que tira uma das partes devia suportar como prova: ferro quente, água fervendo, etc. As ordálias bilaterais eram as que as duas partes deviam se submeter a uma prova: o julgamento da cruz em que se ficava com o braço levantado, ou, ainda, o duelo judiciário, em que as partes debatiam até a vitória. O recurso aos julgamentos de Deus desaparece gradativamente do século XII ao XIV, primeiro nas cidades e depois no campo. Algumas cartas urbanas de privilégios provam a existência de lacunas e determina que nestes casos os escabinos julguem conforme a sua consciência ou por analogia. O escabino na época carolíngia é um especialista em direito costumeiro que dá assistência ao tribunal, sendo que a partir do século XIII é o membro do conselho de uma cidade ou de uma comuna e geralmente cooptado na oligarquia dominante (Jean Favier — Dictionnaire de la France Médiévale, 1993). Voltando a Gilissen, ele afirma que outras vezes as lacunas eram preenchidas por meio legislativo. Os juizes são também "legisladores" no grupo social no qual eles fazem "justiça". Um terceiro procedimento é o recurso a um superior. Um, quarto modo é a investigação "per turba" (pela turba — testemunha de indivíduos para provar a existência de um costume). Os juizes conheciam o costume notório, mas podiam ignorar o denominado "costume privado". A investigação podia ser de se ouvir indivíduos separadamente. Ou "per turbam" ouvir em grupo ao menos dez testemunhas. Esta forma de investigação foi a mais usada para se provar a existência de costume nos séculos XIV, XV e XVI. É utilizado para complementar as coletâneas de costume no século XIV. Na

França, nos séculos XVI e XVII, se afirma que o costume de Paris tem um papel supletivo. Domat, no século XVIII, prega que se utilize o costume das regiões vizinhas e das principais cidades. As fontes do direito teriam a seguinte ordem: legislação, costume local, costume provincial e direito comum escrito. O costume de Paris, na França, é colocado entre o costume provincial e o direito comum escrito. Este é o direito romano, o direito canônico e a interpretação dos juristas. No século XVII, a doutrina se inspirando no direito romano, prega o recurso à analogia e a equidade, o que vai ser repetido nos códigos do século XIX. No período do absolutismo francês há também o recurso ao rei. Em 1790 é instituído o referendo legislativo e os juizes devem recorrer ao legislativo (John Gilissen — *Le Problème des Lacunes du Droit dans L'Evolution du Droit Médiéval et Moderne*. in *Le Problème des Lacunes en Droit*, coordenação de Chaim Perelman, 1968. págs. 197 e segs.).

12. Na prática, nós já vimos, ocorre uma hierarquia em virtude do aforismo de que a lei especial derrota a lei geral. Deste modo, o tratado, o costume e os princípios gerais de direito têm aplicação sucessiva.

CAPÍTULO XIII

FONTES DO DIP

Elementos Subsidiários. A Analogia. Equidade¹

122 — *Elementos subsidiários*; 123 — *Analogia*; 124 — *Equidade*.

122. Os elementos subsidiários de que a Corte pode se utilizar não são propriamente fontes. Eles não constituem um modo pelo qual se manifesta a norma jurídica internacional. Eles são simples meios que auxiliam na constatação do Direito, ou na sua interpretação. Não sendo fontes do DI, eles não são obrigatórios para os sujeitos do DI.

O Estatuto da Corte declara, no seu art. 36, que ela aplicará:

"d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito."

A doutrina tem no DI um papel proeminente na constatação e delimitação da norma jurídica, uma vez que a nossa disciplina é ainda formada principalmente por normas consuetudinárias. A doutrina deu, através de associações científicas (Instituto de Direito Internacional, American Society of International Law, etc.), uma grande contribuição ao desenvolvimento do DI.

Alguns autores, através de seus livros, exerceram grande influência no desenvolvimento do DIP, assim foi Gilbert Gidel no campo do Direito Marítimo.

A doutrina tem diminuído de importância e raramente é invocada pela Corte, e quando o faz não menciona o nome dos doutrinadores, falando apenas em "doutrina dominante", ou "opinião geral" (Aréchaga).

Ela é mais citada nos votos vencidos do que nos vencedores.

A doutrina que desempenhou outrora papel importante tem cedido lugar à jurisprudência.

A jurisprudência internacional teria um duplo valor “como elemento de interpretação e aprova de princípio e normas já existentes” (Sereni). Ela não é obrigatória para os Estados, uma vez que, em virtude do art. 59, do Estatuto:

“A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.”

Alguns autores (Vellas) consideram que a tendência nos tribunais internacionais é a de reconhecerem um “poder normativo” à jurisprudência, e mencionam, entre outros, os seguintes fatos: a) a CPJI em várias decisões se refere a “princípios consagrados pela jurisprudência internacional”; b) as sentenças anteriores servem de diretriz ao juiz que vai julgar caso semelhante; c) os tribunais administrativos das organizações internacionais têm poder normativo; d) do mesmo poder é dotada a Corte de Justiça das Comunidades Européias; e) alguns tribunais arbitrais são dotados do poder de estabelecer normas internacionais, assim o tribunal arbitral, no caso das focas do mar de Behring, recebeu poder para, além de resolver o litígio, estabelecer ainda normas sobre a conservação das focas.^{1A}

Selle já observava que, apesar do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a jurisprudência era uma fonte do DI.

É de se recordar que a CIJ quase não recorre a precedentes judiciais nas suas sentenças. A jurisprudência é mais utilizada pelos votos em separado. A CIJ só dá valor à jurisprudência quando ela é dotada de constância e generalidade. A CIJ nunca recorreu à jurisprudência interna dos Estados. A jurisprudência pode vir a se transformar em costume. Ela é importante para fixar o costume.

Ao lado dos elementos subsidiários citados expressamente existem outros a que a Corte pode recorrer como “meio auxiliar para a determinação das regras de direito”: o Direito Interno, o Direito Romano, a História, etc.

123. A analogia não é uma fonte formal do DI, mas um meio de integração deste direito.^{1B} Ela é utilizada para preencher as lacunas do DI.² Ela pode ser definida como a aplicação de uma norma já existente a uma situação nova, quando esta é semelhante à que é aplicável à norma já existente. Ela repousa na idéia de justiça de que casos iguais devem ser tratados igualmente.

Diante desta conceituação, podemos observar que a analogia é, como dissemos acima, um meio de integração, mas não é uma fonte formal, tendo em vista que a norma não se manifesta através da analogia. A norma jurídica, quando é utilizado o procedimento analógico, já existe; o que

ocorre é que ela passa a ser utilizada para outro caso a que ela não era aplicada.

A analogia figura no Digesto em um fragmento de Juliano e era denominado de “argumentum a simili”. A palavra analogia só surge no fim do século XVIII e vem de “analogia juris”, que tinha por finalidade eliminar a antinomia entre normas. A “analogia legis” surge em data posterior (Norberto Bobbio — Contributi ad un dizionario juridico, 1994).

A analogia não é, assim, uma fonte do DI, mas será um modo de integração utilizado pelo juiz quando vai aplicar a norma jurídica e verifica que ela falta. A analogia surgiria assim no processo de interpretação se o entendermos em sentido amplo, isto é, a aplicação pelo jurista da norma ao caso concreto.

A analogia se apresenta sob duas formas: a analogia “legis” e a analogia “juris”. A primeira ocorre quando o assunto já se encontra regulamentado, mas que contém uma falha. Nesta hipótese, aplica-se uma regra existente que é aplicável a caso semelhante. A segunda ocorre quando o caso é inteiramente novo, e não existe uma norma aplicável; nesta hipótese o “intérprete” é obrigado a se utilizar de uma série de princípios de outro instituto que se assemelhe ao do caso em análise.² Tércio Sampaio Ferraz diz que a imprecisão da “analogia juris” é uma decorrência da referência a princípios gerais.

Triepel sustenta que a operação de integração não é apenas lógico-formal, mas que é preciso recorrer a valores e dados extrajurídicos.

A analogia se utiliza assim do método indutivo, ao contrário da interpretação, em sentido estrito, que se utiliza do método dedutivo.

A doutrina não a tem aceitado de modo pacífico, e alguns doutrinadores (Verdross) propõem que ela não se aplicaria aos tratados-contrato. Outros (Anzilotti) consideram que a sua utilização “repugna” à vida internacional.

Charles Rousseau assinala que a analogia pode ter três funções: a) “confirmar as conclusões atingidas por outros métodos de interpretação”; b) como meio de esclarecer os textos obscuros; c) como meio de suprir lacunas dos textos convencionais. Esta última aplicação é que tem levantado problemas, uma vez que nos outros casos ela está consagrada em uma larga jurisprudência internacional, que a consagra tanto nos tratados-contrato como nos “normativos”. Todavia, na hipótese c) ela foi aplicada no sentido de estender a convenção sobre leis e costumes da guerra terrestre (1907) a casos não previstos quando se tratou de apreciar a “responsabilidade internacional por atos de guerra”.³

A conclusão que podemos apresentar sobre a analogia, como um modo de integração, no DI, é que a sua aceitação ainda é bastante restrita e que não desempenha um papel decisivo. Neste sentido, Sereni cita o parecer da CIJ sobre “Reparação dos danos sofridos por indivíduos a serviço das Nações Unidas”, em que a Corte respondeu que a analogia com as normas

sobre proteção de nacional no exterior não era suficiente para justificar uma resposta afirmativa. A analogia tem sido encarada como um processo que não é suficiente para preencher as lacunas do DI. Tal fato decorre do receio dos Estados de terem a sua "soberania" diminuída ou obrigações aumentadas com o emprego da analogia. Todavia, sendo ela um procedimento que pertence à ciência geral do direito, não vemos razão para que não venha a ser utilizada, em sentido amplo, no futuro, no DI, desde que seja aplicada com as devidas cautelas, por exemplo, não aplicá-la nos casos em que venha a aumentar as restrições à soberania estatal.

124. A equidade ("ex aequo et bono") pode ser definida como "a aplicação dos princípios da justiça a um determinado caso" (Rousseau).⁴ Ela não constitui assim uma fonte formal do DI.⁵ Ela tem a sua origem no D. Romano na Lei Aebutia. O direito pretoriano tinha por finalidade lutar contra o excesso de formalismo jurídico e permitia ao pretor criar um novo direito civil que fosse adaptado às novas condições. O juiz deveria dar preferência ao "ius aequum" em lugar do "ius strictum" (Romualdo Bermejo).

O juiz internacional somente pode decidir com base na equidade quando as partes litigantes lhe outorgarem expressamente poderes para tal; caso contrário, a sentença será passível de nulidade por excesso de poderes. O Estatuto da Corte, no seu art. 38, estipula:

.....
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão 'ex aequo et bono' se as partes com isto concordarem."

Este dispositivo tem origem em uma proposição de Fromageot no Comitê de Juristas, mas que não foi incluído no projeto enviado ao Conselho e à Assembléia da Liga das Nações, sendo adotado finalmente pela Assembléia. Entretanto, Degan observa com razão que todo juiz ou árbitro ao decidir o faz "com uma certa equidade", mesmo quando ele não recebeu poderes das partes para decidir por equidade. Ela tem sido considerada uma "justiça individualizada", bem como serve de crítica ao direito positivo estimulando o aperfeiçoamento do DIP. A "equity" fez com que os juristas interpretassem os atos jurídicos se prendendo mais a seu conteúdo do que à sua forma (Antoine Martin).

Nos dias de hoje a equidade tem diminuído de importância na jurisprudência internacional, fator que Delbez atribui a duas razões: a) o julgamento com base na equidade necessita que as partes tenham grande confiança no juiz; b) o desenvolvimento do DI Positivo.

A doutrina, com base em uma teoria formulada pela primeira vez por Papiniano, considera que a equidade pode desempenhar três funções: a) corrigir o direito positivo ("infra legem"), por exemplo nas reparações de

guerra; b) suprir as lacunas do direito positivo ("praeter legem"); neste sentido está uma decisão do Tribunal Arbitral especial que julgou reclamações de Portugal contra a Alemanha (1938); c) afastar o direito positivo ("contra legem").⁶

A CIJ nunca deu uma decisão baseada exclusivamente na equidade. O mesmo ocorreu com a CPJI. Esta só veio a ser aplicada em 1969, no caso da Plataforma Continental no Mar do Norte, onde a CIJ acabou por propor diversos métodos de delimitação, acabando por legislar, com a finalidade de obter um "resultado razoável". A equidade apresenta o perigo de ser uma noção imprecisa, bem como conduzir à arbitrariedade. Entretanto, ela está mencionada no preâmbulo da Declaração para a instauração de uma nova ordem econômica internacional.

A moderna doutrina tem mostrado acertadamente que os tratados se referem cada vez mais à equidade. Assim ela está na Carta da ONU, ou na convenção da Baía de Montego, que fala em "solução equitativa" na delimitação da plataforma. Os princípios equitativos que estão mencionados nas normas internacionais não transformam a equidade em fonte. O direito positivo e a equidade "se completam mutuamente". É um meio de interpretação (Quoc Dinh).

De qualquer modo, como observa Monique Chemillier-Gendreau, ela permite que os interesses humanos não fiquem sem proteção e no fundo é o reconhecimento de que há uma divisão desigual da riqueza.

1. Lucien Siorat — Le Problème des Lacunes en Droit International, 1958, págs. 323 e segs.; J. P. A. François — l'influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international, *in* l'honneur de Gilbert Gidel, 1961, págs. 275 e segs.; Louis Delbez — Les Principes Généraux du Contentieux International, 1962, págs. 92 e segs.; Max Habicht — Le Pouvoir du juge international de statuer "ex aequo et bono", *in* RdC, 1934, vol. III, t. 49, págs. 281 e segs.; Karl Strupp — Le droit du juge international de statuer selon l'équité, *in* RdC, 1930, vol. III, t. 33, págs. 357 e segs.; Ulrich Scheuner — L'influence du droit interne sur la formation du droit international, *in* RdC, 1939, vol. II, t. 68, págs. 99 e segs.; C. Wilfred Jenks — The Prospects of International Adjudication, 1964, págs. 316 e segs.; V. D. Degan — L'Équité et le Droit International, 1970; Charles de Visscher — De L'Équité dans le Règlement Arbitral ou Judiciaire des Litiges de Droit International Public, 1972; Olivier Pirotte — La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour International de Justice, *in* RGDIP, Janvier-Mars, 1973, n° 1, págs. 92 e segs.; Henri de Page — A Propos du Gouvernement des Juges. L'Équité en face du Droit, 1931; Fernando Pinto — Jurisprudência, Fonte Formal do Direito Brasileiro, 1977; Albert Bleckmann — Analogy in International Law, *in* Law and State, vol. 19, 1979, págs. 57 e segs.; Jean J. A. Salmon — Le Raisonnement par Analogie en Droit International Public, *in* Mélanges Charles Chaumont, 1984, págs. 495 e segs.; Romualdo Bermejo — Place et Rôle de l'Équité dans le Droit International Nouveau, *in* Revue Hellénique de Droit International, 1984, págs. 53 e segs.; Jose Juste Ruiz — La Equidad en Derecho Internacional Publico, Aspectos Actuales, anteproyecto de ponencia, Instituto Hispano Luso-Americano de Derecho Internacional, 1989; Manuel Auzienza Rodriguez — Sobre la Analogia en el Derecho, 1986; Georges Abi-Saab — De la Jurisprudency "in" Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1993, págs. 19 e segs.

1-A. No Brasil, Fernando Pinto considera a jurisprudência como fonte formal do Direito.

1-B. A. Bleckmann sustenta que a analogia cria direito "no sentido pleno da palavra".

2. Bleckmann sustenta que são inexistentes os dois tipos de analogia, porque "a inferência de uma regra particular de outra regra particular só é possível quando há um princípio legal mais alto comum a ambos".

3. Accioly a considera válida apenas na primeira hipótese ou ainda quando a sua utilização for autorizada pelas partes.

4. A equidade não se confunde com a "equity" do direito inglês. Esta é o resultado de uma codificação de princípios depreendidos pelo "chanceler" através da equidade. A "equity" complementa o "common law", e algumas de suas normas são princípios gerais de direito (O. Pirotte).

5. Há quem considere a equidade não como uma fonte do direito, mas a fonte do direito. O legislador não precisa mencioná-la, porque sob o nome de princípios gerais do direito estão os princípios gerais da equidade (Maggiore).

6. Delbez observa com razão que esta classificação não apresenta qualquer valor, uma vez que ao corrigir o direito positivo ela o completa, e vice-versa. Quanto à terceira função, a jurisprudência internacional não a consagra de modo claro em nenhuma das suas decisões.

CAPÍTULO XIV

CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL¹

125 — Noção; 126 — Diferenças entre a codificação no DI e no D. Interno; 127 — Críticas à codificação; 128 — Vantagens da codificação; 129 — Evolução histórica: a codificação doutrinária e a das associações científicas; 130 — A codificação governamental e a Liga das Nações; 131 — A codificação na ONU; 132 — A codificação no continente americano; 133 — Técnica da codificação.

125. A palavra codificação tem no DI um significado diverso do que possui no direito interno. Na nossa matéria, codificar quer dizer transformar normas consuetudinárias em normas convencionais. O que não significa que o costume desapareça, tendo em vista que o tratado nem sempre é aceito por todos os Estados.

O DI foi, na sua origem, um direito eminentemente consuetudinário. Diversas razões, como veremos adiante, conduzem à sua codificação, isto é, à conclusão de tratados internacionais, os denominados tratados-*lei*, sobre assuntos que eram exclusivamente regulamentados pelo costume internacional.

É interessante assinalar, com Quadri, que a codificação pressupõe o "jus non scriptum" (ex.: princípio "pacta sunt servanda").

Charles de Visscher via na codificação a "filosofia da vontade e da ação substituindo a filosofia passiva da evolução histórica".

O trabalho de codificação tem-se manifestado nas mais diferentes organizações. Só mencionaremos a ONU e a OEA, mas não significa isto que ele seja inexistente nas demais organizações. Podemos citar o Conselho da Europa como uma organização regional que tem desenvolvido um intenso trabalho de codificação do DI.

126. A codificação no DI apresenta inúmeras diferenças com a codificação do direito interno.

No direito interno ela é realizada por meio de um processo legislativo. enquanto no DI ela o é por meio de uma convenção.

Do que foi assinalado decorre outra distinção da codificação no âmbito interno e internacional. No primeiro ela é realizada por "via autoritária", isto é, um pequeno grupo de pessoas (Congresso, Poder Executivo) a faz e ela se impõe a todos os habitantes do Estado, independente da vontade destes últimos. Ora, no DI a convenção, isto é, onde se faz a codificação, só é obrigatória para os Estados que a assinarem e ratificarem, ou aderirem a ela. No DI ela só se impõe aos sujeitos de direito (Estados) que com ela concordarem.

Entretanto, se olharmos para os habitantes dos Estados aos quais se dirigem, em última análise, as convenções internacionais, não podemos deixar de reconhecer que a codificação no DI também é feita por "via autoritária".

A própria finalidade da codificação é diversa; no direito interno [Alemanha (1896), Itália (1865), Turquia (1924)] ela foi o "complemento da unidade política" (Visscher); enquanto no DI ela toma aspecto meramente técnico, isto é, terminar com as incertezas do costume. Daí Albert Brimo salientar que a codificação tem também por finalidade permitir que a instituição política coloque a sua mão na formação e aplicação do direito.

As condições em que são realizadas as duas codificações são bem distintas. No D. Interno ela é precedida de um grande trabalho preparatório (jurisprudência abundante, redação de costumes, ordenanças reais). No DI tal fenômeno já não ocorre, uma vez que a jurisprudência internacional é pequena; a doutrina diverge em assuntos fundamentais e a prática internacional não é, na maioria das vezes, uniforme.

Na codificação do D. Interno procura-se reunir todas as normas sobre o assunto.^{1A} No DI a codificação visa apenas os princípios gerais da matéria. Daí certos autores (Visscher, T. Hooft) considerarem que a palavra codificação somente compreende "empreendimentos de grande envergadura" quando ela é aplicada no D. Interno. A codificação no DI tem um campo mais restrito em virtude da sua dificuldade. A prática internacional, não sendo geralmente uniforme, faz com que a codificação não seja uma simples constatação do que já existe, como ocorre em geral ao D. Interno, mas, pelo contrário, os Estados acabam por ter de concordar com o próprio "conteúdo" da norma.

A codificação no DI e no Direito Interno só apresenta em comum a idéia central de toda e qualquer codificação: agrupar sistematicamente as normas jurídicas.

127. A codificação levantou uma série de objeções não apenas no plano interno, mas também no internacional.

No D. Interno a Escola Histórica liderada por Savigny considerava que a codificação era a morte do direito, uma vez que não permitiria a sua

constante adaptação à vida social. Estas críticas foram levadas para o DI por Bulmering (1873).

As principais objeções apresentadas à codificação são as seguintes:

a) um código deveria dar ao juiz "uma solução mecânica", vez que ele conteria "solução para todos os casos possíveis". Ora, isto na prática seria impossível, o que torna a verdadeira codificação uma obra irrealizável.

Esta crítica é inteiramente improcedente, porque no DI jamais se pensou em realizar um código, mas meras convenções internacionais sobre determinados assuntos em que são reduzidos à forma escrita princípios gerais sobre a matéria versada na convenção. No próprio D. Interno os códigos não prevêem tudo e existem partes que acabam por ser desenvolvidas pela jurisprudência;

b) a codificação sendo um "fator de imobilidade", resultaria em grandes dificuldades para o DI, que é ainda dominado pela política em grau mais elevado do que qualquer ramo da ciência jurídica. Ela impediria a imediata transformação do direito e sua adaptação às condições sociais à medida que fossem surgindo. Esta objeção tem certa procedência, principalmente na sociedade internacional, que ainda não se encontra cristalizada, mas, pelo contrário, está atravessando profundas modificações.

Esta crítica pode ser superada se as convenções internacionais, em que o direito internacional é codificado, previrem a sua constante revisão, o que evitaria a imobilidade;

c) a codificação criaria nos intérpretes e nos tribunais uma tendência em sacrificar a finalidade da norma jurídica em favor do seu texto expresso, o que traria graves prejuízos ao DI, que está em contínuas transformações.

Esta objeção carece de valor, uma vez que ela se fundamenta em uma forma de interpretação, a literal, tão criticada atualmente. Na verdade, seja sob a formação escrita ou não, toda e qualquer norma jurídica deve ser interpretada tendo em vista a sua finalidade. Na prática, os tribunais, sejam internos, sejam internacionais, jamais se limitaram a esta forma de interpretação, uma vez que a norma escrita não esgota o direito;

d) a codificação enfraqueceria o DI. Esta tese foi desenvolvida por Pillet ao estudar a codificação do direito de guerra realizada pelas Conferências de Haia (1899 e 1907). As convenções, para este jurista, criam uma solidariedade entre as diversas normas ali codificadas. Tal fato significa que, ao ser violada, por exemplo, determinada norma (um artigo da convenção), faria com que toda a convenção desaparecesse, e em tempo de guerra o normal é que haja alguma violação.

Charles de Visscher assinala existir na crítica acima uma "ilusão de óptica", porque a codificação declarativa,² isto é, a codificação de uma norma costumeira, ao ser violada, os Estados não ficam de mãos livres para agir como bem entenderem. Tal fato não ocorre porque, ao cessar a obrigatoriedade da convenção, os Estados permanecem sujeitos à norma costumeira, que preexiste à convenção. A codificação é aqui um simples

"elemento formal" de uma norma jurídica que já existia anteriormente a ela sob a forma de costume, e que subsiste ao desaparecer a convenção.

128. Tendo sido demonstrado que as críticas à codificação são insubistentes, cabe-nos mostrar as suas vantagens:

a) ela desenvolve o DI ao afastar as divergências que possam existir entre os Estados na interpretação de determinada norma, isto é, ao fazer com que os Estados dêem o seu consentimento. Ela teria a vantagem de reforçar o costume internacional ao torná-lo explícito, em consequência mais claro. A codificação sendo realizada em conferências internacionais, onde os Estados grandes e pequenos estão nivelados pela igualdade jurídica, ela dá a estes últimos uma participação mais efetiva na elaboração da norma internacional, vez que a norma costumeira é formada inúmeras vezes por influência das grandes potências;³

b) o costume só é conhecido dos juristas especializados na matéria, ao contrário das convenções, que são de fácil conhecimento por todos. A codificação seria assim um meio de divulgação do DIP na opinião pública e, em consequência, um estímulo ao seu estudo;

c) ela é um fator de desenvolvimento da justiça internacional, porque cria uma "certeza na aplicação do direito". Não significa isto que a justiça internacional dependa da codificação.⁴ Significa apenas que "a certeza e a clareza do direito" desenvolvem a confiança das partes litigantes;

d) ela traria para o campo jurídico assuntos que estivessem dominados exclusivamente pela política, estimulando assim a solução judiciária;

e) A vantagem do direito escrito é que é facilitada a sua reforma;

f) uma função da norma convencional é estabilizar o efeito da norma costumeira subjacente (Mark E. Villiger).

A codificação tem sido prejudicada pelo grande número de Estados e, em consequência, de sistemas jurídicos, bem como pela divisão do mundo em dois blocos ideológicos.

129. O primeiro autor a propor a codificação do DI foi Jeremias Bentham, que pensava em codificar todo o DI, datando os seus primeiros estudos sobre o assunto do período entre 1786 e 1789.

Em 1795, o Abade Grégoire apresentou à Convenção Francesa o projeto da "Declaração dos Direitos dos Povos", onde estão expostos os princípios que deveriam regulamentar a vida internacional.

No século XIX a codificação doutrinária do DI é apresentada em diversos projetos. O espanhol Esteban de Ferrater (1846-1847) publica "uma exposição sistemática de Direito Internacional Público e Privado redigida em 414 artigos". Afonso von Domin Petrushevecz, austríaco, publica, em 1861, um código de DI. Em 1863, Francis Lieber, por convite de Lincoln, publicou um código das leis da guerra. Em 1868, Bluntschli publicou o "Direito Internacional Codificado". Dudley Field (1872) publicou "Draft outlines of an international code"; Fiore (1889) publica o seu "Diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica". Outros

ainda podem ser mencionados: Aspiazú (1872); Paroldo (1858); Lorenzo Colini (1815).

No século XX, a mesma tendência é encontrada em diversos autores: Epitácio Pessoa (1911); Duplessix (1906); Internoscia (1911); Cosentini (1937), etc.

Esta codificação doutrinária não apresenta maior valor, uma vez que representa simples ponto de vista pessoal dos seus autores. Na verdade, são autores que escolhem a forma de códigos para expor a sua opinião.

As associações científicas muito contribuíram para a codificação do DI. Entre elas podemos mencionar: o Instituto de Direito Internacional (fundado em 1873, na cidade de Gand, por diversos juristas, entre eles Rolin-Jaequemyns); a International Law Association (fundada em 1873, em Bruxelas, com o nome de International Association for the Reform and Codification of the Laws of Nations, passando a ter a denominação que hoje possui a partir de 1895); a União Interparlamentar (1884); o Instituto Americano de DI (fundado em 1912 por iniciativa de Brown Scott e Alvarez), realizou em 1915 a sua primeira sessão, etc. A Universidade de Harvard instituiu em 1927-1928 a Research in International Law, sob a direção de Manley O. Hudson, destinada a preparar projetos de convenção. Pode-se ainda mencionar a American Society of International Law (1906) e o Instituto Hispano-Americano de DI. Estas diferentes associações muito contribuíram para o desenvolvimento do DI com a elaboração dos seus projetos. Por exemplo: as Conferências de Haia muito se utilizaram do "Manual das Leis da Guerra" (1880) do Instituto de DI; a União Interparlamentar contribuiu para o direito arbitral, etc.

130. A codificação não se restringiu ao setor extra-oficial da vida internacional; pelo contrário, desde o início do século XIX os Estados passaram a se interessar pelo assunto. No Congresso de Viena (1815) houve uma regulamentação do direito fluvial internacional e a classificação dos agentes diplomáticos. Em 1856 foi feita uma declaração sobre a guerra marítima. Em Genebra (1864) foi concluída uma convenção sobre os feridos e enfermos na guerra terrestre. Em 1868, em São Petersburgo, foi feita uma declaração proibindo o uso de certas armas na guerra terrestre. Em 1899 e 1907, nas Conferências de Haia, regulamentou-se a guerra terrestre. Na Conferência de Londres (1909) tratou-se da guerra marítima.

Após a 1ª Guerra Mundial foi criada a Liga das Nações, que não possuía um órgão encarregado da codificação do DI. Todavia, o Comitê de Juristas que elaborou o Estatuto da CPJI recomendou que fosse convocada uma conferência que tivesse por finalidade o progresso do DI. Dentro desta orientação, a Assembléia, por uma resolução de 1924, solicitava ao Conselho que convocasse um comitê de técnicos para selecionar os assuntos que estivessem "maduros" para uma codificação. Este comitê, que começou a funcionar em 1925, selecionou em 1927 as seguintes matérias: mar territorial, nacionalidade e responsabilidade dos Estados, que deveriam ser

estudadas na primeira conferência; e para as posteriores selecionou: privilégios e imunidades diplomáticas, cônsules, pirataria e os Estados perante os tribunais estrangeiros. Constituiu-se uma comissão preparatória da Conferência, composta de cinco membros, que preparou as questões a serem submetidas aos governos nacionais, para que eles formulassem a sua opinião sobre os assuntos selecionados.

A Conferência de Codificação se reuniu, em 1930, na cidade de Haia. Esta conferência praticamente fracassou, e somente concluiu uma convenção sobre conflito de leis de nacionalidade. Os assuntos escolhidos ainda estavam dominados por fatores políticos.

131. A Carta da ONU, na letra *a*, inciso I, do art. 13, declara que “a Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações destinadas a incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”. Na prática é extremamente difícil distinguir desenvolvimento progressivo de codificação, porque a própria Comissão de Direito Internacional considera que a codificação não é um simples reflexo do costume existente.

A Assembléia Geral, em 1946, por uma resolução, criou uma “comissão encarregada de estudar os métodos para o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional”, formada por 17 membros da ONU. No seio dessa comissão o representante dos EUA propôs que fosse criada uma comissão que tivesse por finalidade a codificação e o desenvolvimento progressivo do DI, como o melhor meio de a Assembléia Geral realizar esta função que lhe fora dada pela Carta da ONU.

Em 1947, a Assembléia Geral, fundamentando-se no relatório da “Comissão de Métodos”, criou a Comissão de DI.

A Comissão de DI é formada por 34 membros³ eleitos pela Assembléia Geral entre os nomes apresentados pelos Estados membros da ONU. O seu mandato é de cinco anos. A Comissão é um órgão subsidiário da Assembléia Geral. Ela deve se consagrar ao DI e pode, em caráter excepcional, se ocupar do DI Privado. Ela não é um órgão permanente. As suas sessões anuais são em Genebra. As suas sessões têm durado de oito a onze semanas. Os assuntos que ela deverá estudar podem ser propostos pela AG, outros órgãos da ONU, membros da ONU, ou ainda ser de sua própria iniciativa.

Esta Comissão tem trabalhado muito, e diversos dos seus projetos já se tornaram convenções: *a*) os de Direito do Mar (Genebra, 1958); *b*) agentes diplomáticos (Viena, 1961); *c*) cônsules (Viena, 1963); *d*) apatridia (Genebra, 1959, e Nova Iorque, 1961); *e*) tratados (Viena, 1969); *g*) representação dos Estados junto às organizações internacionais de caráter universal (Viena, 1975), etc.

Na Comissão de DI os seus membros devem ser internacionalistas de “reconhecida competência” e representar os principais sistemas jurídicos do mundo. Os seus membros não representam os Estados, mas ali têm

assento em seu nome pessoal, como técnicos de DI. É devido a esta composição que ela tem trabalhado com tanto sucesso. Entretanto, os seus trabalhos muitas vezes não chegam a bom termo, isto é, não são transformados em convenções internacionais, porque eles são submetidos à Assembléia Geral, que é um órgão político.^{3A}

É de se fazer a distinção que existe na Carta da ONU entre codificação e desenvolvimento progressivo do DI. É uma diferença de grau (Yuen Li-liang). A expressão “desenvolvimento progressivo do DI” é mais ampla que a de codificação.⁶ Haverá desenvolvimento progressivo do DI nas convenções que forem concluídas sobre assuntos não regulamentados pelo DI, ou que a prática internacional for incipiente,⁷ enquanto haverá “codificação” nas convenções concluídas sobre assuntos cuja prática internacional já for bastante desenvolvida. Na verdade, a Comissão de DI, ao preparar um projeto de convenção, faz um trabalho de codificação e de desenvolvimento progressivo. É como assinala Visser T. Hooff: existe “inevitavelmente uma justaposição dos dois procedimentos”.

Os projetos de convenção preparados pela Comissão de DI deveriam ser levados à VI Comissão da Assembléia Geral para apreciação. Entretanto, como eles necessitam de ser apreciados por técnicos no assunto, a Assembléia Geral prefere convocar uma conferência para a codificação. A convocação é feita através do Secretariado. Os representantes dos Estados nessas conferências gozam de privilégios e imunidades diplomáticas. A precedência entre eles é dada por ordem alfabética do nome do Estado em língua inglesa. O regulamento interno da conferência e a sua ordem do dia são preparados pelo Secretariado e submetidos à aprovação da Conferência.

A Assembléia Geral criou ainda a Comissão de Direito Comercial Internacional, para a codificação deste ramo da ciência jurídica; é composta atualmente de 36 membros (6 da América Latina, 9 da África, 7 da Ásia, 5 da Europa Socialista e 9 entre os demais países, principalmente da Europa Ocidental). Os seus membros são representantes dos Estados e têm mandato de seis anos. Ela se reunia alternativamente em Nova Iorque e Genebra e atualmente se reúne em Nova Iorque e em Viena. Ela tem se preocupado com diversos assuntos: venda internacional, transportes marítimos, arbitragem, etc.

132. A codificação do DI no continente americano desenvolveu-se com muito maior facilidade do que no resto da sociedade internacional em virtude das mesmas razões que deram causa ao DI americano: a mesma origem (antigas colônias), cultura semelhante, princípios jurídicos fundamentais comuns a todos, os mesmos interesses, etc.

O trabalho de codificação foi realizado através das conferências internacionais americanas. Deste modo, a I Conferência Pan-americana realizou um tratado de arbitragem (1890). A II Conferência (1902), um tratado de arbitragem obrigatória. A III Conferência (1906), uma convenção sobre

Direito Internacional Público e Privado.⁸ A IV Conferência (1910), uma convenção sobre reclamações pecuniárias. A V Conferência (1923), o tratado (Gondra) para evitar ou prevenir conflitos entre os Estados americanos. A VI Conferência (1928) concluiu inúmeras convenções: a) condição dos estrangeiros; b) tratados; c) funcionários diplomáticos; d) agentes consulares; e) asilo; g) deveres e direitos dos Estados nos casos de lutas civis (complementada por um protocolo em 1957); g) sobre a União Pan-americana (esta, convenção internacional); h) convenção sobre neutralidade marítima, etc.

A VII Conferência (1933): a) asilo político; b) direitos e deveres dos Estados. A VIII Conferência (1948): a) Carta da OEA (podemos repetir o que dissemos acima a respeito da Convenção de 1928 sobre a União Pan-americana); b) Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá). A IX Conferência (1954): a) asilo diplomático; b) asilo territorial.

Uma série de outras convenções foi concluída no continente americano: a Convenção Geral de Conciliação e o Tratado Geral de Arbitramento (1929); o Tratado Antibélico de Não-agressão e de Conciliação (Pacto Saavedra Lamas, 1933); o Tratado Interamericano sobre Bons Ofícios e Mediação (1936), etc. Foram ainda realizadas simples declarações de princípios como, por exemplo, na VIII Conferência Pan-americana (1938); Declaração de Princípios de Solidariedade da América e Declaração de Princípios Americanos.

O trabalho de codificação no âmbito da OEA é realizado pela Comissão Jurídica Interamericana.⁹ Ela é composta de onze juristas eleitos pela Assembleia Geral. Estes juristas são eleitos a título pessoal e não como representantes dos Estados. A sua sede é no Rio de Janeiro.

Nos últimos anos o trabalho de codificação praticamente parou em virtude de, entre 1954-1970, não se reunir a Conferência Interamericana por causa de dissensões políticas no nosso continente, até que fosse feita a reforma da OEA.^{9A}

133. A codificação tem sido apresentada pela doutrina (Roussseau) como podendo ser realizada de duas maneiras: a convenção e a declaração.

O método da declaração seria utilizado quando se tratasse do "reconhecimento do direito existente".

O método da convenção seria utilizado quando houvesse "regras novas" sobre a matéria que fosse objeto da codificação.

A prática da declaração foi raramente empregada (Declaração de Paris, 1856) e se encontra atualmente abandonada.¹⁰ O procedimento usado nos dias de hoje é o dos tratados multilaterais, onde normalmente se procura corrigir, criando regras novas, os inconvenientes da prática internacional. Tais tratados deverão abranger o maior número possível de Estados.

Na verdade, esta distinção não tem maior valor" nos dias de hoje, uma vez que ela seria substituída por "codificação" e "desenvolvimento progressivo do DI", sendo ambas realizadas por meio de convenções multilaterais.

NOTAS

1. Ch. de Visscher — La codification du droit international. *in* RdC, 1925, vol. I, t. 6, págs. 329 e segs.; Yuen Li-liang — Le développement et la codification du droit international, *in* RdC, 1948, vol. II, t. 73, págs. 411 e segs.; F.-J. Urrutia — La codification du droit international en Amérique. *in* RdC, 1928, vol. II, t. 22, págs. 83 e segs.; Alejandro Álvarez — Considérations Générales sur la Codification du Droit International Américain. 1927; H. Lauterpacht — Codification and Development of International Law. *in* AJIL, January 1955, vol. 49, n° 1, págs. 16 e segs.; Joseph L. Kunz — La codificazione nel diritto internazionale e la commissione delle N. U. per il diritto internazionale. *in* Comunità Internazionale, Aprile-Luglio 1940, vol. IV, n°s II-III, págs. 277 e segs.; Antônio Sánchez de Bustamante y Sirven — La Commission des Jurisconsultes de Rio de Janeiro et le Droit International, 1928; José Joaquim Caicedo Castilla — La Obra del Comité Jurídico Interamericano, 1966; Porfirio Herrera Baez — El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, 2 vols., 1964; Yves Daudet — Les Conférences des Nations Unies pour la Codification du Droit International, 1968; Charles G. Fenwick — A Organização dos Estados Americanos, 1965, págs. 294 e segs.; Fritz Munch — L'Institut de Droit International; ses débuts comme organe collectif de la doctrine, *in* Estudios de Derecho Internacional — Homenaje a D. Antonio de Luna, 1968, págs. 385 e segs.; Herbert W. Briggs — Reflections on the Codification of International Law by the International Law Commission and by other Agencies, *in* RdC, 1969, vol. I, t. 126, págs. 233 e segs.; René David — La Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international, *in* AFDI, 1970, págs. 453 e segs.; R. P. Dhokalia — The Codification of Public International Law. 1970; Gerald Fitzmaurice — The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law, *in* RdC, 1973, vol. I, t. 138, págs. 203 e segs.; René-Jean Dupuy — La contribution de l'Académie au développement du droit international, *in* RdC, 1973, vol. I, t. 138, págs. 43 e segs.; Romain Yakemtchuk — Les origines de l'Institut de droit international, *in* RGDIP, 1973, n° 2, Avril-Janvier, págs. 373 e segs.; Roberto Ago — La Codification du droit international et les problèmes de sa réalisation, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 93 e segs.; Suzanne Bastid — Observations sur une "étape" dans le développement progressif et la codification des principes du droit international, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 132 e segs.; T. A. Mensah e C. H. Zimmerli — L'Activité Réglementaire de l'OMCI. *in* l'élaboration du droit international public. Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse, 1975, págs. 31 e segs.; Y. Daudet — Techniques de Codification, *in* l'élaboration du droit international public. Société Française pour le Droit International, Colloque de Toulouse, 1975, págs. 149 e segs.; G. E. do Nascimento e Silva — A Codificação do Direito Internacional, *in* BSBDI, janeiro-dezembro 1972/1974, n°s 55/60, págs. 83 e segs.; Renato Ribeiro — Estudo comparativo das atribuições e funções da Comissão Jurídica Interamericana e da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, *in* Cuarto Curso de Derecho Internacional, organizado por El Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 129 e segs.; Wilhelm Karl Geck — The Codification of International Law and State, vol. 17, 1978, págs. 21 e segs.; Krystyna Marek — Reflections on Contemporary Law-Making in International Law, *in* Institut Uni-

versitaire de Hautes Études Internationales (Genebra). Les relations internationales dans un monde en mutation, 1977, págs. 367 e segs.; S. E. Nahlik — La Codification du Droit International dans les Pays du COMECON. *in* Société Française pour le Droit International — Regionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux, 1977, págs. 243 e segs.; Renato Ribeiro — Os Principais Trabalhos Realizados pela Comissão Jurídica Interamericana e sua contribuição para o desenvolvimento do Direito Internacional, *in* Quinto Curso de Derecho Internacional organizado por El Comité Jurídico Interamericano (agosto de 1978), 1979, págs. 279 e segs.; Michel Virally — A Propos de la "Lex Ferenda", *in* Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 519 e segs.; Milan Sahovic — Le Role et les Méthodes de la codification et du Développement Progressif du Droit International, *in* Christian Dominicé e Milan Sahovic — Droit International 2, 1982, págs. 71 e segs.; A. A. Cançado Trindade — The Inter-American Juridical Committee: An overview, *in* The World Today, November 1982, págs. 437 e segs.; Doudou Thiam — Le Role de la Commission du Droit International, dans le Développement Progressif du Droit International, *in* IX Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comité Jurídico Interamericano, 1983, págs. 223 e segs.; Renato Ribeiro — Breve História da Comissão Jurídica Interamericana e de sua Obra, *in* BSBDI, 1987/1989, n°s 69/71, págs. 118 e segs.; Renato Ribeiro — La Contribution du Comité Juridique Interamericain de l'OEA au Développement et à la Codification du Droit International, 1993; Nagendra Singh — The UN and the Development of International Law, *in* United Nations, Divided World, coordenado por Adam Roberts e Benedict Kingsbury, 2ª ed., 1995, págs. 384 e segs.

1-A. Irti observa que no período entre as duas guerras há uma explosão de normas especiais. O Código Civil não é mais o centro onde gravitam as normas especiais. Surge um policentrismo, sendo perdida a unidade do ordenamento jurídico. O Código Civil passa a ter uma função residual, sendo que vários institutos estão fora dele. As leis passaram a ter uma concretude e individualidade que eram próprias do negócio privado. A codificação "imutável" desapareceu (Natalino Irti — L'età della decodificazione, 1979). É de se lembrar que, com o DI da especificidade talvez estejamos caminhando, "mutatis mutandis", não mesmo sentido.

2. Na codificação onde houvesse desenvolvimento do DI este problema teria de ser encarado de outro modo, porque não haveria uma norma costumeira preexistente. Entretanto, neste caso, antes da convenção, não existiria a norma jurídica internacional, e é melhor a existência de normas solidárias do que a ausência de qualquer norma.

3. A convenção não sendo aceita pelos pequenos Estados não se aplica a eles, ao contrário do costume internacional que, sendo geral, torna-se obrigatório para todos.

4. A função judicial no âmbito interno dos Estados se desenvolveu anteriormente à própria redação dos costumes. A constatação deste ato fez com que Polítis observasse ser mais importante para o desenvolvimento do direito a criação do juiz do que a fixidez do direito.

5. Inicialmente ela possuía 15 membros, em 1956 passou a 21 membros e em 1961 passou a 25 membros. Em 1984 passou a ter 34 membros: 8 para a África; 7 para a Ásia; 3 para a Europa do Leste; 6 para a América Latina; 8 para a Europa Ocidental e outros países; alternadamente para a África e Europa do Leste, co-

meçando pela África e alternadamente para a Ásia e América Latina, começando pela Ásia.

5-A. A Comissão de DI adota o seguinte método de trabalho: a) é designado um relator que recebe informações dos governos; b) o relator prepara um projeto; c) o projeto é discutido e aprovado pela Comissão; d) o projeto é submetido à apreciação dos governos; e) levando em consideração as apreciações dos governos, a Comissão elabora o projeto final; f) o projeto final é enviado ao Secretário-Geral da ONU, que por sua vez o envia à Assembléia Geral (Greig).

6. O Instituto Americano de DI já propusera, em 1927, a substituição da palavra codificação pela expressão "desenvolvimento do DI", por se encontrar mais de acordo com os trabalhos que realizava.

7. Segundo alguns autores, as convenções sobre apatridia seriam "desenvolvimento progressivo do DI", uma vez que elas contêm aspectos novos.

8. Esta Convenção criou uma Comissão Internacional de Juristas destinada a preparar um código de DI Público e outro de DI Privado.

9. As origens desta Comissão remontam à Comissão Internacional de Jurisconsultos, criada em 1906, formada de um representante de cada Estado; entretanto ela só veio a se reunir em 1912. Em 1923 a Conferência de Santiago modificou a composição da Comissão para dois representantes para cada Estado. Em 1928, na Conferência de Havana, criou mais órgãos para a codificação: foram três comissões, permanentes: uma de DI Público, com sede no Rio de Janeiro; outra, de DI Privado, com sede em Montevidéu; e uma outra, para legislação comparada e direito uniforme, com sede em Havana. Em 1933 (Montevidéu) criou-se uma Comissão de Peritos (sete membros) para atuar como subcomissão da Comissão Internacional de Jurisconsultos. Em 1938 (Lima) estipulou-se que a Comissão Internacional de Jurisconsultos passava a se chamar Conferência Internacional de Jurisconsultos e seria formada por delegados plenipotenciários, que aprovariam os projetos da Comissão de Peritos. Em 1939 foi criada a Comissão Interamericana de Neutralidade com sete peritos em DI, que em 1942 se transformou na Comissão Jurídica Interamericana (Fenwick).

Finalmente é de se lembrar que antes da reforma da OEA a codificação do DIP era realizada pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos (órgão do Conselho da OEA), que era assessorado pela Comissão Jurídica Interamericana. O Conselho Interamericano de Jurisconsultos se reunia por convocação do Conselho da OEA e sua reunião era realizada na cidade por ele designada na sessão anterior.

9-A. Na África e Ásia podemos mencionar o Asian-African Legal Consultative Committee, criado, como órgão intergovernamental, em 1956.

10. A técnica das declarações foi abandonada, uma vez que atualmente elas não geram obrigações para os Estados contratantes e são um simples enunciado de princípios (Declaração Universal dos Direitos do Homem). Esta é a utilização mais comum da palavra "declaração". Todavia, diante da confusão da prática internacional, algumas convenções receberam o nome de Declaração. É o caso da Declaração de Londres (1909), que estava sujeita à ratificação, sendo uma verdadeira convenção.

11. Na própria prática internacional houve certa confusão: a Declaração de Londres (1909) foi denominada "declaração", apesar de conter regras novas (Rousseau).

CAPÍTULO XV

PESSOAS INTERNACIONAIS¹

134) — Noção de pessoa internacional; ~~135~~ — *Dimensão sociológica, histórica e lógico-jurídica da personalidade internacional*; 136 — *A questão da personalidade internacional através da História*; 137 — *A existência de normas atributivas da personalidade internacional*; 138 — *A personalidade e a capacidade no plano internacional*; 139 — *Classificação*; 140 — *Extinção*.

134. A idéia de sujeito de direito na ciência jurídica é admitida como sendo a seguinte: todo ente que possui direitos e deveres perante determinada ordem jurídica.

Pessoas internacionais são, por conseguinte, "os destinatários das normas jurídicas internacionais".

E de se assinalar que a noção de "pessoa" é uma criação da ordem jurídica, pressupondo deste modo a existência anterior de um ordenamento jurídico.

Ao conceito de pessoa internacional não interessa saber se a determinado ente, ao lhe ser atribuída a personalidade, também lhe é outorgada a capacidade de agir no plano internacional,² ou se ele participa da elaboração das normas internacionais.³ A capacidade de tais entes no DI interessa apenas à sua classificação, mas não para a sua conceituação como pessoa internacional.

Outra teoria para explicar o conceito de pessoa na ordem jurídica internacional é a da responsabilidade. Para Eustathiades é sujeito de direito aquele que se encontra em uma das duas situações: a) "ser titular de um direito e poder fazê-lo valer mediante reclamação internacional"; b) "ser titular de um dever público e ter a capacidade de praticar um delito internacional". O que ambos têm em comum é a responsabilidade. Para Wengler há uma distinção entre o ato antijurídico, ou delito, de um lado,

e a responsabilidade. do outro. Para o internacionalista alemão ato anti-jurídico é o antecedente de uma sanção, enquanto responsabilidade é ser destinatário dela, independente de ter sido ou não o ato antijurídico. Há casos em que não existe identidade entre o autor do ato antijurídico e o destinatário da sanção. Para Wengler é sujeito de direito aquele "que pode ser destinatário de uma sanção internacional". Seguimos a posição de Barberis, de que tiramos o resumo das teorias de Eustathides e Wengler, e que afirma ser sujeito de direito aquele que tem direito ou obrigações perante a ordem jurídica internacional. Ou, ainda, define Barberis sujeito de direito "como aquele cuja conduta está prevista direta e efetivamente pelo direito das gentes como conteúdo de um direito ou de uma obrigação". Assim, para o internacionalista argentino o Estado-membro de uma federação não é sujeito de Direito Internacional se as obrigações por ele contraídas no plano internacional são em última instância assumidas pelo Estado federal, neste caso ele é apenas um órgão de Estado federal.

A pessoa física ou jurídica a quem a ordem internacional atribui direitos e deveres é transformada em pessoa internacional, isto é, sujeito de DI.^{8A}

É necessário esclarecer que a noção de pessoa jurídica tem sido muito criticada alegando-se que se trata de uma ficção. Realmente, é uma ficção, mas traz grandes vantagens à ordem jurídica. Este conceito é constituído em virtude do "princípio da economia", vez que permite à ordem jurídica atribuir direitos e deveres a um único ente.^{8B}

Busco apresenta as seguintes "características essenciais da qualidade de sujeitos de um determinado ordenamento": a) a qualidade de sujeito de direito "não é uma qualidade natural, mas uma qualificação jurídica que é atribuída pelo próprio ordenamento jurídico"; b) a qualificação "é relativa ao ordenamento que lhe dá vida"; c) ela "é atribuída segundo os modos estabelecidos pelo próprio ordenamento".

Finalmente, é de se reproduzir uma observação de Barberis relativa ao D. do Mar de que a "humanidade" não é sujeito de direito, mas o é a autoridade que tem direitos e obrigações.

135. A noção de sujeito de DI tem uma dimensão sociológica, histórica e lógico-jurídica.⁴

A dimensão sociológica significa que a personalidade internacional repousa "no substrato material que oferece a existência de uma das forças sociais realmente influentes e atuantes. O que se deve considerar não é a afirmação apriorística sobre a subjetividade, mas a comprovação histórica que nos ensina quais são os poderes decisórios na vida internacional".

A dimensão histórica é da maior importância, vez que a composição da sociedade internacional não é imutável; pelo contrário, ela tem variado através da evolução histórica. Enfim, os "poderes decisórios na vida internacional" têm variado, de acordo com a época histórica.

A dimensão lógico-jurídica é caracterizada pelo fato de que não pode existir uma ordem jurídica sem destinatários, porque, a norma jurídica, sendo uma regra de conduta, deve se dirigir sempre a um ente. E podemos concluir: "um Direito que não tem sujeitos é uma ordem que não tem finalidade".

— 136. Os sujeitos de DI não têm sido os mesmos através dos tempos. A cada comunidade histórica da vida internacional correspondem diferentes sujeitos de direito.

Em Roma, o "jus gentium" dirigia as suas normas mais ao indivíduo do que ao Estado.

No período medieval, a comunidade política ingressa no plano jurídico internacional de modo definitivo.

A idéia de que o homem e o Estado são pessoas internacionais foi admitida pela maioria dos internacionalistas "clássicos", como ocorreu com Hugo Grotius no "De Jure Belli ac Pacis" (1625).

O Estado foi, entretanto, exercendo um papel monopolizador no mundo jurídico internacional, que acabou por se reduzir, no século XIX, a uma "aristocracia de Estados".

No século XX a sociedade internacional tem sofrido uma profunda transformação. A universalização do mundo jurídico internacional, iniciada no século XIX, chega a seu termo. O domínio reservado dos Estados tem diminuído. O homem volta a ter direitos e deveres perante a ordem internacional. As organizações internacionais entram no campo jurídico como um dos principais e mais atuantes sujeitos de direito.

137. No DI tem havido uma grande disputa doutrinária a respeito de se saber se no ordenamento jurídico internacional existem ou não normas atributivas da personalidade internacional.

Uma corrente (Balladore Pallieri) admite a existência de tais normas que determinariam as pessoas internacionais. Outra (Arangio-Ruiz) nega a existência destas normas; as normas internacionais em concreto têm sempre um destinatário que se torna então pessoa internacional.

A melhor posição parece-nos ser a que admite a existência de normas, gerais que atribuem a personalidade a determinados entes, isto é, todos os entes que preencheram as condições fixadas na norma geral passam a ser sujeitos de direito. Na verdade, os Estados são as forças sociais mais atuantes e as fundadoras do DIP e acabam por elaborar um direito para si mesmos. Outros, entretanto, adquirem a personalidade internacional sem que haja uma norma anterior geral que lhes outorgue tal personalidade. Em sentido contrário ao nosso está Barberis, que defende que o Direito não pode fazer uma norma dizendo que X é sujeito de direito, a não ser que lhe dê direito ou obrigação.

No primeiro caso enunciado acima estariam os Estados, uma vez que toda coletividade, ao preencher determinadas condições fixadas pelas normas internacionais, se transforma em Estado e, portanto, em sujeito de

DI. Na segunda hipótese se encontra o homem, que só adquire a personalidade internacional quando as normas internacionais se dirigem diretamente a ele.

Deste modo, existiria um princípio constitucional no ordenamento jurídico internacional que determinaria quais os entes que, ao preencherem certas condições, se tornariam sujeitos de DI. Estas condições seriam: a) "fins compatíveis" com a sociedade internacional; b) ter uma organização que lhe permita entrar em relações com os demais sujeitos internacionais, bem como ser responsável pelos seus atos (em sentido semelhante: Bosco). A norma atributiva de personalidade pode ser considerada como sendo uma única: a que fixa as condições para uma coletividade ser considerada como Estado. Esta posição seria coerente com a nossa visão, que adotamos por um longo tempo, dando o primado ao Direito. Entretanto, parece-nos, atualmente, que o Estado surge como um fato encarnando o grande poder na sociedade internacional. Não existe qualquer norma preexistente. É o próprio Estado que se legaliza a posteriori. As demais pessoas internacionais foram criadas pelos Estados. Assim surgiram as organizações internacionais, e o próprio homem, que se tornaram destinatários das normas internacionais pelos tratados e convenções concluídos pelos Estados.]

138. No DI penetrou a distinção elaborada no século XIX no direito interno entre: capacidade jurídica e capacidade de agir. A primeira se refere àqueles requisitos que tornam um ente sujeito de DI, isto é, que o transformam em sujeito de direitos e deveres perante a ordem internacional. A capacidade de agir diz respeito à realização de atos válidos no plano jurídico internacional.

Salientam alguns autores (Sereni) que no DI não é admissível uma incapacidade como ocorre no direito interno em relação com a criança, que possuiria uma "incapacidade natural", nem mesmo uma "incapacidade legal" seria admissível na nossa matéria, uma vez que ela é uma decorrência da anterior. Não existiria no DI uma norma geral que regulasse as incapacidades, e mais, só seria dada a personalidade aos entes que possuísem "organização", isto é, àqueles que estivessem aptos a manifestar a sua vontade.

A incapacidade deve ser admitida no DI (Balladore Pallieri). Determinado ente pode possuir personalidade e ser incapaz: é o que ocorre com o homem. Os autores que negam a incapacidade na nossa disciplina não admitem o homem como sujeito de direito. O homem como pessoa internacional independente do Estado não pode agir no plano internacional, a não ser em casos excepcionalíssimos, mas nem por isto ele deixa de ser sujeito de DI. Toda incapacidade é uma criação da lei, mesmo quando ela se baseia em "elementos naturais". Ora, no DI existem Estados (ex.: os protegidos) que possuem "organização", têm direitos e não têm uma capacidade plena. Pode-se acrescentar que o DI, ao dar a subjetividade

internacional ao homem, o faz de modo genérico, abrangendo também as crianças. Nesta hipótese existirá, em certos casos, a pretensa "incapacidade natural".

A doutrina (Aguilar Navarro, Balladore Pallieri) tem salientado que nestes casos pode ocorrer a denominada representação internacional, isto é, "a manifestação de vontade de um sujeito internacional produz efeitos que são imputados a outro sujeito internacional", que é o representado. A representação internacional se distingue dos órgãos do Estado, uma vez que estes últimos (ex.: chefe de Estado) fazem parte integrante da pessoa internacional, enquanto que "a representação implica a atuação de um sujeito diferente". Ela penetrou no DIP através dos princípios gerais de direito.

Ela pode ter origem que não seja em um tratado e ter efeitos "erga omnes", enfim, o seu fundamento estaria nos princípios constitucionais da sociedade internacional. Pode-se dizer que ela é um dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (A. Navarro). A representação ocorreria, por exemplo, no caso do Estado protegido, em que geralmente existe um tratado consagrando-a. Todavia, existe, ao lado desta representação "voluntária", outra que é a "necessária" ou "legal", que é aquela que ocorre em determinados territórios onde existe uma incapacidade de agir (p. ex.: atraso político e cultural), é o que ocorria com o Conselho de Tutela da ONU, encarregado de territórios com incapacidade de agir. A representação internacional surge assim, em inúmeros casos, como uma categoria geral que muitas vezes independe de um acordo entre representante e representado. Os elementos da representação são, segundo Sereni, os seguintes: a) o representante, o representado e os terceiros devem ser sujeitos do DI; b) ela deve ser exercida no campo do DIP; c) o representante tem o poder de agir para o representado, e isto em nome e por conta deste.

O representante tem o direito de escolher os órgãos e meios de ação para agir. Se ele excede os seus poderes, o ato é nulo relativo ou absolutamente, conforme o excesso de poder seja ou não manifesto (Riad Daoudi).

Nenhum sujeito de DI é obrigado a entrar em relação com o representante de um outro sujeito de DI. Entretanto o terceiro é obrigado a aceitar a representação em caso de guerra ou de rompimento de relações diplomáticas e consulares.

139. A classificação das pessoas internacionais não é dos assuntos mais fáceis, tendo em vista a atipicidade que domina a ordem jurídica internacional. Ela só pode ser dada com "base em critérios generalíssimos" (Sereni). A CIJ já observara:

"Os sujeitos de direito, em um sistema jurídico, não são necessariamente idênticos quanto à extensão de seus direitos, e a sua natureza depende das necessidades da comunidade" (Reparação por danos sofridos a serviço das Nações Unidas).

Diversas classificações foram propostas pelos doutrinadores. Alfred Verdross as classifica com base em diversos critérios: a) sujeitos de deveres e sujeitos de direitos; b) sujeitos ativos e sujeitos passivos; c) sujeitos com diferenças na capacidade jurídica e na capacidade de agir; d) sujeitos de DI comum e de DI particular; e) sujeitos de DIP e de DI Privado.

Sereni as divide em: a) territoriais e b) funcionais. As primeiras seriam aquelas em que existe um "poder de império sobre um território e uma população determinada" (ex.: Estados); enquanto as segundas compreenderiam os "destinatários de funções específicas que não implicam o exercício do poder de governo sobre um território e uma população" (ex.: as organizações internacionais).

Na verdade, nenhuma dessas classificações é satisfatória. A de Verdross, que procura atender às diversas particularidades das pessoas internacionais, não facilitaria a nossa exposição, uma vez que existem sujeitos que são ao mesmo tempo possuidores de direitos e deveres (ex.: Estados). Enfim, certas pessoas participariam ao mesmo tempo de mais de um dos critérios propostos. A de Sereni se esquece do homem, que para ele não é pessoa internacional.

A melhor classificação parece-nos ser a de Rousseau: a) coletividades estatais; b) "coletividades interestatais"; c) "coletividades não estatais"; d) o indivíduo. Esta tem a vantagem de ser a mais didática. Todavia, tem o inconveniente de classificar todos os sujeitos de direito, tomando por modelo a figura do Estado, que é a principal pessoa internacional. A própria denominação de coletividades interestatais para as organizações internacionais não leva em consideração o fato de que a personalidade delas é independente da dos Estados-membros. A expressão "coletividades não estatais" tem ao mesmo tempo vantagem e desvantagem: a primeira porque é ampla e nela se enquadrará qualquer pessoa que não entre nas outras categorias, e desvantagem por ser ao mesmo tempo tão ampla que no fundo não diz nada, é um mero rótulo. Adotaremos esta classificação por ser a mais ampla e a mais didática.

140. Os sujeitos internacionais também desaparecem. A sua extinção é um "procedimento de fato", mas que interessa ao DI. [O desaparecimento das pessoas internacionais ocorre quando falta elemento essencial à sua personalidade (ex.: para o Estado a falta do território).⁶]

1. Linneu de Albuquerque Mello — Direito Internacional Público, in Enciclopédia Delta-Larrousse, t. VI, págs. 2.879 e segs.; D. P. O'Connell — La personnalité en droit international, in RGDIP, 1963, n° 1, págs. 5 e segs.; Gaetano Arangio-Ruiz — Gli Enti Soggetti dell'Ordinamento Internazionale, vol. I, 1951; idem — Sulla Dinamica della Base Sociale nel Diritto Internazionale, 1954; Leopoldo Braga — Pessoa Jurídica Internacional, in Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro, vol. 37, págs. 87 e segs.; Angelo Piero Sereni — La représentation en droit international, in RdC, 1948, vol. II, t. 73, e segs.; Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis Consultatif, CIJ, Recueil, 1949, pág. 174; Giorgio Cansacchi — Identité et Continuité des Sujets Internationaux, in RdC, 1970, vol. II, t. 130, págs. 1 e segs.; Celso de A. Mello — Representação (Direito Internacional Público), in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 49, págs. 29 e segs.; Riad Daoudi — La Représentation en Droit International Public, 1980; Riad Daoudi — La Représentation en Droit International Public, in Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 205 e segs.; Michel Troper — La Notion de Personne Juridique, in Réalités du Droit International Contemporain 3, Actes de la cinquième rencontre de Reims, 1981, págs. 3 e segs.; Julio A. Barberis — Les sujetos del derecho internacional actual, 1984.

2. Mandelstam sustenta que pessoa internacional é aquela que tem capacidade de agir na vida internacional. Entretanto, uma criança no direito interno não possui esta capacidade, mas não deixa de ser sujeito de direito e possuindo direitos protegidos.

3. Cavaglieri afirma que só é sujeito de direito aquele que participa da criação das normas jurídicas. Ora, uma criança não o faz no direito interno e não deixa, como vimos acima, de ser sujeito de direito.

3-A. Chaumont declara que prefere não usar a expressão sujeito de direito, porque ela corresponde "ao direito de outrora", quando a situação era clara.

3-B. É de se reproduzir algumas observações de Michel Troper: "a forma jurídica, isto é, a existência de um sistema jurídico estruturado de um ponto de vista estático e dinâmico determina o aparecimento do conceito de sujeito de direito. O sujeito de direito é o produto da organização do poder, que não é outra coisa que a forma jurídica". Acrescenta o jurista francês que a noção de sujeito de direito faz desaparecer a responsabilidade e dissimula as desigualdades.

4. Sobre este item: v. Aguilar Navarro, de quem extraímos as citações.

4-A. A tese que adotamos é passível das seguintes críticas: a) seriam normas sem destinatário, vez que não são anteriores à ordem jurídica internacional; b) seriam normas que não são normas jurídicas (M. Giuliano).

5. Quadri e Sereni só admitem a representação voluntária e não aceitam a legal.

6. É interessante repetir a observação de Cansacchi sobre a continuidade dos sujeitos internacionais: a continuidade baseia-se na persistência do "substrato social" (por ex.: o povo no Estado), que constitui e caracteriza a "pessoa real", justificando sua autonomia na vida internacional.

LIVRO II
PESSOAS INTERNACIONAIS
(Coletividades Estatais)

são os
sujeitos
primários
fundadores

CAPÍTULO XVI 35

ESTADOS. CLASSIFICAÇÃO

141 — O Estado como pessoa internacional; 142 — Classificação dos Estados; 143 — Estado federal; 144 — Confederação de Estados; 145 — Uniões de Estados; 145A — CEI; 146 — A Commonwealth e os Domínios Britânicos; 147 — Os Estados compostos por subordinação ou semi-soberanos: introdução; 148 — Estado vassalo; 149 — Protetorado; 150 — Estados exíguos; 151 — Estados clientes; 152 — Estados satélites; 153 — Estados associados; 154 — Conclusão; 155 — Uma categoria especial: os Estados divididos.

141. ~~Os Estados são os principais sujeitos do DI. Eles são os sujeitos primários e fundadores da sociedade internacional, nas palavras de Aquilino Novaes, "já por sua natureza que surgiram outras pessoas internacionais, como as organizações internacionais.~~

Eles, apesar de (não serem mais os únicos sujeitos de direito da ordem internacional, continuam a ser (os principais e mais amantes) o DI gira em torno de relações internacionais que se desenvolvem exclusivamente.

O Estado sujeito de DI é aquele que reúne três elementos indispensáveis para a sua formação: população (composta de nacionais e estrangeiros); território (ele não precisa ser completamente definido, sendo que a ONU tem admitido Estados com questões de fronteira, por exemplo, Israel) e governo (deve ser efetivo e estável). Todavia, o Estado-pessoa internacional é aquele que possui a soberania.

A Convenção Pan-americana sobre Direitos e Deveres dos Estados (Montevideu, 1933) considera que o Estado-pessoa internacional deve ter os seguintes requisitos: a) população permanente; b) território determinado; c) governo; d) capacidade de entrar em relações com os demais Estados. Verhoeven observa que há uma tendência de o Estado do DIP ser o Estado das Nações Unidas. De acordo com a Convenção de 1948, a ONU é uma comunidade internacional que não reconhece o Estado-pessoa internacional.

O Estado vai surgir da Idade Média. É neste período da História que ele tem as suas raízes, apesar de após a Queda de Roma o poder central ter desaparecido. O feudalismo dá origem a "poderes aristocráticos e Constituições estamentais". Otto Hintze aponta como causa do aparecimento das Constituições feudais "a desproporção entre a magnitude do espaço a ser dominado e os meios de dominação, materiais e psicológicos então disponíveis". O feudalismo, segundo este autor, tem as seguintes características: a) "não consiste em uma descentralização planificada, mas uma integração incompleta...". É um Estado composto. Há uma "união pessoal" sob o rei, cuja pessoa mantém a todos unidos; b) predomina o aspecto "pessoal sobre o institucional no exercício da dominação". A sua origem está "na concepção germânica da dominação como um direito pessoal do dominador, enquanto membro de uma estirpe dotada de qualidades carismáticas hereditárias"; c) estreita ligação entre Estado e Igreja, sem que haja uma fronteira clara e estável entre ambos. Para alguns autores (J. P. Poly e E. Bourmazel — *La Mutation Feodale, X-XII Siècles*, 1980) o feudalismo é "uma etapa essencial no progresso de uma ideologia de deveres do cidadão em relação ao poder (*idéologie du service*), de uma pedagogia da submissão". Ele cria uma "sólida e completa hierarquia política". O feudalismo não é contra o Estado, mas se atingiu o Estado pelo feudalismo.

É na Idade Média que surge o primeiro Estado moderno, com Frederico II da Suábia no reino da Sicília, que cria a primeira monarquia absoluta, durante a primeira metade do século XIII. Entre as suas realizações estão: a) elabora as constituições de Melfi, codificando o Direito; b) cria uma administração; c) inicia a secularização; d) abole os poderes intermediários (nobreza); e) os cargos públicos deixam de ser possuídos a título pessoal, etc.^{2A} No Reino das Duas Sicílias de Frederico II havia uma rede de burocratas que dependiam apenas do soberano. Os funcionários recebiam salários fixos. Os altos funcionários não eram originários das províncias que administravam. A burocracia também geria as finanças. Os médicos, cirurgiões, etc., tinham os seus honorários fixados pelo Estado. A justiça era hierarquizada: corte de justiça suprema, cortes provincianas e juizes. Para Burckardt, Frederico II foi o "primeiro homem moderno que subiu ao trono" (Hagen Schulze). "No meio do século XV o feudalismo exauriu a sua força política" e "é geralmente aceito que após 1300 o feudalismo não desempenhou um papel efetivo no Estado moderno". (Bernard Guenée — *States and Rulers in Later Medieval Europe*, 1985).

Na Inglaterra, Henrique VII e seus sucessores eliminam os exércitos privados. Na França, em 1439, é estabelecido o princípio de que só o rei pode ter exército, bem como arrecadar impostos para este fim (Otto Hintze).

Na Alta Idade Média "o assunto do Estado são assuntos do rei" e "não há um Estado impessoal" (Jeannine Guillet — *Les Clefs du Pouvoir au*

Moyen Age, 1972). Não existe na Idade Média a noção de personalidade do Estado (Fritz Kern — *Derechos del Rey y Derechos del Pueblo*, 1955).

Alguns autores (Gianfranco Poggi) têm visto entre o final do século XII e o começo do século XIV o aparecimento do "standestaat" (comunidade política de estamentos), e que teria permanecido até a passagem para o absolutismo nos séculos XVI e XVII. Os estamentos reuniam-se em assembleias, que incluíam a nobreza, o clero e as cidades. O rei não era visto como um suserano. Este sistema excluía a maioria da população, que era formada pela plebe. As assembleias negociavam o seu consentimento em troca do direito de fiscalizarem as operações tributárias. Em troca os "stande" se encarregavam das operações administrativas sem ônus para o governante. O "standestaat" surgiu por influência das cidades com as suas corporações e direito próprio. As ordens deliberavam, separadamente, sendo cada uma em sua sala.

O "standestaat" mostra a influência das cidades que possuíam uma ação política própria.

Para alguns (J. N. Figgis) o antecessor da teoria do Estado foi Lutero, e a Reforma abriu o caminho para o absolutismo ao defender a passividade e não resistência, bem como ao criticar a propriedade monástica e os direitos feudais. Lutero teria realizado a fusão da religião com a política e quebrou a autoridade do papa e do Império.

Nos séculos XVI e XVII o "Estado" existente na Idade Média vai se transformar no Estado moderno. Provavelmente, desde a guerra dos husitas (século XV) começa a diminuir o papel da cavalaria na guerra, devido ao uso de canhões e armas de fogo portáteis. As despesas que as novas armas impunham exigia uma organização centralizadora para aumentar a arrecadação (H. Heller). A guerra foi uma grande pressão para a "construção da nação". Os fatores militares ou geo-estratégicos auxiliaram na fixação das fronteiras. Por outro lado, exércitos eram recrutados entre a escória da população e mercenários, o que não garantia qualquer lealdade em relação ao Estado. Em sentido contrário está Joseph Strayer, que sustenta que uma das primeiras necessidades para o aparecimento do Estado foi restaurar a paz interna, o que foi feito por meio de estruturas judiciária, policial e financeira, que precederam de muito a organização de uma diplomacia e de um exército. A necessidade de manutenção de grande exército leva a novos impostos. A guerra é um "potente acelerador" do Estado moderno e é como beligerante que o Estado se torna sujeito do DI" (Peter Haggemacher). É criada uma administração.^{2B} A autoridade do Príncipe no Renascimento já é fundada em uma burocracia. Os mais diferentes historiadores fazem coincidir o aparecimento do Estado moderno com o da burocracia. É a opinião de Garcia Pelayo, Schmoller, Weber, Hintze e Sombart. Este último observa que o racionalismo e o intervencionismo são as características do Estado moderno. Diz Sombart que o Estado é uma "empresa de príncipes", ou, ainda, uma "gigantesca empresa

capitalista". que visa o lucro. ● Ou, ainda, como diz Alfred Weber, o Estado foi criado com a missão de "sustentador e educador do capitalismo". É no século XVII que o Estado se afirma.

O Estado surge paralelamente com o desenvolvimento da unidade capitalista de produção, que expropria progressivamente os produtores independentes (Paul Allié). Para Jacob Buckhardt (● Renascimento Italiano, 1973) o Estado surge no Renascimento como "obra de arte" e "aparece com uma criação calculada, voluntária, como uma máquina científica".²⁰ Ou, ainda, como diz Max Weber, "o Estado moderno, de um ponto de vista sociológico, é uma 'empresa' idêntica a uma fábrica: é justamente o que ele tem de historicamente específico". ● capitalismo surgiu: a) para Wallerstein, no século XVI, quando o aumento do preço dos cereais permitiu que o capital fosse acumulado; b) para Weber e Foucault, foi o surgimento de um novo homem ou uma nova racionalidade nos assuntos econômicos e políticos; c) outros sustentam que foi a integração dos mercados nacionais; d) para Marx, foi a emancipação do trabalho forçado da terra (Martin Carney — Estado e Teoria Política, 1986). Para Lublinskaia o calvinismo promoveu o desenvolvimento do capitalismo, colocando os interesses particulares dos comerciantes acima dos interesses da sociedade. Para Sombart os criadores do capitalismo moderno foram os judeus sefardins, que no século XVI fugiram de Lisboa e Sevilha, se dirigindo para Hamburgo e Amsterdã. O "espírito do capitalismo" está na ética judaica do Talmude. Para Sombart o Estado e o capitalismo surgiram de forma autônoma, mas ambos surgiram concomitantemente e têm a mesma raiz intelectual. Hintze sustenta que Estado e capitalismo são as duas faces de uma única evolução histórica.

Para G. R. Elton (A Europa durante a Reforma, 1517-1559; 1982) Lutero atacou os Fuggers e Calvino, vez que era contra o lucro. O capitalismo se desenvolveu na Itália e sul da Alemanha antes dele, Lutero. A doutrina protestante pregava a caridade e não o lucro pessoal. O calvinismo só teria se adaptado ao capitalismo no século XVII.

Para W. Hein o capitalismo no seu início precisou do Estado, mas atualmente necessita da globalização, sem o quê poderão ocorrer consequências catastróficas e seria a tendência a longo termo. Assinala este autor que os conceitos de nação e Estado-nação são produtos de processos históricos, mas serão substituídos por outras formas de organização política. As organizações internacionais dão uma contribuição. Surgiria uma "estatalidade transnacional". Haverá uma coordenação política em nível transnacional.

A importância da língua como instrumento de governo começa a se manifestar. Em 1492, Antonio de Nebriga, ao entregar a primeira gramática da língua espanhola à Rainha Isabel de Castela, declarou: "Senhora, Língua é o instrumento de governo." Francisco I, em 1539, proclamou em um edito que o francês falado em Paris seria a língua de toda a França. Em

1490 William Caxton defendeu uma única forma de inglês por razões comerciais (John Hale — The Civilization of Europe in the Renaissance, 1994). A Academia Francesa foi criada por Richelieu, em 1639, como instrumento de poder uniformizando a língua.

A "teoria do direito divino dos reis" que legitima e fortalece o poder real tem a sua origem na Idade Média, na doutrina católica que usa as palavras de São Paulo de que "todo poder pertence a Deus". Richelieu afirmava que sendo o rei de origem divina ele pode exigir a obediência dos súditos, da igreja nacional e do clero (é a doutrina do galicanismo). ● aspecto sagrado da monarquia contribui para a independência da monarquia. ● rei é um representante de Deus. Em consequência: "a monarquia é uma constituição de ordenação divina; o direito hereditário é irrevogável; os reis são responsáveis apenas perante Deus; a não resistência e a obediência passiva são prescrições divinas" (John Neville Figgis — El Derecho Divino de los Reyes, 1942). A flor-de-lis era símbolo da Virgem Maria, a quem os monarcas franceses tinham especial devoção, daí ter se tornado o símbolo da autoridade real. O direito divino permite à França sair da tutela de Roma no século XVI. A deificação do rei permite a deificação do seu Estado (Liach Greenfeld — Nationalism, 1995).

Sobre a contribuição da burocracia na formação do Estado moderno, é de se recordar que na Alemanha foi cunhada a frase "o Estado é os funcionários". Alguns autores (Randall Collins — Weberian Sociological Theory, 1986) sustentam que o primeiro Estado secular foi o Papado, que em 1050 desenvolveu uma administração secular. No absolutismo a identificação do soberano com o Estado pode ser considerado um progresso, vez que se abandona a política das dinastias para se cuidar do Estado. É de se recordar que absoluto²⁰ vem de "ab legibus solutus", o que significa estar livre do direito, menos do direito divino e natural. O Estado absoluto não era totalitário, vez que a monarquia não tinha meios para estender o seu domínio a todos, bem como não podia anular os privilégios políticos tradicionais (● estreich). ● príncipe, diz este autor, dominava o governo central, mas não havia algo correspondente a nível do poder local. Para Bertrand Badie (Les deux États, 1986) a expressão "Princeps legibus solutus est" é para colocar "em evidência a função legislativa do rei". O Estado absolutista estava sujeito às "leis fundamentais do reino", que foram expostas a partir do século IX e passaram a ser denominadas deste modo a partir de 1575. Elas seriam sete, formando a Constituição costumeira da França: a hereditariedade dinástica, a legitimidade, a indisponibilidade da Coroa, a ortodoxia do monarca, a independência e a superioridade da Coroa a respeito dos poderes senhoriais e feudais, a independência em relação às potências externas. Foi a respeito da sucessão da Coroa que a idéia de leis fundamentais se consolidou, é a partir do século XII que se aceitou a hereditariedade da Coroa, mas respeitando-se duas normas costumeiras: o direito de primogenitura, que já vinha a partir de 1108, quando

fora estabelecido por influência de Yves de Chantres, e que a linhagem ou o caráter dinástico assegurava a legitimidade. A partir de 1306 as filhas são excluídas da sucessão ao trono, e nos séculos XIV e XV consagra-se a masculinidade. O grande teórico das leis fundamentais foi Claude Seyssel, em 1519 (Simone Goyard-Fabre — Philosophie politique XVI-XX siècle, 1987). As leis fundamentais do reino têm uma característica: se o soberano viola uma delas não sofre sanção. Entretanto, o seu sucessor pode anular a violação, por exemplo, a inalienabilidade do domínio. Salienta Klaus Stern (Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana, 1987) que as leis fundamentais surgiram devido a “circunstâncias históricas” e não a um planejamento. O “*legibus solutus*” “servia para libertar o rei dos direitos feudais”. O absolutismo surge na época barroca. O racionalismo da filosofia é levado para a política (século XVII). Em termos políticos ele significa contratualismo (Simone Goyard-Fabre — Jean Bodin et le Droit de la République, 1989). A palavra absolutismo foi utilizada na França em 1797 (outros falam em 1796), na Alemanha e na Inglaterra em 1830, sendo que neste último se usava anteriormente o termo “*autarchy*”. No Digesto é atribuída a Ulpiano a máxima “*princeps legibus solutus est*”. Em 1228, Acursio afirma que o príncipe não se encontra vinculado à lei, mas que se submete a ela por sua própria vontade. Ainda no século XIII Bracton afirma que o rei devia consultar sobre as leis aos seus súditos. A teoria política francesa é que vai dispensar o “*consilium*” dos súditos. Sobre o absolutismo têm havido as mais diferentes interpretações. H. Heller observa que quando nasce o Estado moderno não se pode dizer que ele é um instrumento de classe. Ele se fundamenta em Engels, para quem as classes em luta estavam equilibradas, o que deu ao Estado uma independência perante elas. “*Legibus solutus*” não significava que o rei pudesse com suas leis violar a justiça e a razão, as leis divinas e naturais o que evitava a tirania. Na segunda metade do século XV o rei já se considerava obrigado aos tratados concluídos por seus antecessores. Na verdade alguns papas já haviam reivindicado a “*legibus solutus*”. As leis fundamentais são uma “constituição costumeira”. O Parlamento de Paris garante as liberdades da Igreja da França para evitar a ingerência de Roma. Os próprios parlamentos, “apesar de diminuídos, continuam a representar uma limitação do poder absoluto do monarca”. Os juristas enumeravam os direitos do rei porque ele não tinha todos os direitos. Ele tinha que “respeitar os súditos e seus bens”. Não havia tortura sem processo (François Bluche — Louis XIV, 1986). E mais, acrescenta este historiador que este rei jamais disse “O Estado sou eu”, pelo contrário, em 1679 ele escreveu: “O interesse do Estado deve estar em primeiro lugar”, e ao morrer, em 1715, teria dito: “Eu me vou, mas o Estado permanecerá para sempre.” Podemos reproduzir uma passagem de Emmanuel de Roy Ladurie (O Estado Monárquico. França 1460-1610, 1994): “e se afirma a regra ‘*Principes legibus solutus est*’ (o Príncipe está desobrigado das leis), é menos para submeter os

súditos à arbitrariedade de um só do que para afirmar, na falta de coisa melhor diante do imobilismo dos Parlamentos, o direito do soberano à iniciativa em matéria de Poder Legislativo, tal como o exigem as necessidades cotidianas da mudança social, mesmo moderada”.

Ainda sobre Luís XIV, este acaba por tornar dóceis os nobres, pela concessão de pensões que os obriga a residirem parcialmente em Versailles, o que garante a paz interior (Emmanuel Le Roy Ladurie). Outros afirmam que é uma reação ao imobilismo dos Parlamentos, bem como o direito de ter uma iniciativa em matéria legislativa.

Para outros (Christopher Hill, Erik Molnar) é um sistema de concentração de força para contrabalançar a crise feudal. Outra corrente (Joseph Schumpeter, Braudel) sustenta que no absolutismo a aristocracia tem uma influência determinante, mas o monarca é algo mais que uma simples extensão das necessidades da aristocracia. A monarquia defendia os privilégios da nobreza, mas procurava discipliná-la. Para Perry Anderson (L'État Absolutiste, 2 vols., 1978) o Estado absolutista era “a nova carapaça política de uma nobreza ameaçada”. Eram Estados para sustentar a dominação dos nobres sobre as massas rurais. “A aristocracia sobreviveu graças à proteção do Estado” (Henry Kamen — La sociedad europea [1500-1700], 1986). O absolutismo, segundo este autor, mostra que os europeus desejavam a ordem e a paz. A guerra só pode ser declarada pelos reis. Já para R. Kuhl o absolutismo trabalhou para a burguesia. Ainda outra corrente (Roland Mousnier) afirma que no absolutismo o monarca é uma força autônoma, muitas vezes aliado à burguesia e, outras vezes, servindo de mediador entre ela e a nobreza. Wallerstein afirma que o rei colaborava com a burguesia urbana, mas era igualmente um protetor da nobreza contra os “efeitos corrosivos do sistema capitalista”. Para ele o aparecimento da monarquia absoluta na Europa Ocidental está coordenado “com a emergência de uma economia mundial européia”. Para A. D. Lublinskaya o rei é que elevou a burguesia, dando-lhe monopólios, bem como o controle integral do aparelho judiciário e administrativo régio. Para Falcon o Estado absolutista não era capitalista, mas “funciona, em parte, como se o fosse realmente”. Para este historiador o Estado absolutista era um estado de transição sendo em alguns aspectos feudal (a classe social que domina) e em outros capitalista (unificador do espaço econômico). O aparecimento de um Estado forte é o pré-requisito para o surgimento do nacionalismo, que vai aparecer na burguesia dos séculos XVII e XVIII. O militarismo e a burocratização marcam os séculos XVII e XVIII, contribuindo para a desteologização.

Seguindo a Duchhardt podemos acrescentar ainda, em relação ao absolutismo, que ele visava a) impedir a desintegração territorial e social e garantir a segurança interna e externa; b) excluir e reduzir as autoridades intermediárias semi-autônomas e autônomas; c) fortalecer o exército permanente; d) aumentar a capacidade de contribuir para o fisco dos súditos.

Daí Richet afirmar que "o Absolutismo foi, em parte, filho do imposto": e) criar um aparato fiscal e administrativo. O mesmo historiador alemão salienta que "a monarquia absoluta não pressupunha a eliminação dos estamentos", mas apenas a "paralisação das assembléias estamentais e a limitação dos organismos de administração estamental para integrá-los no regime estatal". O absolutismo monárquico não se instalou na Alemanha devido à oposição dos estamentos.

No período do absolutismo as palavras "coisa pública", "Estado" e "pátria" são utilizadas para chamarem "a atenção para o caráter público da função real" e, em oposição a isto, é que se pode entender a frase de Luís XIV: "O Estado sou eu" (Norbert Elias). Outros historiadores afirmam que tal frase nunca foi dita.

"Onde o Estado faz o seu aparecimento na História ele é primeiramente sob a forma de uma concentração de poder de combate" (Gerhard Ritter — *The Sword and the Scepter. The Problem of Militarism in Germany*, vol. 1, 1969, página 7). Para Treitschke: "o conceito de Estado implica o de guerra, a essência do Estado é o Poder. O Estado é o Povo organizado em um Poder Soberano". É preciso repetir com Otto Hintze que a formação do Estado se encontra relacionada com o mundo internacional, vez que ela está condicionada pelos "vizinhos e predecessores". O aparecimento do Estado prussiano é devido à ameaça militar de Estados estrangeiros. Para H. Heller o Estado moderno surge quando o poder é unificado e não mais dividido entre Igreja, corporações e senhores feudais.

A criação do Estado moderno vai desenvolver a idéia da "razão de Estado" por uma série de autores, a partir de Maquiavel. A expressão "razão de Estado" não é encontrada em Maquiavel, mas é usada por Guicciardini ("regione e uso delgi Stati") em uma obra que não foi publicada. Ela é usada por Giovanni Della Casa e finalmente é utilizada por Botero em "Della Region di Stato", em 1589. O Estado é visto por Botero como possuindo uma população, recursos naturais, forças armadas, etc. E governar visa manter a paz civil, a segurança e a felicidade dos súditos. Charles MacIlvain diz que a doutrina do direito divino dos reis torna possível a razão de Estado. O seu verdadeiro iniciador foi Giovanni Botero, que afirmava que a razão de Estado pressupunha o príncipe e o Estado, sendo aquele como "artífice" e este como "matéria" (Manuel García-Pelayo — *Los mitos políticos*, 1981). Ela se desenvolve no final do século XVI e no século XVII, quando foi estudada por vários juristas italianos: Botero, Paruto, etc. A "razão de Estado é a máxima do trabalhador político, a lei motora do Estado... a razão de Estado diz ao político o que tem de fazer, a fim de manter o Estado são e robusto" (Friedrich Meinecke). Ou, ainda, como diz N. Bobbio, o Estado tem razões desconhecidas pelo indivíduo, sendo que a moral do Estado (isto é, dos que têm o poder) é diferente da moral dos outros indivíduos. Razão de Estado e capitalismo estão "sociologicamente intimamente unidos", isto é, "razão de Estado e razão de

economia têm a mesma raiz". Não foi o calvinismo que deu origem à razão de Estado. Ele apenas "promoveu e reforçou" o capitalismo, e este promoveu a razão de Estado. No livro clássico de Meinecke surgem dois entendimentos da razão de Estado: a) no Ocidente ela significa o predomínio dos interesses do Estado, mas estes são independentes do código moral cristão e do direito natural; b) na interpretação alemã não existe conflito entre razão de Estado e os aspectos éticos, porque ela "pertence a um vasto processo da História, que por sua vez é interpretado como uma obra da razão divina". (Estas observações são de Otto Hintze.) "A razão do Estado, atualmente, designa o imperativo em nome do qual o poder se permite violar o direito em nome do interesse público (Michel Senellart — *Machiavélisme et raison d'État*, 1989).

Para Max Weber o Estado moderno se caracteriza por ser: a) uma ordem administrativa e jurídica; b) um aparato administrativo que é regulamentado por uma legislação; c) autoridade legal sobre as pessoas e atos praticados no seu território; d) legitimidade para o uso da força. O Estado para Weber é uma criação histórica do espírito europeu, preocupado com a racionalização da vida. O primeiro grande efeito da racionalização do Estado, segundo Carl Schmitt, foi a "desteologização" da política, o que leva ao término das guerras civis religiosas, bem como acabam os partidos confessionais supra-estatais, e a guerra se humaniza, deixando o inimigo de ser um criminoso que deva ser aniquilado. Assinala ainda o jurista alemão que a personalidade do Estado soberano só se impõe a partir da Paz de Vestefália.

Os mais diferentes doutrinadores têm assinalado que ele não existe na realidade. É uma criação do direito que o trata como sujeito de direito, isto é, uma pessoa jurídica. ~~Não é mais um instrumento de dominação. Ele representa os interesses das classes dominantes.~~ O direito, seja ele qual for, procura mascarar esta realidade. Assim os juristas definem o Estado pelos seus elementos formais, afirmando que ele é uma comunidade estabelecida em um território com um governo. O Estado teria ainda a soberania. Já os cientistas políticos se aproximam mais da realidade, ao defini-lo como uma "organização burocrática constituída por uma elite política representante do bloco histórico^{2f} que detém o poder político, por um corpo de funcionários e por uma força pública, que dispõe do monopólio da violência sobre determinada população em determinado território" (Bresser Pereira). ^{2f} território e a população nesta definição deixam de ser elementos constitutivos do Estado, mas objetos da soberania.

O Estado não é um fim, mas um campo de luta e desaparecerá (Henri Lefebvre).

Apenas a título de ilustração podemos fornecer alguns dados sobre a concepção de Hegel. Para ele o Estado é "a realidade em ato da idéia moral objetiva". Ele é o "fim universal em si e por si, a realidade absoluta, o racional completo em si e por si". O Estado tende a realizar os interesses

particulares do indivíduo e, por conseguinte, “a manutenção dos interesses particulares”. Segundo Luciano Gruppi (Tudo começou com Maquiavel, 1980), podemos reunir as diferentes concepções marxistas. Para Marx é a sociedade civil como “o conjunto das relações econômicas” que vai explicar o aparecimento do Estado e suas leis. A sociedade civil está em um Estado que garante as relações econômicas. O Estado é uma parte essencial das relações econômicas. Para Engels: “o Estado é o produto de uma sociedade que chegou em um determinado nível de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se envolveu numa contradição insolúvel consigo mesma, de que ela está dividida por antagonismos irreconciliáveis, sendo incapaz de eliminá-los”. O Estado é, assim, a expressão da dominação de uma classe, e a necessidade de que a luta de classes seja regulamentada a fim de não se tornar “destrutiva”. Ele é um “momento de mediação”.^{2F} Para Lênin todo Estado é uma ditadura de classe. Para Gramsci a sociedade civil e o Estado estão fundidos. Ao ser conquistada a hegemonia na sociedade civil, é conquistada a ditadura do proletariado no Estado. Pode ser acrescentada uma observação de Florestan Fernandes (A Ditadura em Questão, 1982): “Não se pode dissociar o Estado, o governo e a sociedade. Se isso fosse feito, não se poderia entender as origens, os limites e as funções do Estado, e como este, enfim, é determinado socialmente e se transforma historicamente, e como o governo surge e cresce como uma forma política destinada a reproduzir, a defender e a impulsionar a evolução progressiva (ou regressiva) de certo tipo de Estado.” Acrescenta este cientista social que “desde seu aparecimento o conceito da sociedade civil é equivalente ao de sociedade burguesa”. Ele surgiu para ser aplicado à sociedade burguesa.

Atualmente o estado sofre o ataque do processo de internacionalização e também de das “identidades culturais” que conduz a sua fragmentação.

A nossa intenção ao fornecer elementos sobre estas diferentes concepções é procurar dar ao estudante do DIP uma visão que não seja abstrata do Estado.

A soberania tem sido um dos assuntos mais estudados pela Teoria Geral do Estado e pelos tratadistas do DI, e continua a ser uma das noções “mais obscuras e mais discutidas” (Bigne de Villeuneuve).

A sua origem pode ser fixada no período medieval,³ em torno do século XIII,⁴ quando tiveram início as lutas entre os senhores feudais e a realeza, os reis e o imperador, e este com o Papado. É da Idade Média que data a fórmula “*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*”, que significava: *a*) não reconhecerem os denominados “reis livres” qualquer superior; *b*) cada um deles (reis livres) possuía uma jurisdição plena (que tinha sido do imperador) no seu reino.^{4A} Ou ainda a fórmula de Huguccio de Pisa, em 1190: “*rex in regno suo dicitur imperator*”.

Em 1303, o jurista Guillaume de Nogaret já havia proclamado que “o rei de França é imperador no seu reino”. A soberania surge porque os órgãos do Estado precisavam assegurar a tranquilidade política e se proteger contra os inimigos externos.

A noção de soberania⁵ é eminentemente histórica, no sentido de que a sua interpretação tem variado no tempo e o espaço. Ela se desenvolveu, na doutrina, originariamente na França. Jean Bodin foi quem a formulou pela primeira vez em termos modernos⁶ na sua obra “Os Seis Livros da República” (1576), que é encarada como o “poder absoluto e perpétuo”, mas que teria acima de si o direito natural e o direito das gentes. Bodin, com a teoria da soberania, procura “uma fórmula de paz em uma época atormentada pela guerra civil”; ele estabelece o primado do poder civil sobre o poder eclesiástico (Harold J. Laski — El liberalismo europeo, 1953). Afirma Raymond Polin que a noção de soberania se desenvolve entre 1550 e 1650 na França e na Inglaterra, diante das desordens das guerras de religião e pela ressurgência do regime feudal. Os grandes senhores têm os seus poderes reativados pelas dimensões religiosas. A noção de soberania visa restabelecer a paz pública. Escreve R. Polin: “o conceito de soberania foi formado após o século XVII, para permitir à cultura ocidental resolver o problema da instituição de uma autoridade ao mesmo tempo legítima, portanto consentida, e eficaz, e uma comunidade política reunindo um grande número de homens vivendo em comum em um território nacional.

Na doutrina do DI a soberania absoluta tem as suas raízes na obra de Emer de Vattel. Esta concepção foi desenvolvida acima de tudo pelos doutrinadores alemães do século XIX influenciados pelo hegelianismo.

Atualmente, a soberania não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependendo da ordem jurídica internacional.⁶ Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o DI qualquer outra coletividade de permeio. É, assim, sujeito de DI com capacidade plena o Estado que tem a “competência da competência” na linguagem dos autores alemães.

De qualquer modo a soberania estabelece em favor do Estado uma “presunção” de competência, o que lhe dá exclusividade de competência no seu território (J. Tôuscoz).

Diversos doutrinadores têm proposto o abandono da palavra soberania (Rousseau), uma vez que o poder do Estado não é mais absoluto e que deveria ser utilizada a de “independência”.⁷ Todavia, a palavra soberania continua a ser empregada no seu sentido moderno, isto é, relativo. Ela tem a vantagem de designar o mais alto poder, estando aí talvez a maior razão para a sua manutenção.

Podemos concluir, com Rousseau, que Estado soberano (o jurista francês usa a palavra independência) é aquele que tem: exclusividade, autonomia e

plenitude de competências. Sendo que todas as noções devem ser interpretadas dentro do quadro geral do DI. A própria noção de "domínio reservado" ou "jurisdição doméstica", âmbito em que o Estado exerce a sua soberania de modo mais absoluto, são noções fixadas pelo DI.

A soberania ou independência é muitas vezes difícil de ser determinada e, na prática deve ser feita uma análise em cada caso.

A soberania é a única defesa que o Estado fraco possui em relação ao forte no plano jurídico internacional. Esta noção vai assumir uma conotação revolucionária ao desenvolver novas contradições na sociedade internacional. É ela que vai dar origem aos princípios de não-agressão e não-intervenção. Ela vai ser uma exigência dos povos coloniais (Francine Demichel).

Desçamos agora fazer uma ligeira análise dos três elementos do Estado: população, território e governo, bem como do "aniquilamento" da noção de soberania. Na verdade, ninguém sabe o que é soberania (Cynthia Weber).

Tem sido dividida em nacionais e estrangeiros, sendo que os primeiros possuem os direitos políticos, bem como se encontram sujeitos ao serviço militar. Direitos e deveres estes que, via de regra, não são dados aos estrangeiros. O ideal de todo Estado é que sua população se torne uma nação. É o Estado que cria a nação. A nação é "a figura idealizada do mercado econômico". Ela cria um mercado, daí a burguesia reivindicar a existência de uma nação (Michel Miaille). A doutrina do nacionalismo data da Revolução Francesa, mas as nações são anteriores a ela. Entretanto, a doutrina serviu para justificar a criação de "movimentos nacionalistas visando a criação de Estados soberanos" (Hugh Seton-Watson) ● aspecto quantitativo da população é irrelevante para o DIP, apesar de no campo da política internacional o número de habitantes poder se constituir em um elemento que fortaleça o poder do Estado. ● outro aspecto que pode ser ainda mencionado é o que denominaríamos de "nível" ou "qualidade" dos habitantes, isto é, se existem dentro da população pessoas com nível cultural suficiente para assegurarem os serviços essenciais do Estado. Quando isto não ocorre, o Estado acaba por aumentar ainda mais o seu grau de dependência em relação a outras potências. Atualmente é impossível a um Estado "sobreviver" por longo espaço de tempo sem conseguir assegurar um mínimo de serviços em funcionamento, tendo em vista a interdependência, que cada vez mais se acentua no plano internacional, bem como a intensificação das comunicações, que conduzem os habitantes a uma constante comparação com os Estados estrangeiros.

território é uma característica do Estado moderno, que tem sido qualificado pelos autores como Estado territorial. Parece que Klüber foi o primeiro autor, no século XIX, a considerar o território como característica do Estado, que ele define como "uma associação de cidadãos constituída em um território" (Mario de la Cueva). ● livro de

Klüber foi publicado em 1817 e se intitulava "Direito Público da Confederação Alemã". Entretanto, desde o século XVI o território é "um dos fundamentos essenciais do Estado". Ele apresenta um critério de organização da vida internacional, vez que a jurisdição é predominantemente, não exclusivamente, territorial. A alteração do território acaba por atingir ao Estado, pelo menos politicamente, sem que isto venha a afetar a sua continuidade, isto é, a sua personalidade no plano internacional. Só se considera que o território do Estado não é um elemento suficiente quando há dúvidas "sérias" (R. Higgins). Para ser Estado é suficiente que tenha um território "efetivamente governado".

● território estatal não se limita ao domínio terrestre, mas se estende ao espaço aéreo e determinados espaços marítimos (águas interiores e mar territorial). ● Os autores têm apontado o território como sendo o elemento característico do Estado, vez que é o elemento que o distingue das demais corporações. ● Estado seria a "corporação territorial".

● tamanho e a qualidade do território são irrelevantes para o DIP, apesar de apresentarem grande importância no campo da política internacional fatores como: localização estratégica, recursos, etc. que não aumentam ou diminuem a sua dependência externa.

● governo é o terceiro elemento do Estado. ● poder político é a característica essencial do Estado. ● DIP não impõe uma forma de governo para os Estados. A organização política é uma decorrência da soberania do Estado e assegurada pela ordem jurídica internacional. Quando os textos do DIP, como a Carta da OEA, estabelecem como forma de regime a democracia representativa, isto é feito a título programático ou de ideal, sem que isso implique em uma obrigação jurídica, apesar de consagrada em tratado. A consagração é imprecisa e não obriga a implementação do Estado em questão.

● DIP não tem qualquer predileção por uma determinada forma de governo, e quando ela surge consagrada em texto internacional, por exemplo na OEA, isto é uma decorrência de imposição de uma grande potência da região (no caso, EUA), que tenta exportar o seu regime em uma missão messiânica, sem levar em consideração as diferenças existentes entre o Estado exportador e aquele que se pretende venha a ser o importador. No tratado institutivo do Conselho da Europa a democracia é consagrada. Um governo deve ter efetividade como veremos no capítulo de reconhecimento de Estado. Contudo, vários Estados não tinham governo com efetividade quando ingressaram na ONU: Congo, Ruanda, Burundi e Guiné Bissau. No entanto, é preciso sempre um grau de efetividade, e por falta desta é que não se reconhece a República Saaraui. ● enfraquecimento da efetividade governamental está criando pseudo-Estados, sendo que alguns deles têm áreas que de fato não controlam e que estão dominados por "movimentos produtores de violência". A independência é

formal e eles são quase-Estados, daí Verhoveen denominá-los de "Estados das Nações Unidas". (Jean Denis Moutors).

A assistência externa tem sido um dos mais poderosos instrumentos para o desenvolvimento do imperialismo. De acordo com a teoria de P. Paone, a ponto de P. Paone dizer que ela "é a figura metafórica, não uma realidade". Algumas observações podem ser formuladas sobre a assistência externa. Vários países, e podemos citar os da América, como Brasil, Argentina, Chile e México, já chegaram ao estágio, sob a forma de juros, empréstimos de fundos, mais do que eles receberiam como assistência externa, em investimentos estrangeiros. A dependência econômica acarretando, com consequência, a dependência política acaba por criar para estes Estados um status semelhante ao do "Estado cliente". A assistência externa, apesar de sua denominação, não é uma doação (esta é rara), mas, pelo contrário, se apresenta cheia de ônus para os que a recebem. Impedem, por exemplo, a reforma agrária, o desenvolvimento da agricultura quando ela se reveste da forma de distribuição de alimentos, vez que o Estado não sente necessidade destas medidas. É verdade que neste caso "ela impede que pessoas venham a morrer de fome". Por outro lado, a assistência educacional é dada sem se levar em consideração as necessidades reais do Estado que a recebe. A nova forma do imperialismo é a cultural, isto é, realizada através das universidades, principalmente norte-americanas.

A assistência externa tem sido um dos principais instrumentos das potências para a realização de seus interesses. Os países em desenvolvimento têm necessidade de assistência externa para o desenvolvimento econômico e social. Os benefícios existentes são no sentido econômico. A assistência externa na sua forma mais comum é a da "tied aid", que segundo alguns autores tem feito com que ela tenha o seu valor reduzido em 25%, porque as empresas no país que fornece a assistência acabam por se beneficiar de um preço quase que de monopólio. Ela é cada vez mais "tied aid".

A década de 1960 tem sido considerada o auge da ajuda internacional. Theotônio dos Santos apresenta para ela as seguintes finalidades: a) financiar investimentos americanos; b) financiar venda de máquinas a preços mais elevados do que os do mercado internacional; c) submeter politicamente os países; d) permitir aos países subdesenvolvidos participarem do comércio internacional, etc.

Ela jamais é dada como benemerência internacional, mesmo no caso de alimentos, ela visa fazer com que os EUA economizem as despesas de estocagem. Durante a guerra fria a assistência era dada com o fim político de se deter o avanço do comunismo. Atualmente, parece-nos que a sua verdadeira finalidade é de ser um "instrumento de política externa". Ela acaba sempre, como tem sido observado, por be-

neficiar a classe privilegiada no Estado que a recebe e evita a necessidade que os países em desenvolvimento possuem de diminuir o consumo de bens de luxo. O investimento estrangeiro, na sua primeira fase, reforça o setor privado. O norte-americano Averell Harriman declarou com razão que "a ajuda aos países subdesenvolvidos era um excelente meio de permitir aos países pobres auxiliarem os países ricos".

Os países em desenvolvimento têm lutado para a multilateralização da assistência externa, vez que esta sofrerá menor pressão dos "fornecedores" e não a submeterá a questões de política interna do Estado que a fornece. Evita ainda que haja a duplicidade de estudos por "emprestadores" eventuais. Entretanto, em nada adiantará a multilateralização através de uma organização regional dominada por uma grande potência. Contudo, praticamente nada se conseguiu devido à oposição dos países ricos, e ela continua sendo bilateral, com todos os seus inconvenientes. Os créditos para assistência se estabilizaram, e se for levada em consideração a riqueza crescente dos desenvolvidos, pode-se dizer que eles diminuiram. Os EUA têm feito imensos donativos para os países ricos (Europa), o que eles já não fazem em relação aos subdesenvolvidos. Uma crítica que tem sido dirigida à assistência externa pelos países pobres é a de que ela é imprevisível.

Ela, apesar de todos os seus inconvenientes, continua a ser bem recebida pelos governos dos países em desenvolvimento devido à "escassez de poupança" nestes países, bem como devido ao papel psicológico que tem o ingresso de capitais e de know how, permitindo aos governos fazerem uma "política audaciosa".

A assistência externa para auxiliar os subdesenvolvidos de modo real deverá ser dada em condições bastante favoráveis, caso contrário ela se transforma em um simples financiamento. O país que mais concede assistência externa atualmente é os EUA, e o que fornece em melhores condições é a China comunista.

Segundo Packenham, houve três doutrinas para fundamentar os programas de assistência técnica e econômica entre 1947 e 1968: a) a assistência técnica e econômica contribuiria para o desenvolvimento econômico e este para o desenvolvimento político; b) uma doutrina de segurança ligada à guerra fria significava que o principal objetivo da assistência era promover estabilidade política e obter alianças para os EUA e impedir o aparecimento de regimes comunistas; c) a menos influente é que a assistência deveria contribuir para o fortalecimento de regimes políticos liberal-democráticos. Surgiu na Administração Kennedy. Entretanto, é em 1961 que os militares latino-americanos começam a ser preparados para assumir os governos latino-americanos. É de se recordar que em 1964 surgiu a denominada Doutrina Mann, a partir da qual os EUA não mais "puniriam" regimes militares por derrubarem governos democráticos. Talvez se possa acrescentar que durante a Administração Carter os EUA procuraram ligar a assistência ao respeito dos direitos do homem.

A assistência militar dos EUA é que vai propiciar o aparecimento de uma série de governos autoritários na América Latina. A primeira relação de natureza militar entre Brasil e EUA ocorreu durante a 1ª Guerra Mundial, quando foram feitas operações conjuntas contra os submarinos alemães no Atlântico Sul. É instalada no Rio de Janeiro a primeira missão militar dos EUA na América do Sul. Em certo período os EUA (1965-1966) se recusam a vender material militar para a guerra convencional, vendendo apenas material para a guerra contra a subversão. Em 1968 é que o Foreign Assistance Act autoriza vender armas para a guerra convencional. Entretanto, é preciso lembrar que os EUA, ao venderem armas, passaram a enviar conselheiros militares, que passam, a partir de 1967, a se preocupar com a guerra revolucionária. Tal guerra é eminentemente política, o que levou os militares latino-americanos a se interessarem pela política de seu país; este interesse foi dirigido pelos "instrutores americanos" (J. Comblin). Salieta este autor que no momento em que a guerrilha deixou de ser uma ameaça na América Latina, a doutrina de segurança nacional exportada pelos EUA passa a ser utilizada para combater o nacionalismo. No Brasil o primeiro a usar a expressão "segurança nacional" foi o General Góes Monteiro. ● Outros (Alain Rouquié) consideram que no primeiro número de "A Defesa Nacional" (1913) publicado por oficiais já se fala que o Exército tem por função atuar nas "perturbações internas". É de se recordar que o Relatório Rockefeller (1969) mandava apoiar os regimes militares que estabelecessem o "controle militar para uma finalidade social" e que desejasse a "volta à normalidade institucional", enquanto mandava desconfiar do regime militar que estivesse decidido a uma "mudança rápida", porque estes acabariam sendo "estatizantes" e anti-EUA. É que em 1968 governos militares voltavam-se contra os EUA. Este Relatório recomendava que se destinasse maiores verbas para as forças de segurança latino-americanas e se "fortalecesse os programas de treinamento do pessoal policial e militar em táticas contra-subversivas — nos EUA e nos centros de treinamento no Panamá" (H. Veneroni). A dependência da América Latina aos EUA se estende igualmente às Forças Armadas, sendo que em 1975 já haviam passado pelas escolas norte-americanas 71.651 militares latino-americanos (J. Comblin). Pode-se recordar que foram concluídos vários pactos de assistência militar entre os países da América Latina com os EUA (p. ex.: Argentina, em 1964). A doutrina da segurança nacional não distingue entre inimigos internos e externos (Peter Lock), transformando os militares em "exércitos de ocupação estrangeira" (Leopoldo Zea). A doutrina da segurança nacional surgiu após a 2ª Guerra Mundial, do medo à guerra, revolução, armas nucleares, etc. ● estado de segurança nacional são os meios pelos quais os grupos dominantes na sociedade americana organizam a taxaço, o poder burocrático, técnico e militar para sustentar o sistema imperial dos EUA" (M. G. Raskin). Esta doutrina parte da idéia de que um Estado democrático não é capaz de se defender

democraticamente da subversão (Jorge Tapia Valdes). Este mesmo autor salienta que ela ignora o comunismo nacional, as crises do bloco comunista, bem como identifica comunismo com política exterior soviética. No fundo é como diz Daniel Yergin: a segurança nacional é "a state of mind". No Chile ela reavivou os velhos princípios da geopolítica, sendo que para Pinochet não há distinção entre a guerra e a paz, porque a "guerra moral" contra o marxismo devia ser permanente.

~~As palavras "ajuda" ou "assistência" utilizadas em muitos documentos oficiais e foram substituídas pelas palavras "cooperação" para respeitar a igualdade dos Estados. A assistência dada atualmente por organismos internacionais: ONU, BID, AID, etc.~~

Parece-nos que deverá penetrar no Direito Internacional Público a noção de dependência⁹⁰ desenvolvida por Fernando Henrique Cardoso e outros. Esta noção de dependência é a nosso ver da maior relevância e não pode ser ignorada pelo DIP, principalmente pelos internacionalistas latino-americanos e de outras regiões subdesenvolvidas, tendo em vista que a América Latina é "histórica e constitutivamente" dependente, sendo que a sua independência já foi auxiliada pela Grã-Bretanha. Podemos adotar a noção de dependência dada por Lafer e Pena como sendo as "vinculações assimétricas de um país com o seu contexto internacional, que limitam em maior ou menor grau sua capacidade ou vontade para controlar efeitos internos de fatores externos e sua capacidade ou vontade para exercer influência real sobre o seu contexto externo". É a dependência, no fundo, a subordinação da economia de um Estado para se desenvolver a economia de outro. Lênin formulou o conceito de dependência "como uma forma de articulação entre duas partes de um mesmo modo de produção e sobre a subordinação de um modo de produção a outro". Theotonio dos Santos a define como "uma situação econômica, social e política, na qual certas sociedades têm a sua estrutura condicionada pelas necessidades, ações e interesses de outras nações, que exercem sobre elas uma dominação". A dependência acaba por se consagrar através dos interesses comuns existentes entre os grupos sociais dirigentes do dominante e do dependente. Em consequência, a dependência acaba por ser consagrada pelo próprio Estado. Um instrumento típico da dependência atualmente é através das empresas multinacionais com as suas subsidiárias, que desenvolvem nos Estados subdesenvolvidos uma "elite" completamente ligada aos interesses da matriz. A dependência acaba por se manifestar nos mais diferentes setores de atividade, por exemplo, a criação de cursos de advocacia de empresa, sem que surjam cursos de direito do Estado, etc.⁹¹

Norbert Lechner (Da Crise del Estado en América Latina, 1977) observa que a teoria da dependência tem em comum com as teorias do pós-guerra o subdesenvolvimento, mas que é diferente das teorias da "modernização" e da "mudança social", porque não se limita a dizer que há um atraso nos países subdesenvolvidos. ● subdesenvolvimento é visto

"como um momento intrínseco do desenvolvimento do capitalismo mundial". ~~● desenvolvimento e subdesenvolvimento capitalista formam um todo, estruturado como processo de dominação~~. A dependência não é uma relação entre Estados, mas se fundamenta na "estrutura de classes". Ou, ainda, a teoria da dependência proporcionou "uma análise de como o imperialismo afeta as estruturas sociais".

Seguindo o excelente trabalho de Herbert José de Souza (América Latina: A Internacionalização do capital e o Estado na obra de autores contemporâneos, in Luís Maira e outros — América Latina. Novas Estratégias de Dominação, 1980, págs. 57 e segs.), pode-se dizer que a ~~teoria da dependência tem sido interpretada de três maneiras: a) "como expansão do setor privado em direção ao monopólio, submetendo-se a economias periféricas a diversas formas de dominação econômica e política"; b) "como uma nova modalidade de dominação capitalista, que impõe nacionalização dos meios de produção"; c) "nao reconhecimento, como internacionalização dos processos produtivos em escala mundial, do que resultam novas contradições entre as classes sociais"~~.

No primeiro caso "predominam as teorias do capitalismo monopolista do Estado. A estrutura de classe da burguesia é caracterizada pela contradição entre a burguesia monopolista externa (imperialismo) e as burguesias locais ou nacionais. A aliança entre as burguesias nacionais e o proletariado está na ordem do dia, e o Estado é visto como o cenário fundamental dessa aliança".

No segundo caso há um novo tipo de desenvolvimento "nacional associado..." Uma grande burguesia local se desenvolve associada à empresa multinacional, e a partir do Estado. No poder se instala um novo bloco burguês, surgindo "um novo Estado autoritário dirigido pela tecnocracia civil e militar". Este Estado tem "crise permanente de legitimidade" e não se institucionaliza em um "modelo político". Cria uma burguesia estatal.

No terceiro caso a produção é internacionalizada. É a mais recente posição.

Para R. Boudon e F. Bourricaud (Dicionário Crítico de Sociologia, 1993) a teoria da dependência era estrutural, não podia ser corrigida aos poucos e era "necessário" um "salto para a liberdade" do tipo revolucionário.

Na verdade a noção de soberania "nunca significou autonomia absoluta", mas colocava "limites à legitimidade das interferências dos Estados entre eles" (Immanuel Wallerstein — Le Capitalisme historique, 1985).

A personalidade do Estado¹¹ no DIP decorre da unidade e permanência do Estado, isto é, existe uma única "vontade" que se manifesta em nome do Estado, bem como a sua continuidade, apesar das mudanças que possam ocorrer no território, população e governo. A idéia de continuidade existe para manter as obrigações internacionais e a dificuldade que haveria para

os terceiros Estados constatarem a ruptura ou continuidade de ordenamentos jurídicos internos (G. Cansacchi). Ela explica: os direitos fundamentais dos Estados, sucessão de Estado, imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, responsabilidade, bem como dá um titular à soberania. A personalidade só desaparece, ou é diminuída em função dela. A noção de personalidade é indispensável, porque simplifica e permite a elaboração do DIP.

Esta noção de personalidade do Estado nem sempre foi vista de modo pacífico pelos autores, sendo que ela foi proposta por Albrecht em 1837. Ele foi quem atribuiu a soberania ao Estado e não ao rei ou ao povo, e formulada por Gerber (1865) para lutar contra a concepção do Estado patrimonial, que tornava o Estado propriedade do príncipe.

Houve autores, como Gierke, que afirmam serem os Estados pessoas coletivas com consciência e vontade próprias. ● Outros negam a personalidade do Estado, como Duguit.

● Os primeiros teóricos da personalidade do Estado no DI foram Wolff e Vattel, no século XVIII.

~~Em relação ao Estado existem várias posições teóricas: a) o desreconhecimento positivista, que considera o Estado como uma entidade jurídica, livre e em consequência a qualidade de Estado se atribui; b) para o positivismo (Kelsen) não se reconhece o Estado como entidade jurídica, só o indivíduo pode exercer a personalidade jurídica e apenas através dele se constata a regularidade da sua atuação no DIP. Recusar o reconhecimento e aplicar uma sanção; c) para o normativismo (Kelsen) o Estado é apenas uma construção auxiliar do pensamento jurídico. É o DI que institui o Estado, limitando a sua competência pessoal e territorial. O Estado é uma ordem jurídica centralizada.~~

● número de Estados tem crescido, sendo que em 1815 existiam 25 Estados, em 1900 havia 40, antes da 2ª Guerra Mundial cerca de 75 Estados, em 1970 mais de 130 e em 1983 existiam 164 Estados independentes, sendo que 157 eram membros da ONU. Em 1984 existiam 171 Estados independentes. ● "Le Monde", em 1994, afirmara existirem 225 Estados no mundo. A partir do pós-1ª Guerra Mundial a aplicação do princípio da autodeterminação dos povos levava ao aumento do número de Estados. Após o desmoronamento do bloco soviético, segundo G. Salamé, houve uma "expansão cancerosa do fenômeno" e passou a existir uma grande facilidade para se constituir um Estado, o que faz com este se desvalorize. Assim, da Iugoslávia surgiram: Croácia, Eslovênia e Bósnia. A Tcheco-Eslôvaquia em 1993 se dividiu em Eslováquia e República Tcheca. Uma outra "estatística" é fornecida por Philippe Delmas: em 1850 havia 44 Estados, em 1903 eram 51, em 1938 se tinha 60, em 1963 existiam 108, em 1983 passaram a ser 144 Estados e, finalmente, em 1995 já eram 191.

Existem alguns Estados soberanos, como Maurício, Maldivas, Malta e Granada, que não têm condições "adequadas para o exercício das funções

estatais na sociedade internacional", sendo que só têm meios para criar uma ou duas representações diplomáticas. Alguns dos membros da ONU não têm meios para enviar representantes à Assembléia Geral. Estaríamos "no caso limite do reconhecimento da estatalidade" (Manuel Medina).

A situação é tão caótica que o Embaixador da França, P.-L. Blanc, constata que a sociedade internacional tem "realidades estatais diferentes", e afirma que tem havido o aparecimento de "não-Estado". Na África a fidelidade à etnia tem primado sobre a fidelidade ao Estado. O princípio da identidade e continuidade do Estado foi abandonado em relação à Nova Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) e, em consequência, não há sucessão no tocante às obrigações da antiga Iugoslávia (Jean Charpentier). O 3º Mundo está marcado por crises que assinalam a instabilidade política e, ao mesmo tempo, visam a divisão do Estado, que tem a sua existência ameaçada, como a Somália, Libéria e Afeganistão (Jean-Christophe Rufin).

Diz M. Virally que o Estado é uma instituição flexível que tem se adaptado a várias situações. Como salienta Joe Verhoeven, "a identificação do Estado escapa a todo critério preestabelecido e não obedece a qualquer regra: ela é operada de maneira puramente empírica ao sabor dos interesses e das ideologias dos Estados".

A confusão em matéria de Estado é tal que se pode citar o caso da Macedônia, que proclamou a sua independência da Iugoslávia em 1991 e é conhecida como Antiga República da Iugoslávia da Macedônia, e tendo ingressado na ONU com este nome. A Grécia se opõe a que ela use o nome de Macedônia, que é também o nome do norte da Grécia, que desde a Antiguidade é dominada pela cultura helênica. Em Sófia a Macedônia é considerada como um ramo do búlgaro. A Macedônia usa os símbolos da antiga Macedônia e a Grécia considera que um Estado eslavo não pode se apropriar da cultura grega.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

143. O Estado federal, segundo Darcy Azambuja, é aquele "formado pela união de vários Estados, que perdem a soberania em favor da União Federal, a qual aparece assim perante o direito internacional como um Estado simples".

A diferença entre o Estado unitário e o Estado federal se encontra no fato de que nestes últimos a descentralização é maior e os Estados membros conservam a sua autonomia.^{11A}

No DI a personalidade é da União, sendo ela, em consequência, quem possui o direito de convenção de legação e ainda a responsabilidade no plano internacional. O Estado federal surge, deste modo, unitariamente no DI.¹² Adotam a forma de Estado federal: EUA,¹³ Suíça, Brasil, Alemanha Ocidental etc.

É de se observar que em alguns casos os Estados-membros possuem competências internacionais. Constituem tais exemplos verdadeiras exceções à regra geral acima mencionada. Deste modo, de 1871 a 1918, na Alemanha, os reis da Baviera, Saxe, Wurtembergue, etc., possuíam o direito de legação ativos independentemente do governo central.¹³ Na Suíça, os cantões podem concluir com os Estados estrangeiros "acordos relativos à política, ao comércio local e às finanças" (Accioly). Na URSS, quando era Estado federal,^{13A} foi dado às repúblicas federadas, em 1944, o direito de legação e o de convenção, todavia apenas a Ucrânia e a Bielo-Rússia se beneficiaram disso. Em 1945, estas duas repúblicas se tornaram membros originários da ONU. O direito de legação não foi exercido pelas repúblicas federadas mencionadas, a não ser junto à ONU, e o direito de convenção foi pouquíssimo utilizado.¹⁴

É interessante observar que, no Brasil, com a autorização do Senado, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem celebrar acordos com o exterior (art. 42, inciso IV, da Constituição), "o vício do Poder Executivo Federal", o que significa dizer que a personalidade internacional deles não está completamente desaparecida. A personalidade plena, em qualquer caso, é da União Federal, vez que há a necessidade de autorização do Senado.

Existiriam aproximadamente doze Estados federais na sociedade internacional (Covey T. Oliver). Em 1970 I. D. Duchacek afirmava que 21 estados reivindicavam serem Estados federais.

O tratado de Maastricht obrigou alguns países, como a Alemanha, a fazer revisão constitucional. Na Alemanha o federalismo é fraco e a maior parte das competências pertence aos Lander. Na reforma constitucional os Lander participam em nível igual à Federação "na definição das posições alemãs" em matéria comunitária que seja de competência dele, Lander. E mais, a representação da Alemanha no Conselho Federal pode ser concedida a um representante do Lander e não a um ministro federal.

A URSS se desintegrou em 1991 e neste ano foi concluído o tratado de Alma Ata criando a Comunidade de Estados Independentes formada por 11 repúblicas. Não aderiram à CEI: Letônia, Lituânia e Estônia. As

em funcionamento, a solução seria a de se nomear as mesmas pessoas para os órgãos das duas organizações.

Na verdade, a união pessoal somente funcionou plenamente na sociedade feudal (Aragão e Castela, 1479) e posteriormente na anglo-hanoveriana, tendo sofrido depois deformações. Reuter procura simplesmente se utilizar da expressão "união pessoal" (identidade de chefe de Estado para as mais diferentes situações internacionais, esquecendo-se das demais características).

b) A união real se diferenciada anterior no sentido de que a identidade de chefe de Estado é desajustada em resultado de um fato acidental ocasionado pelo acidente sucessório. A união real é um ato jurídico interno ou internacional.

Elas instituíam-se no sentido de que diversos órgãos (Ministérios da Guerra, Exterior e Fazenda) são comuns. Em consequência, a personalidade internacional é da própria união.

Através da História encontramos vários exemplos: Suécia-Noruega (1815-1905); Áustria-Hungria (1867-1918); Brasil e Portugal em 1815, que a Constituição portuguesa de 1822 tentou organizar, etc.

145. Em 1991, foi criada a Comunidade dos Estados Independentes (CEI), formada por 11 Estados-membros, que são repúblicas, que se tornaram membros da CEI. A sede é em Minsk, na Bielo-Rússia. Ela é uma organização, mas não tem uma personalidade internacional. As relações entre os diferentes membros ainda não estão claras.

Explicitando-se, a CEI, por exemplo, em 15/0/91, foi criada um Estado. Ela não tem personalidade internacional, mas é uma das formas de união pessoal. Em 18/10/91, a CEI assinou um tratado de união pessoal. Em 31/5/92, o VI Congresso de Deputados do Povo da Federação Russa aprovou um tratado instituindo a federação russa com Bartigos e atribuiu à federação: a) fixação de fronteiras; b) elaboração da política externa e de defesa; c) emissão de moeda. Reconhece às repúblicas autônomas e outras coletividades autônomas competências em matéria econômica e administrativa. Das 16 repúblicas autônomas, 14 o assinaram. Não o assinaram a República da Tartária e a República Tchatcheine-Ingouchie, sendo que esta última tem um governo no exílio em Moscou. Ainda em 1992 foi conhecido o pacto de segurança coletiva estabelecendo objetivos comuns, e a agressão a um é considerada uma agressão a todos, e são suas partes: Rússia, Armênia, Casaquistão, Ubequistão, Tadjiquistão e Turcomenistão. Há um receio que a Armênia invoque o tratado contra os azeris e daí o tratado ser uma ameaça a estes.

A AG da ONU, em 28/2/92, aprovou 8 novos Estados-membros: Armênia, Casaquistão, Moldávia, Uzbequistão, Tadjiquistão, Turcomênia, Azerbaidjão. Todos os Estados da antiga URSS entraram no FMI, com exceção do Azerbaidjão. A Geórgia ingressou na CEI em 1993.

Os países bálticos não integram a CEI. A Ucrânia, apesar do que foi dito acima, constituiu as suas próprias forças armadas.

O que se pede concluir é que se tenta construir algo novo na antiga URSS que ainda não tem características definitivas.

146. A expressão "Commonwealth das Nações Britânicas" foi aplicada pela primeira vez quando da formação da União Sul-Africana e parece ser devida a uma de suas fontes, a Lionel Curtis. Anteriormente, a palavra "Commonwealth" era usada apenas em relação à Austrália. Ela teria surgido na linguagem política inglesa do século XVIII, como tradução da palavra latina *republica*. Já Celso Lafer (Ensaio Liberais, 1991) a atribui a Hobbes (século XVII). Alguns autores (Jorge Carpizo) assinalam que Lorde Rosebery, em 1884, descreveu o Império Britânico como "Commonwealth of Nations". A expressão só teria se popularizado na segunda década do século XX com os livros de Lionel Curtis: "The Problem of the Commonwealth" e "The Commonwealth of Nations".

Os requisitos para se ingressar na Commonwealth são os seguintes: a) fidelidade à coroa britânica; b) deve ser um Estado independente; c) deve ser um país desenvolvido; d) deve ser um país democrático; e) deve ser um país independente.

A "Commonwealth" é uma entidade jurídica formada pelas formas de Estado independente. Ela é uma "formação *sui generis*" e abrange os domínios, colônias autônomas, colônias da Coroa, protetorados e territórios sob tutela (estes já alcançaram a independência).

Elas são entidades jurídicas independentes, mas não são Estados independentes.

Os domínios são os que mais nos interessam, em virtude de possuírem personalidade internacional plena. A palavra domínio foi utilizada em 1867, quando da elaboração do Estatuto do Canadá para designar uma situação intermediária entre a colônia e a metrópole.

Os domínios britânicos (ex. Canadá, etc.) passaram a gozar de personalidade internacional após a 1ª Guerra Mundial, quando foram equiparados juridicamente com a metrópole, uma vez que tinham sido reconhecidos como Estados independentes pelo Tratado de Versalhes assinado em 1919.

A situação jurídica dos domínios foi regulamentada pelo Relatório Balfour (1926), que estabelecia serem eles autônomos, a fidelidade à Coroa e a associação na Commonwealth. O Estatuto de Westminster (1931) à Grã-Bretanha e determinou que nenhuma outra lei poderia ser aplicada aos domínios que não a lei consuetudinária. A Conferência Imperial de 1949 procurou adaptar a Commonwealth às novas situações, e a Índia, que não possuía maiores elos com a Grã-Bretanha, passou a ver na Coroa um símbolo sem qualquer aspecto de "fidelidade", como ocorre nos domínios mais antigos, bem como na Índia não haveria o governador, como repre-

sentante do rei. A Índia e o Paquistão são Republicas Associadas a Commonwealth".

Os domínios são verdadeiros Estados soberanos e conservam o direito de secessão da Commonwealth, bem como o de se manterem neutros em tempo de guerra.

A Commonwealth tem uma Conferência de Primeiros ministros que se reúne em Londres, sem prazo marcado, com finalidades consultivas. Em 1982 era títula 47 membros.

Existem também entidades estatais que não possuem uma soberania completa, mas que obedecem a normas internacionais.²² Estas são pessoas internacionais que possuem uma capacidade limitada de que a do Estado soberano. São os chamados Estados sem soberania, na expressão usada pelo primeiro juiz português ("Europaisches Volkerrecht", 1777).

Depois de terem sido tratados assim, os Estados recentemente perdem o direito de gozo de certos direitos". Assim, a personalidade normalmente existe nos limites fixados pelo soberano protetor.²³

1.º O Estado vassalo se encontra em uma situação intermediária entre a completa subordinação e a independência. Esta forma foi muito utilizada no Império Romano e constituía uma "stágio probatório" (Rousseau) para que os povos das províncias de um império passassem a ser Estados independentes.

A forma de subordinação obrigatória ao soberano a) pagando tributos; b) admitindo a sua soberania; c) o soberano poderia repudiar os tratados concluídos pelo soberano; d) o soberano de um modo geral não podia intervir no território do soberano. O Estado vassalo aliado não possuía ainda nenhuma forma de intervenção no território do Estado vassalo.

A situação internacional do Estado vassalo não se encontra inteiramente definida, porque o soberano protetor não pode intervir no território do soberano.

Através da História, encontramos diversos exemplos de Estados vassalos, tais como: Roménia (1856-1878) e Bulgária (1878-1908), no âmbito imperial otomano.

1.ª A primeira observação que se deve fazer em relação a esta forma de Estado sem soberania é que se trata de um Estado sem soberania, o qual não possui a personalidade internacional. O soberano protetor é Estado soberano.

A relação de proteção internacional é estabelecida através de um tratado de proteção, que é assinado pelo soberano protetor e pelo soberano protegido. (Despagnet).

Este regime apresenta as seguintes características: 1.º O Estado protegido não possui a personalidade internacional. 2.º O Estado protetor não possui a personalidade internacional. (Rousseau).²⁶

O Estado protegido conserva uma certa autonomia em relação ao protetor. Os tratados assinados pelo protetor não se aplicam necessariamente ao protegido, bem como ele não está obrigado a participar das guerras do protetor.

O protegido possui personalidade internacional e a sua capacidade de intervir nas relações internacionais é fixada pelo tratado que institui o regime de protetorado, isto é, não se trata de uma teoria geral, mas que os tratados podem fixar o que bem entenderem as partes contratantes. Eles podem assinar tratados com o consentimento do protetor, que é o seu representante no ordenamento internacional. As relações entre o protetor e o protegido são reguladas pelo DI, significando isto que se trata de duas pessoas internacionais.

A História registra inúmeros casos de protetorados: Tunísia pela França (1881); Ilhas Jónicas pela Inglaterra (1815-1863), etc. Atualmente o regime de protetorado encontra-se em vias de desaparecimento.

Atualmente não existem Estados protegidos. Um dos últimos casos foi o Sultanato de Brunei, Estado protegido da Grã-Bretanha, de 1888 a 1983, e pouco antes dele foi o de Sikkim, incorporado à Índia em 1975. Um exemplo ainda do protetorado é o Butão, em relação a Índia (David Munro — The Oxford Dictionary of the World, 1995). Parece que recentemente ele deixou de ter protetorado.

O protetorado que estudamos acima é o protetorado internacional; todavia, alguns autores (Lawrence) consagram ainda a existência do chamado protetorado colonial, que serviu para a penetração das grandes potências na África.²⁷ Na verdade, este regime era de um protetorado fictício e foge às características do protetorado internacional, sendo, por exemplo, aplicado a tribos indígenas e a regiões pouco civilizadas (p. ex.: o protetorado inglês na Suazilândia e quase todas as colônias alemãs na África). Neste caso, o protegido não gozava de personalidade internacional.

Uma situação que nos parece se aproximar do protetorado é o da Grécia da Ática e da Birmânia. A Grécia da Ática possuía uma autonomia para os assuntos internos e esta associada a Comunidade Europeia.

1.º Os Estados vassalos são aqueles que em virtude de possuírem um pequeno território e população igualmente pequena, não têm meios de exercer a sua soberania de modo completo. Dentre esta categoria estão os Principados de Liechtenstein e Mônaco, e o Principado de Sevilha.²⁸

Eles possuem o direito de concessão de legação e o de ser parte nos tratados internacionais. Também possuem o direito de legação e não têm o direito de ser parte nos tratados internacionais. Eles não possuem as obrigações impostas por seus organismos. Eles não são parte das organizações internacionais. O, etc. O Estado

Estado exigiu: a França em Mônaco; a Itália em San Marino; a Suíça e a Áustria para o Liechtenstein. O Liechtenstein teve o seu ingresso recusado na Liga das Nações por ter entregue as suas relações externas a um Estado estrangeiro. Contudo, ingressou na CIJ e já foi parte no caso Nottebohm (1955). Ele ingressou na ONU em 1990, bem como Mônaco e Andorra. As relações internacionais do Liechtenstein são controladas pela Suíça. A política externa de Mônaco é controlada pela França, e alguns cargos públicos têm que ser preenchidos por franceses. Entretanto, Mônaco tem um corpo diplomático e consular próprio e tem embaixada em Paris, Bruxelas, Suíça e Roma, bem como inúmeros consulados estrangeiros funcionando em seu território.

Com o mesmo nível de autonomia que os Estados protegidos, San Marino ingressou na ONU. Liechtenstein também ingressou na ONU, e Mônaco fez o mesmo em 1990. Parece-me oportuno lembrar aqui uma observação de Benjt Broms, de que os novos Estados que cabe avaliar se uma coletividade é Estado. Deixa esta linha de raciocínio de se recordar que Nauru, que deveria desaparecer também, ingressou na ONU.

Elas se distinguem do protetorado porque possuem alguma autonomia para conduzir a sua política externa. Alguns autores (Gonçalves Pereira) costumam designar pela expressão "amizade protetora" a relação existente entre o Estado exigiu e o protetorado. Parece-nos que a posição mais realista é a de James Crawford, que os Estados europeus dentro da categoria de protetorado. É interessante observar que, apesar do que dissemos, o arquipélago das Ilhas Maldivas (no Oceano Índico), sendo um Estado exigiu (com população diminuta), ingressou na ONU. Ou ainda Dominica, com 78.000 habitantes, que ingressou na ONU em 1978. É verdade que eles parecem não se encontrar subordinados a uma "amizade protetora", como ocorre com os europeus. Os únicos microestados surgidos da descolonização que não ingressaram na ONU foram Samoa Ocidental e Nauru, sendo que este último tem 8.000 habitantes. Nauru vai terminar pelo desaparecimento físico do seu território que é todo de fosfato, enquanto as Ilhas Maldivas vão desaparecer por submersão, vez que as águas do Oceano Índico estão subindo.

A ONU tem estudado o caso dos microestados e já houve uma proposta de usar para eles o mesmo nome de "Estado associado", que não foi aprovada, o qual é diferente em "federações". O primeiro alarme em relação aos microestados foi dado por U Thant em seus relatórios de 1965 a 1967. O problema é que os microestados são Estados que não são controlados e incontroláveis e incontroláveis. No período de 1978-1979 para o orçamento da ONU: 74

Estados juntos contribuíram com 1,11% do orçamento. A menor contribuição é 0,01% do orçamento. EUA, URSS, Japão, Alemanha Ocidental, pagam 53,94% do orçamento. Nove países juntos pagam 75,2%. 96 países, isto é, a maioria de 2/3 na Assembleia Geral, pagam apenas 2,89% do orçamento. Em 1987 havia na ONU 36 Estados com menos de um milhão de habitantes.

É preciso ressaltar que ainda não foi possível se fixar um critério para caracterizar os microestados. Existem Estados com um microterritório mas com população elevada, por exemplo Honguecongue.

Não existe um conceito pacífico de microestado. Em projeto de resolução no CS, em 1969, os EUA consideravam que microestado é o que tem menos de 100.000 habitantes, um território de menos de 500km² e um máximo de exportação de 10 milhões de dólares. Dieter Ehrhardt define microestado como o que tem menos de 300.000 habitantes e é incapaz de exercer adequadamente os direitos e obrigações internacionais dos Estados. Acrescenta ainda que eles não têm uma "não diferenciada organização do setor público" devido à sua pequena população e território. Elmer Pliske considera que com menos de 100.000 habitantes é submicroestado. Entre 100.000 e 300.000 habitantes é microestado; entre 300.000 e 5 milhões são Estados pequenos. Entre 5 milhões e 50 milhões são Estados médios, e mais de 50 milhões são Estados grandes. Em 1978 havia na ONU: a) 15 Estados grandes; b) 63 Estados médios; c) 59 Estados pequenos; d) 13 microestados (sendo que quatro submicroestados).

Os países insulares são quase todos microestados com pequena superfície e pequena população, sendo que 70% deles têm uma superfície e população inferiores a 10.000km² e 500.000 habitantes, sendo eles atualmente 51 Estados (Mohamed Bennouna). Segundo E. Hobsbawn, existem 60 Estados com população de menos de dois milhões de habitantes. Hobsbawn tem um trecho que merece ser reproduzido: "essa balcanização do mundo dos Estados (ou melhor essa transformação das Nações em algo parecido com os últimos momentos do Sacro Império Romano) também reflete uma mudança no capitalismo mundial...". Observa o historiador inglês que não se trata mais do Estado com uma economia nacional, mas sim de uma economia mundial, e o microestado facilita a dominação neocolonial.

Os Estados clientes eram aqueles países da América Central que entraram sob a administração dos Estados Unidos. E eles renunciaram a administração de um serviço público que pertence exclusivamente ao Estado soberano.

Esta denominação de Estados clientes foi dada por Lawrence, e Fauchille os denominou de quase-protetorados. O jurista inglês chamava o Estado dominante de "Estado patrono" ("patron state").

Os Estados clientes são aqueles países que não possuem

completa liberdade para traçar os rumos da sua política externa. Ex.: Haiti pelo tratado de 1915, entregou aos EUA a administração do seu exército, o controle das suas finanças e a defesa, e se submeteu a outras restrições como a obrigação de ceder parte do seu território.

Estes Estados desapareceram com a política de boa vizinhança inaugurada pelo Presidente Franklin Roosevelt.

Estes Estados desapareceram com a política de boa vizinhança inaugurada pelo Presidente Franklin Roosevelt. Estes Estados desapareceram com a política de boa vizinhança inaugurada pelo Presidente Franklin Roosevelt. Estes Estados desapareceram com a política de boa vizinhança inaugurada pelo Presidente Franklin Roosevelt. Estes Estados desapareceram com a política de boa vizinhança inaugurada pelo Presidente Franklin Roosevelt.

Desde a morte de Stalin, esses Estados se vêm transformando em reais Estados soberanos.

Pode-se entretanto observar que com a intervenção da Tcheco-Eslóvia (1968) houve de certo modo um recuo na tendência destes Estados atingirem uma soberania plena.

Embora o Estado cliente, sempre mantiveram a sua personalidade internacional de modo pleno. Uma situação especial é a que tem sido criada pela intervenção soviética, pois os maiores Estados mantiveram a distância que os separa da URSS, bem como também em certos momentos sofreu influência chinesa.

Os Estados associados são um resultante do processo de descolonização que certos Estados pequenos e subdesenvolvidos atingiram a independência sem terem conseguido estabelecer uma associação política.

Os Estados associados são um resultante do processo de descolonização que certos Estados pequenos e subdesenvolvidos atingiram a independência sem terem conseguido estabelecer uma associação política. E o caso dos Estados Associados das Índias do Oeste ("Associated States of The West Indies") em relação com a Grã-Bretanha; as Ilhas Cook (1965) e a Nova Zelândia (1974), com a Nova Zelândia, Porto Rico com os EUA.³⁰ Estes Estados de um modo geral gozam de autonomia nos assuntos internos e muitas vezes podem pôr fim livremente à associação com a grande potência (ex.: Estados Associados das Índias do Oeste). Um caso atual é o da Associação das Ilhas Marianas do Norte, que concluiu um acordo com os EUA (1975). Ela era tutela estratégica dos EUA. Haverá uma "união política" sob a soberania dos EUA, que terá a competência para os assuntos externos. Outro caso é o acordo de Livre Associação entre os EUA e os governos de Palau, das ilhas Marshall e os Estados Federados da Micronésia, concluído em 1983, em que cada Estado conservará autonomia para a condução dos seus negócios internos e relações exteriores,

mas os EUA serão responsáveis por sua defesa. Em 1983, St. Kitts-Nevis ficou independente, mas a Grã-Bretanha continuou responsável por sua defesa e política externa.

Situação semelhante é a da Groenlândia, que em 1979 obteve da Dinamarca que autonomia interna, mas conservou o controle da política externa e da defesa.

Estes Estados têm situação "semelhante" aos microestados europeus. O Estado associado é um eufemismo para designar o Estado protegido de outrora. Acresce ainda que não há regime único para os Estados associados, sendo que cada um tem um regime específico. Assim, as Ilhas Cook participaram da III Conferência das Nações Unidas sobre D. do Mar, porque tinham competência constitucional para o mencionado tema, apesar da Nova Zelândia é que tem competência para as relações exteriores e matéria de defesa.

Caso semelhante, a nosso ver, ao Estado associado é o Reino de Butã, que está obrigado a seguir a "opinião" da Índia em política externa, e em política interna a Índia pode "aconselhá-lo". Entretanto, ele faz parte da ONU e da UPU.

154. O estudo que fizemos foi meramente exemplificativo, mesmo porque, diante da amplitude do mundo jurídico internacional, torna-se difícil enumerar todas as coletividades estatais que possuem personalidade internacional.³¹ As colônias constituem um perfeito exemplo do que acabamos de afirmar. Aguilar Navarro sustenta com razão que as colônias não são sujeitos internacionais e que, quanto aos efeitos do DI, "Colônia e Metrópole constituem uma única unidade soberana". Já Fawcett, ao estudar as colônias na Commonwealth, mostra que algumas delas receberam autorização para concluir determinados tipos de tratados e passaram a possuir responsabilidade internacional, como foi o caso de Cingapura quando colônia.

155. O Estado dividido³² é uma criação após a Segunda Guerra Mundial. Ele caracteriza-se por existir em dois sistemas de poder com uma tensão entre eles, mesmo na ausência de uma guerra civil. Os dois Estados têm um estatuto do DI. Para A. Bernardini o conceito de Estado dividido é ideológico. Este autor defende a denominada teoria da descontinuidade, isto é, o Estado alemão desapareceu em 1945, e em 1949 surgiram dois Estados novos. Entretanto, o Estado parcial só tem competência para a sua área de efetividade, não podendo engajar no plano internacional o Estado global.³³ Existe uma unidade de nacionalidade. Os acordos concluídos entre os Estados parciais do Estado global pertencem ao DIP. Os Estados divididos têm personalidade internacional. Eles não ingressam na ONU por causa do veto no Conselho de Segurança. Entretanto, as duas Alemanhas já ingressaram na ONU, bem como em 1974 trocaram representantes com funções diplomáticas, mas que não têm o título de embaixador. Alguns têm observadores junto à ONU, por exemplo, Coreia do

conclusão

Sul. Os seus observadores não têm o direito de falar, nem têm estatuto diplomático, contudo poderão se beneficiar de privilégios e imunidades por iniciativa dos EUA (sede da ONU). É de recordar que, ao contrário da Alemanha, a Coreia já nasceu dividida, e o mesmo ocorreu com o Vietnã. Crawford observou que a classificação "Estado dividido" não apresenta maiores vantagens, porque cada um apresenta situação própria.

Esta categoria de Estado perdeu muito de sua importância com a reunificação do Vietnã e, em 1990, com a da Alemanha, e até mesmo com o ingresso das duas Coreias na ONU, em 1991, e que neste mesmo ano concluíram tratado visando a reunificação e que permite livre circulação de pessoas e mercadorias.

O tratado de 1990 sobre a unificação alemã não é um tratado de paz para evitar reclamações oriundas da 2ª Guerra Mundial.

Podemos fazer uma menção à unificação alemã, tendo em vista que após a assinatura de um tratado em 1972, entre a Alemanha Ocidental e a Oriental esta passou a ter uma posição consolidada, vez que os países orientais reconheciam esta última (François Fejto).

No tratado de Moscou de 12/9/90 a Alemanha recuperou a sua soberania com as seguintes condições: a) reconhecimento da fronteira Oder-Neisse. A Alemanha não poderá reivindicar território a leste desta linha; b) a URSS retirará as suas tropas antes do fim de 1994, bem como, na antiga Alemanha Oriental, não poderão estacionar tropas da OTAN; c) as forças armadas alemãs são limitadas em 370.000 homens; d) a Alemanha renunciou à posse e fabricação de armas nucleares, químicas e biológicas. Ele é quase um tratado de paz. As duas Alemanhas, em 28/8/90, concluíram um tratado de união que modificou vários dispositivos da Lei Fundamental de Bonn.

É preciso salientar que as anexações realizadas em benefício da Polónia não tinham fundamento jurídico e que as populações alemãs foram deslocadas pela força. Os próprios Aliados que proclamavam a autodeterminação dos povos a violaram. É interessante recordar que o Tribunal Federal Constitucional afirmou em várias decisões que o Reich continuava a existir e que a República Federal era a sua sucessora. Ninguém tinha, segundo o Tribunal, abolido o Reich (Dennis L. Park e David R. Gress — *Histoire de L'Allemagne depuis 1945*, 1992).

NOTAS

1. Lineu de Albuquerque Mello — Conceito atual de Soberania. 1961; Charles Rousseau — L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international. *in* RdC, 1948, vol. III, t. 73, págs. 171 e segs.; Marc St. Korowicz — La Souveraineté des États et l'Avenir du Droit International, 1945; Wiktor Sukierniski — La Souveraineté des États en Droit International Moderne, 1927; Pinto Ferreira — Da Soberania, 1943; H. Krabbe — L'idée Moderne de l'État. *in* RdC, 1926, vol. III, t. 13, págs. 513 e segs.; R. G. Hawtrey — Economic Aspects of Sovereignty, 1952; Marc Stanislas Korowicz — Organisations Internationales et Souveraineté des États Membres. 1961; N. Politis — Le Problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux. *in* RdC, 1925, vol. I, t. 6, págs. 5 e segs.; E. N. van Kleffens — Sovereignty *in* International Law, *in* RdC, 1953, vol. I, t. 82, págs. 5 e segs.; Dino Pasini — Riflessioni in Tema di Sovranità, 1968; Hermann Heller — La Soberanía, 1965; Paul Guggenheim — La Souveraineté dans l'Histoire du Droit des Gens, *in* Mélanges offerts à Henri Rolin, 1964, págs. 134 e segs.; M. Bettati, R. de Bottini, P. Isoart, J. Bideau, J.-P. Touscoz, A.-H. Zarb — La Souveraineté du XXe Siècle, 1971; W. J. Stankiewicz — In Defense of Sovereignty, 1969; Georges Burdeau — L'État, 1970; J. Freund — L'essence du politique, 1965; Emilio Bussi — Evoluzione Storica dei Tipi di Stato, 1954; Manuel García-Pelayo — El Mito y de la Razón en el Pensamiento Político, 1968; M. J. Wilks — The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages, 1964; Gaetano Arangio Ruiz — L'État dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit International, 1975; Antonio Gómez Robledo — El Derecho de Autodeterminación de los Pueblos y su campo de aplicación, anteproyecto de ponencia, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1976; Otto Hintze — Historia de las Formas Políticas, 1968; Emilio Bussi — Evoluzione Storica dei tipi di Stato, 1954; Roland Maspétiol — La Société Politique et le Droit, 1957; Friedrich Meinecke — La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna, 1959; Werner Sombart — El Burgues, 1972; Luiz Carlos Bresser Pereira — Estado e subdesenvolvimento industrializado, 1977; Lawrence Krader — A Formação do Estado, 1970; O Estado na América Latina, coordenado por Paulo Sérgio Pinheiro, 1977; Werner Naef — La Idea del Estado en la Edad Moderna, 1947; La Crise de l'État, coordenação de Nicos Poulantzas, 1976; The Formation of National States in Western Europe, coordenado por Charles Tilly, 1975; Lo Stato Moderno, coordenado por Ettore Rotelli e Pierangelo Schiera, 3 vols., 1971-1974; Enrique Gomariz-Moraga — O Estado nas Sociedades Dependentes, 1977; J. H. Shennan — The Origins of The Modern European State. 1450-1725, 1974; Marcos T. Kaplan — Formação do Estado Nacional, 1974; Norberto Bobbio — Diritto e Stato nel Pensiero de Emanuel Kant, 1969; Maurice-Pierre Roy — Les Régimes Politiques du Tiers Monde, 1977; Francine Demichel — Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines. *in* Mélanges Offerts à Georges Burdeau. Le Pouvoir, 1977, págs. 1.053 e segs.; Jacques Ellul — Histoire des Institutions — 5 vols., em 4 tomos, 1969-1972; Bernard Chantebout — Do Estado. 1977; Henri Lefebvre — De l'État, 4 vols., 1976-1978; René Fédou — L'État au Moyen Age, 1971; Archives de Philosophie du Droit, t. 21, Genèse et declin de l'État, 1976, especialmente os trabalhos de Roland Maspétiol (L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier, págs. 3 e segs.), Julien Freund (L'ennemi et les tiers dans l'État. págs. 25

e segs.) e Jean-Pierre Beaumont (Des "états" à l'État: évolution d'un mot, págs. 39 e segs.); Michel Virally — Une Pierre d'angle qui résiste au temps: avatars et pérennité de l'idée de souveraineté, in Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (Genebra) — Les Relations Internationales dans un monde en mutation, 1977, págs. 179 e segs.; The Historical Essays of Otto Hintze, edited by Felix Gilbert, 1975; Mario de la Cueva — La Idea del Estado, 1975; Joe Verhoeven — L'État et l'ordre juridique international, in RGDI, t. 82, 1978, págs. 749 e segs.; Juan Fernando Badia — El Estado Unitario, El Estado Federal y el Estado Regional, 1978; Blandine Barret-Kriegel — L'État et les Esclaves, 1979; Marcus G. Raskin — The Politics of National Security, 1979; Hans J. Morgenthau — The Problem of Sovereignty Reconsidered, in Essays on International Law from the Columbia Law Review, 1965, págs. 339 e segs.; Antônio Augusto Cançado Trindade — O Estado e as Relações Internacionais, 1979; Reinhard Bendix — Kings or People, 1980; James Crawford — The Creation of States in International Law, 1979; José Antonio Maravall — Estado Moderno y Mentalidad Social, 2 vols., 1972; Otto Hintze — The State in Historical Perspective, in State and Society, coordenado por Reinhard Bendix e outros, 1968; Hurst Hannum e Richard P. Lillich — The concept of Autonomy in International Law, in AJIL, vol. 74, n° 4, October 1980, págs. 808 e segs.; N. Bobbio e M. Bovero — Società e Stato nella Filosofia Política Moderna, 1979; Daniel Yergin — Shattered Peace — The Origins of the Cold War and the National Security State, 1977; Jorge A. Tapia Valdés — El terrorismo de Estado. La Doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur, 1980; Helmut Kuhn — El Estado, 1979; Joseph R. Strayer — Les Origines Médiévales de l'État Moderne, 1979; Bertrand Badie e Pierre Birnbaum — Sociologie de l'État, 1979; Gianfranco Poggi — A Evolução do Estado Moderno, 1979; Michel Miaille — L'État du droit, 1978; J. Salmon — L'État, Réalité et Fiction, in Réalités du Droit International Contemporain 3, Actes de la cinquième rencontre de Reims, 1981, págs. 14 e segs.; Pierre Birnbaum — La logique de l'État, 1982; Francisco José Calazans Falcon — A Época Pombalina, 1982; Alain Rouquié — L'État Militaire en Amérique Latine, 1982; Hugh Seton-Watson — Nations and States, 1982; Anthony de Jasay — The State, 1985; F. M. Hinsley — Sovereignty, 1986; Bertrand Badie — Les deux États, 1986; Bill Jordan — The State. Authority and Autonomy, 1986; Andrew Vicent — Theories of the State, 1987; Blandine Barret — Kriegel — Les Chemins de l'État, 1986; Stéphane Rials — La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Éléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe", in Archives de Philosophie du Droit, t. 32, 1987, págs. 189 e segs.; Blandine Barret-Kriegel — La République incertaine, 1988; Simone Goyard-Fabre-Jean Bodin et le Droit de la République, 1989; Richard Bonney — L'Absolutisme, 1989; Roger King — The State in Modern Society. New Directions in Political Sociology, 1986; Michel Senellart — Machiavélisme et raison d'état, 1989; Antonio La Pergola — Regionalismo, Federalismo e Poder Executivo do Estado, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, julho de 1988/janeiro de 1989, n°s 67/68, págs. 55 e segs.; Norbert Elias — La dynamique de l'Occident, 1975; Bernard Gueneé — States and Rulers in Later Medieval Europe, 1985; Gerard Bergeron — Petit Traité de l'État, 1990; Ricardo Lobo Torres — A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e o Estado Fiscal, 1991; Eric J. Hobsbawm — Socialismo e Nacionalismo: Algumas Reflexões sobre o Esfacelamento da Grã-Bretanha, in Eric J. Hobsbawm — Estratégias para uma esquerda radical, 1991, págs. 137 e segs.; Os Estados e a História, John Hall

(org.). 1992; Droits, n° 15. L'État, 1992; Otto Hintze — Föodalitét. Capitalisme et État Moderne, coligidos por Hinnerk Bruhns, 1991; Peter Hagggenmacher — L'État Souverain comme sujet de Droit International de Vitoria a Vattel, in Droits, n° 16, 1992, págs. 11 e segs.; Jean-Denis Mouton — La Notion d'État et le Droit International Public, in Droits, n° 16, 1992, págs. 45 e segs.; Le premier age de l'État en Espagne, coordenado por Christian Hermann, 1989; Norbert Elias — O Processo Civilizador, vol. 2: Formação do Estado e Civilização, 1993; Heinz Duckhardt — La época del Absolutismo, 1992; Wolfgang Hein — The New World Order and the End of the Nation State, in Law and State, vol. 48, 1993, págs. 35 e segs.; Hilton L. Root — La construction de L'État moderne en Europe, 1994; Juan Altusio — Política, 1990; Raison et Dérason D'État, sob a direção de Yves Charles Zarka, 1994; Societé Française pour le Droit International — Colloque de Nancy — L'État souverain à l'aube du XXI siècle, 1994; Cynthia Weber — Simulating Sovereignty, 1995; Olivier Beaud — La Puissance de L'État, 1994; Fractures de L'État-Nation, coordenação de Noelle Burgi, 1994; Le Déchirement des Nations, sob a direção de Jacques Rupnik, 1995; Iagen Schulze — État et Nations dans l'Histoire de L'Europe, 1996; Raymond Polin — Le concept de Souveraineté et ses Conséquences Internationales, in A. Brunois et alii — Souveraineté de l'État et interventions internationales, 1996, págs. 5 e segs.; Jens Bartelson — A Genealogy of Sovereignty, 1995; Charles Tilly — Coerção. Capital e Estados Europeus, 1996; Emanuel de Moraes — A Origem e as Transformações do Estado, vol. I e III, 1996 e 1997. Las élites del poder y la construcción del Estado, coordenação de Wolfgang Reinhard, 1996.

2. A palavra "Estado" se origina do latim "status" ("estar de pé", "a idéia de uma certa estabilidade de situação"). Na Antiguidade e I. Média a palavra "status" era a "boa ordem" ("status reipublicae"). No século XIII significa "estrutura jurídica". Na I. Média o Estado urbano é denominado "Civitas" e a monarquia territorial é chamada de "regnum". A palavra "respublica" era usada para a reunião de fiéis (René Fedou). Foi Maquiavel ("O Príncipe", 1513) quem utilizou a palavra pela primeira vez no seu sentido moderno "de uma entidade política geral situada acima dos regimes particulares" (Marcel Prélot). Outros (J. H. Hexter), ao estudarem o uso da palavra "status" em Maquiavel, afirmam que ele o fez como estamento. Na Inglaterra a palavra Estado foi utilizada no mesmo sentido de Maquiavel no século XVI, por Grafton (1568) e Crompton (1587). Esta palavra entretanto não encontrou uma aceitação unânime e autores do século XVI ainda preferem a palavra república. Para Carl Schmitt (Parlamentarisme et démocratie, 1988), bem antes do século XVI em Veneza já se usava a palavra estado ("status").

Para Michel Senellart a palavra estado não é usada antes do século XIV no sentido político. Na I. Média a conservação do estado é feita pelo agir conforme a justiça e o direito é uma manifestação desta. Santo Agostinho afirmava ("Onde não há justiça não há 'status'"). Posteriormente, por influência do Direito Romano, é que penetra a idéia de "necessitas" (século XIV), isto é, a necessidade não conhece lei. A guerra vai permitir em determinadas circunstâncias suspender a lei. Observa este autor que o estado na Idade Média era uma realidade apesar da ausência de um nome para designá-lo, porque "status" neste período histórico era uma "situação". No período do Renascimento as palavras "status", "stato", "état", eram para designar grupos dominantes, o poder de dominar ou, ainda, territórios dominados (Zippelius). Na França a palavra "état" parece ter sido usada

pela primeira vez por Comynnes (1490) com o sentido de sociedade política. Entretanto, é só no século XVII com Richelieu e Luís XIII que a palavra triunfa (R. Maspétiol). Clive Parry salienta que a condição de Estado é o “objetivo necessário e lógico de qualquer comunidade” como manifestação política. O Estado, segundo o internacionalista inglês, “representa a resposta natural às necessidades humanas que são as mesmas em toda parte”. Vamos repetir alguns pensamentos de autores modernos sobre o Estado. Declara Burdeau: “O Estado é, no sentido pleno da palavra, uma idéia. Só tem uma realidade conceptual, ele só existe, porque ele é pensado. E se o Estado, é pensado é para ter uma explicação satisfatória de todos os fenômenos que caracterizam a existência e a ação do poder político... os homens inventaram o Estado para não obedecerem aos homens.” Afirma J. Freund, seguindo a O. Spengler, que “o Estado é uma unidade política e realiza seu destino, isto é, se faz vontade coerente e comum”. Para Vellas, Estado é a coletividade que exerce competências internacionais. Poulantzas vê como função do Estado impedir a destruição de uma formação social, sendo que ele mantém a unidade de uma formação social no interior da qual as contradições entre os diversos níveis se condensam numa dominação política de classe. Daí ele dizer que o Estado é uma “condensação material de uma relação de forças entre classes e frações de classes”. Para Gramsci “o Estado é todo o complexo de atividades práticas e teóricas com que a classe dirigente não somente justifica e mantém seu domínio mas que consegue obter o consentimento ativo dos governados”. Ou, ainda, Guillermo O’Donnell, que escreve: “entendo por Estado o componente especificamente político da dominação numa sociedade territorialmente delimitada”. “O Estado é um conjunto de instituições” (Ian Roxborough). Para Fernando Henrique Cardoso, Estado significa “o pacto de dominação básico que existe entre as classes sociais ou frações das classes dominantes e as normas que garantem sua dominação sobre os ‘strata’ subordinados”.

A importância do Estado no mundo moderno pode ser vista na seguinte passagem: “não há maneira de se entender o homem moderno sem entender o Estado que, como construção política própria do mesmo, caracteriza seu modo de convivência estabelecido sobre um mundo de relações conflituosas... No Estado se projeta a mentalidade moderna e esta, por sua vez, está modelada em grande parte pelo Estado” (Maravall).

2A. É interessante observar o papel dos juristas no fortalecimento do poder real. Na França, nos séculos XIV e XV eles os auxiliam. Já na Alemanha, quando o Império foi dissolvido, eles auxiliaram as forças particulares, que eram quem detinha o poder.

2B. O mercantilismo desenvolveu-se primeiramente na Inglaterra, no século XVI, mas já era praticado no século anterior. O mercantilismo vai exigir uma política para reforçar a unificação do poder estatal. Mediante o aumento da receita pelo monarca e visando elevar a capacidade tributária do povo. Esta doutrina defendeu uma política tarifária protecionista, a unificação de pesos e medidas e o desaparecimento das barreiras aduaneiras internas (v. Francisco Falcon — Mercantilismo e Transição, 1981).

2C. Uma observação crítica a esta afirmação do Burckhardt é a de J. R. Hale (A Europa durante o Renascimento 1480-1520, 1953). Assinala este historiador que Burckhardt escrevera a citada frase a respeito do Ducado de Milão, mas que o estado na Itália “era tão pouco obra de arte que Ludovico Sforza, o maior de seus governantes neste período, teve de permitir que algumas das famílias milanesas

mais proeminentes determinassem os seus próprios estatutos e aceitassem penhores de fidelidade de homens na sua dependência”.

2D. O absolutismo é uma transição do feudalismo ao moderno Estado burguês (Carlo Roehrsen).

2E. Na linguagem de Gramsci o bloco histórico, “isto é, uma situação histórica global, distinguimos aí, por um lado, uma estrutura social — as classes que dependem diretamente da relação com as forças produtivas e, por outro lado, uma superestrutura ideológica e política”. No bloco histórico a estrutura e a superestrutura estão ligadas organicamente (Hugues Portelli — Gramsci e o Bloco Histórico, 1977).

2F. Para Pierre Clastres é o Estado que faz surgir as desigualdades. Ele se opõe, assim, a Engels, que sustentava o contrário. Na sociedade primitiva há igualdade entre os membros. “A sociedade primitiva não é uma sociedade sem Estado: é uma sociedade contra o Estado.”

3. É de se acentuar que no mundo antigo, como na Grécia, já estava bem delineada a noção de independência.

4. Felipe de Beaumanoir (1283) já dizia: “cada barão é soberano no seu baronato”.

4A. Duas correntes existem a respeito desta fórmula: a) uma, de que até o século XIII “o rei dentro do seu reino” era “superior a qualquer outro” e exercia “direitos públicos limitados ou delegados”, e não significaria uma completa independência do Imperador (Gierke, Calasso e Wolf); b) outra, de que significaria completa independência do Imperador (Ercole e Mochy Onory). A interpretação varia de um povo a outro, mas a idéia parece ter sido a de independência do Império. Alguns comentários de Quentin Skinner (The Foundations of Modern Political Thought, vol. I, 1978) parecem-nos esclarecedores e vamos reproduzi-los. No meio do século XII não havia mais feudalismo no norte da Itália e as cidades tinham um governo consular eleito. “Regnum Italicum” era o norte da Itália. Para os glosadores havia o “dominus mundi”, que era o Imperador, e eles reproduziam o Código de Justiniano. Já os pós-glosadores defendem tese diferente, e Bártolo afirma que o Imperador tem que aceitar o fato da liberdade das cidades italianas, repetindo a idéia de Huguçcio: “Rex in regno suo est Imperator.” O grande aliado das cidades italianas na sua luta contra o Imperador foi o Papado. Este último, desde o Decreto de Gratiano (1140), que dá início ao Direito Canônico, afirma ter a “plenitudo potestatis”. Vários Papas afirmam que a sociedade cristã é unificada e o Papa é a cabeça. Bonifácio VIII na Bula “Unam Sanctam” defende a existência das duas espadas, uma temporal e outra espiritual, sendo que esta última é que tem o primado. No século XIII as cidades italianas começam a contestar a tese da Igreja.

5. Esta palavra se origina em “superanus”, -forma do médio latim, e o sufixo “anus” demonstra a sua origem popular, que parece ter o seu berço na França e na Inglaterra e se consolidando no decurso do século XII (Kleffens). Anteriormente se utilizavam as palavras “superior” e “maior”. Outros falam que a sua origem está no Baixo-latim “superanitas” (Verzijl). A palavra “superioritas” é ainda utilizada em tratados do século XVIII. A soberania tem uma origem burguesa ao permitir a construção do Estado moderno, destruindo as relações feudais (Francine Demichel).

6. Bodin foi antecedido em diversas de suas idéias por Enea Silvio Piccolomini.

7. Politis observa que na vida internacional a soberania foi consagrada na Paz de Vestefália, que "fundamentou o DI no triunfo das independências particulares".

8. A soberania em sentido absoluto leva à negação do DI, uma vez que ele fica reduzido a um mero "direito estatal externo". Sobre o conceito moderno de soberania, ver ainda o cap. XIX.

9. Os doutrinadores do século XIX costumavam distinguir soberania (noção que excluía o controle por terceiros dos negócios exteriores) de independência (autonomia nos assuntos internos).

9A. Nas palavras de A. Pellet assistência "é toda operação visando dar a um país em desenvolvimento uma vantagem que ele não poderia adquirir por meio de transações comerciais fundadas no equilíbrio de interesses puramente econômicos em prazo relativamente curto dos associados". Para Rudolf von Albertini assistência externa é a "transferência de recursos que não são feitos nas condições do mercado internacional".

9B. Alguns outros, como Michael Barratt Brown (Después del imperialismo, 1976), não aceitam a palavra neocolonialismo, porque o imperialismo não foi alterado em nenhum aspecto importante.

9C. As observações sobre a noção de dependência e assistência externas são tiradas de: Raphael Valentino Sobrinho — Ajuda internacional e desenvolvimento, in Themístocles Brandão Cavalcanti e outros — As Nações Unidas e os Problemas Internacionais, 1974, págs. 149 e segs.; Tibor Mende — De l'Aide à la Recolonisation, 1972; Angelos Angelopoulos — Le Tiers Monde face aux Pays Riches, 1973; David Wall — The Charity of Nations, 1973; Gunnar Myrdal — Le Défi du Monde Pauvre, 1971; Pierre Uri — Développement sans Dépendance, 1974; Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto — Dependência e Desenvolvimento na América Latina, 1973; Octavio Ianni — Imperialismo na América Latina, 1974; Celso Lafer e Felix Pena — Argentina e Brasil, 1973, pág. 33; Fernando H. Cardoso — Notas sobre Estado e Dependência, Cadernos CEBRAP, Caderno 11, 1973; Horacio L. Veneroni — Estados Unidos y las Fuerzas Armadas de América Latina. La Dependência Militar, 1974; Robert A. Packenham — Liberal American and the Third World, 1973; Joseph Comblin — Le Pouvoir Militaire en Amérique Latine, L'idéologie de la Sécurité Nationale, 1977; Theotonio dos Santos — Imperialismo e Corporações Multinacionais, 1977; Fernando Henrique Cardoso — As idéias e seu lugar. Ensaio sobre as teorias do desenvolvimento, 1980, especialmente págs. 57 e segs. e págs. 89 e segs.; Pierre Vayssiere — Les révolutions d'Amérique Latine, 1991; Lídia Goldenstein — Repensando a Dependência, 1994.

9D. Algumas críticas têm sido dirigidas à teoria da dependência: v. Francisco Weffort — O Populismo na Política Brasileira, 1978, págs. 165 e segs. (capítulo VIII deste livro). Observa este autor que a "teoria da dependência" gira em torno de algum tipo de teoria do imperialismo. A questão é saber "que tipo de teoria socialista ou pequeno-burguesa radical?". Para Rabah Benakouche (Acumulação Mundial e Dependência, 1980) a crítica que pode ser dirigida à teoria da dependência é que ela fala em "nação", negando assim a existência de classes antagônicas. Outra crítica que se pode fazer é que os dominantes são também dependentes, porque não há atualmente economia independente.

9E. Em Roma não se pensava o Estado de modo abstrato, como um poder impessoal. O Estado eram os cidadãos coletivamente, daí se denominarem de

"populus Romanus" (Wolfgang Kunkel — An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, 1985).

10. Esta classificação de Estados não é perfeita, bastando lembrar que a expressão Estados compostos é muitas vezes errada quando designa, por exemplo, a "Commonwealth", que não é um Estado. Muito mais próxima da realidade econômica e social da sociedade internacional dos dias de hoje é a fornecida por Vellas, com base na assistência técnica, econômica e financeira: primeira categoria: "Estados que não utilizam os serviços de assistência técnica multilateral ou bilateral"; segunda categoria: "Estados beneficiários de assistência técnica bilateral ou multilateral": a) "a assistência técnica é necessária"; b) "a assistência técnica é importante"; c) "a assistência técnica é estrutural" (não sobrevivem sem ela); terceira categoria: os Estados com competência internacional limitada ("neutros permanentemente, Estados exíguos e protegidos"). Levando-se em conta uma autonomia econômica e financeira do Estado, talvez o mais importante aspecto da moderna soberania, podemos, com fundamento em Vellas, dar uma classificação mais simples: a) Estados que não dependem de auxílio externo; b) Estados que dependem algumas vezes de auxílio externo e c) Estados que dependem estruturalmente de auxílio externo. Nesta classificação estariam os clássicos Estados soberanos, semi-soberanos e sem soberania. Entretanto, dentro desta classificação realista muito Estado considerado pelo DIP como soberano passaria a ser semi-soberano ou sem soberania. Preferimos todavia no texto da nossa exposição a classificação clássica, que é a mais didática e é a que se encontra consagrada no DIP, apesar de ser uma ficção. Sob outro ponto de vista, seguindo a Miaille, existem três formas políticas: a) sociedades não capitalistas; b) Estados capitalistas e c) Estados pós-capitalistas (Estados de transição socialista). Para o jurista francês o Estado liberal corresponde ao capitalismo de concorrência e o Estado autoritário ao capitalismo monopolista. O Estado liberal funciona com base na separação de poderes e na separação entre a sociedade civil e o Estado. Entretanto é preciso analisar em benefício de que funciona esta separação. Miaille observa que a eleição não é exclusiva do sistema liberal, porque havia monarquias eleitas. O que é próprio do Estado liberal, é o partido político, que surge com a consolidação da burguesia. Chama Miaille a atenção para o fato de que a mudança no poder não altera a política do Estado.

11. M. Mouskheli — Teoría Jurídica del Estado Federal, 1931; Louis Le Fur — État Fédéral et Confédération d'États, 1986; Ch. Durand — Les États Fédéraux, 1930.

11A. Um Estado federal se distingue do unitário: a) se os seus membros têm uma área de autonomia protegida pela constituição federal, conservando o direito de se darem uma constituição; b) se os membros participam dos órgãos federais; c) o Estado-membro de um Estado federal tem o direito de elaborar a sua constituição, sendo que isto não existe na comuna ou departamento do Estado unitário. Observa Ch. Durand que "a noção jurídica do Estado federal implica uma federação na qual a divisão de competência é fixada não por um pacto contratual, mas por uma Constituição verdadeiramente rígida". Por sua vez, o Estado federal se distingue da confederação: a) se o governo federal tem o poder de agir diretamente sobre os indivíduos; b) se as relações entre os membros não são regidas pelo DI. Mouskheli caracteriza o Estado federal: a) pela descentralização, que é

elevada; b) as coletividades participam na "formação da vontade federal". Alguns autores (Juan Fernando Badia) têm colocado entre o Estado unitário e o Estado federal um novo tipo: o Estado regional (Itália). A região, na definição de P. Virga, é "uma entidade pública territorial dotada de autonomia legislativa". A região permite melhor atendimento às necessidades locais. Ela não tem poder constituinte como possui o Estado-membro no Estado federal. Entretanto, perante o Estado regional pode ter diversos graus de autonomias regionais. No Estado regional há uma pluralidade de fontes legislativas, enquanto no Estado unitário há uma só fonte criadora de leis formais. Pode-se acrescentar, com Paulo Bonavides, que a região pode existir no Estado federal e no Estado unitário.

12. A convenção sobre direitos e deveres dos Estados (Montevideu, 1933) estipula, no art. 2º: "O Estado federal constitui uma só pessoa ante o Direito Internacional."

12A. Karl Loewenstein comenta que o federalismo se encontra ultrapassado nos EUA e apresenta os seguintes argumentos: a) o Presidente é o mais forte suporte do sistema político; b) o Senado não exerce mais a proteção dos Estados-membros; c) os Estados-membros recebem subvenções federais; d) os partidos, sindicatos e associações são nacionais, etc. Este fenômeno tem ocorrido na maior parte dos Estados federais, por exemplo, nos países subdesenvolvidos; a ingerência do governo central faz com que desapareça a autonomia dos Estados-membros.

13. Na Alemanha Ocidental os "Länder" podem concluir tratados com Estados estrangeiros com a aprovação do governo federal.

13A. A URSS tinha no seu Estado federal aspectos de Estado unitário, tendo em vista a importância política do Partido Comunista, que tem uma organização unitária. Na verdade a Constituição de 1977, no art. 70, definia a URSS como "Estado federal unitário". Na URSS existem 126 nacionalidades.

14. Em 1947 se reafirmou por emenda constitucional que o poder de denunciar tratados compete à União.

15. As repúblicas federais gozam deste direito na URSS, apesar de ela ser um Estado federal. O direito de secessão foi mantido na constituição soviética de 1977. Na verdade, é muito difícil fazer uma teoria geral da confederação de Estados e do Estado federal, uma vez que na prática as características de uma se misturam com as do outro. Quando a Síria se desligou da RAU (1961), ela voltou a ocupar, automaticamente, o seu lugar na ONU. Finalmente, é de se assinalar que em 1971 foi criada a Federação Árabe, formada pela RAU, Líbia e Síria, com a finalidade de recuperar os territórios ocupados por Israel em 1967. Ela era uma confederação, vez que os países que a compunham guardam a sua soberania. Atualmente não existe mais a RAU, e o Egito passou a se denominar de República Árabe do Egito. Outras tentativas têm sido feitas no mundo árabe, mas fracassado: Egito e Líbia (1972); Iraque e Jordânia (1958); Líbia, e Tunísia (1947); etc. Uma tentativa recente foi a União entre Líbia e Marrocos, criada em 1984; e cuja presidência seria alternada entre os presidentes de ambos os países. Ela previa a criação de um Secretariado Permanente e várias comissões para assuntos políticos, econômicos, sociais e de defesa com a finalidade de desenvolverem projetos comuns. Ela não era uma federação, mas talvez o núcleo para uma. Entretanto, não entrou em vigor.

16. Um caso interessante é o da RAU, citado acima. Ela tinha uma única representação na ONU. Tudo indicava que a Síria e o Egito tinham perdido a sua

personalidade internacional. Entretanto, quando a Síria saiu da RAU, em 1961, ela foi reconhecida sob a forma de reconhecimento de governo e convidada a recuperar o seu lugar na ONU.

17. Na verdade, o Estado federal, na sua concepção clássica, que implicava um respeito à autonomia do Estado-membro, quase que desapareceu em virtude da intervenção cada vez maior do governo federal.

18. Massimo Pilotti — *Les Unions d'États*. in *RdC*. 1928, vol. IV, t. 24, págs. 441 e segs.; Paul Reuter — *Actualité de l'Union Personnelle*. in *Mélanges Gilbert Gidel*, 1961 págs. 483 e segs.

19. A denominada União Incorporada é a resultante da fusão de vários Estados; por exemplo, a Grã-Bretanha, formada pela incorporação da Inglaterra, do País de Gales (1536), da Escócia (1707) e da Irlanda (1800-1921). Todavia, ela é um Estado unitário e não apresenta problemas para o DI, uma vez que os Estados anteriores desaparecem e dão nascimento a um novo Estado, com uma única personalidade internacional.

20. J. E. S. Fawcett — *The British Commonwealth in International Law*, 1963.

21. Não existe uma denominação oficial obrigatória; todavia, desde 1948 a palavra "Britânica" foi suprimida, passando a ser mais utilizada a de "Commonwealth of Nations".

22. Frantz Despagnet — *Essai sur les Protectorats*, 1896.

23. Além das formas que estudaremos abaixo dos Estados semi-soberanos, tem-se incluído o Estado neutro permanentemente, cujo estudo faremos no cap. XX.

24. Frantz Despagnet — *Essai sur les Protectorats*, 1896; Giancarlo Venturini — *Il Protettorato Internazionale*, 1939; C. H. Alexandrowicz — *The Afro-Asian World and The Law of Nations (Historical Aspects)*, in *RdC*, 1968, vol. I; t. 123, págs. 189 e segs.

25. O Egito, em 1921, foi declarado Estado protegido por ato unilateral da Inglaterra.

26. Algumas vezes o protegido entrega ao protetor algumas competências no seu âmbito interno, como arrecadação de impostos, administração do exército, etc. O sistema de protetorado foi sempre um disfarce para encobrir a anexação, daí J. J. Chevalier dizer que foi "um véu pudicamente lançado sobre a anexação". P. F. Gonidec e Tran Van Minh escrevem que foi "um sistema imposto pelas circunstâncias e que o colonizador não tinha qualquer intenção de respeitar".

27. O estabelecimento de um protetorado eximia a potência da ocupação efetiva, como fora exigido pela Conferência de Berlim (1885) para a aquisição de território. Entretanto, as suas origens são anteriores ao Congresso de Berlim.

28. Pierre Vellas — *Les États exigus en Droit International Public*, in *RGDIP*. Octobre-Décembre, 1954, n° 4, págs. 559 e segs.; Elertard Saint-Girons — *L'ONU et les micro-États*, in *RGDIP*. Avril-juin, 1972, n° 2, págs. 445 e segs.; A. Rigo-Sureda — *The evolution of the right of self-determination*, 1973, págs. 274 e segs.; Michael M. Gunther — *What Happened to the United Nations Ministate Problem?*, in *AJIL*, January, 1977, vol. 71, n° 1, págs. 110 e segs.; Wolfgang Ramonat — *Microstates in the United Nations*, in *Aussen Politik*, vol. 2, n° 3, 1981, págs. 283 e segs.

29. Não são incluídos entre os Estados exíguos os Vales de Andorra, que se encontram submetidos, no domínio espiritual, ao bispo de Urgel (Espanha), e no domínio temporal, à França. Esta situação remonta a 1278. A jurisprudência fran-

cesa ora considera esta região como território francês (regime de estrangeiros), ora como território estrangeiro (extradição). Nos anos pares, os tributos vão para o bispo de Urgel; e nos anos ímpares, para o Presidente da França. Existem delegados permanentes dos co-príncipes. Na verdade, Andorra não é uma coletividade estatal, e os seus habitantes não interferem na escolha dos seus governantes, e constitui uma verdadeira sobrevivência no século XX de uma forma feudal. Alguns autores (Delbez) vêem aí um caso de co-império. Andorra tem uma nacionalidade e um passaporte andorrês. É administrada por um Conselho dos Vales, cujos membros são eleitos pelas paróquias. Este Conselho elege no seu interior um síndico (Vellas). As suas relações internacionais são conduzidas pela França. Andorra tem um direito próprio consuetudinário, um governo e uma administração de justiça. O co-principado é a título pessoal: o Presidente da França e o bispo de Urgel. Andorra não tem qualquer dependência jurídica em relação à Espanha, que ali desempenha atividades de educação e postal. Andorra tem uma participação muito pequena na vida exterior. Os plenos poderes, a partir de 1973, são assinados pelos dois co-príncipes, ocorrendo o mesmo com o *exequatur* a cônsules estrangeiros. Vários países têm ali consulado. Andorra é pessoa internacional. Em 1993 uma Constituição aprovada por referendo afirma que os Vales de Andorra é um Estado independente mas que mantém o "co-principado parlamentar".

30. Michel-Henri Fabre — Rayons et ombres sur le statut international des démocraties populaires, in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*. 1961. págs. 229 e segs.

30A. D. P. O'Connell — *International Law for Students*, 1971, pág. 151.

30B. Resoluções da AG da ONU (1972 e 1973) afirmam que os EUA devem tentar a sua descolonização. As decisões da Corte Suprema de Porto Rico são suscetíveis de apelação perante as Cortes Federais dos EUA em virtude do princípio da superioridade da Constituição dos EUA sobre a Constituição de Porto Rico.

31. José M. Cordero Torres — *La Evolución de la Personalidad Internacional de los Países Dependientes*, 1950.

32. Gilbert Caty — *Le Statut Juridique des États Divisés*, 1969; Aldo Bernardini — *La Question Tedesca nel Diritto Internazionale*, 1973; Daniel Colard — *Le "traité fondamental" du 21 décembre 1972 entre la R.F.A. et la R.D.A.*, in *RGDIP*, Avril-Juin 1973, n° 3, págs. 444 e segs.; *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 8, 1991, *Réunification de L'Allemagne et Constitutions*.

33. Existia uma concepção doutrinária de que havia um núcleo estatal, que era o Estado global que cobre os Estados parciais. Esta concepção servia para justificar na maioria das vezes a unificação destes Estados parciais, que têm de um modo geral esta como meta. Os acordos de 1970 entre as duas Alemanhas estabelecem a existência de dois Estados. Entretanto, a Alemanha Ocidental sustenta que existe uma única nação alemã, enquanto a Alemanha Oriental defende que existem duas nações alemãs. Entretanto, o reconhecimento da Alemanha Oriental, como Estado, pela Ocidental, é uma alteração na política desta, que sustentava não ser aquela um Estado. A Alemanha Ocidental alegava que não se aplicava o princípio de efetividade a situações originadas de uma guerra e não regulamentadas por tratado de paz, bem como que a Alemanha Oriental não tinha soberania e possuía um governo Quisling. Para a Alemanha Ocidental as relações entre as duas Alemanhas são regidas por um "direito interpartes especial", enquanto para a Alemanha Oriental fazem parte do DI Geral. Contudo, com a unificação alemã, ela perdeu o interesse.

CAPÍTULO XVII

RECONHECIMENTO DE ESTADO E GOVERNO¹

156 — Reconhecimento de Estado: noção; 157 — Condições de "estatalidade"; 158 — Natureza jurídica; 159 — O reconhecimento condicional; 160 — O reconhecimento como ato unilateral; 161 — O reconhecimento como ato revogável; 162 — O reconhecimento como ato discricionário; 163 — O reconhecimento como ato retroativo; 164 — O Estado não reconhecido perante a jurisdição de outro; 165 — Reconhecimento de Estado por organismos internacionais; 166 — Forma; 167 — Reconhecimento de governo: noção; 168 — Governo "de facto" e governo "de jure"; 169 — Requisitos de um governo para ser reconhecido; 170 — Da obrigatoriedade do reconhecimento de governo; 171 — A questão dos atos e leis de um governo não reconhecido e a sua validade; (172) — Efeitos; (173) — Doutrinas americanas; 174 — Reconhecimento condicional e retroatividade; (175) — Forma; (176) — Reconhecimento "de facto" e "de jure"; 177 — Governos no exílio; 178 — O princípio do não-reconhecimento.

156. Ao surgir na sociedade internacional um Estado, deverá ocorrer o seu reconhecimento,² que é o ato pelo qual os Estados já existentes constatarem a existência do novo membro da ordem internacional.³

A Holanda, após a sua independência (século XVII), parece ter sido o primeiro caso de um Estado novo ter-se tornado membro da sociedade internacional europeia, isto é, houve "o reconhecimento de um novo Estado" (Fischer Williams).⁴

O reconhecimento (Estado ou governo) é dado após um "pedido" do "interessado", através de uma notificação dirigida aos demais Estados.

Não existe no DI a fixação de um momento para que seja feito o reconhecimento. A questão da sua oportunidade é de apreciação discricionária do Estado autor do reconhecimento. Todavia, a prática interna-

cional e a doutrina têm salientado que ele não deve ser um ato prematuro, como ocorreu com o reconhecimento pelos EUA do Panamá (1903) e o das colônias americanas (EUA), mal iniciada a guerra de independência, pela França (1778). A fim de se evitar a repetição destes atos prematuros é que se tem esperado pelo reconhecimento da metrópole, para que então os demais Estados façam o seu reconhecimento (ex.: à Indonésia só foi dado o reconhecimento após o da Holanda ter sido formulado). Nos casos da Croácia, Eslovênia e Bósnia-Herzegovina, na década de 90, os países integrantes da CEE efetuaram o reconhecimento antes que a Iugoslávia o fizesse. Ainda em relação à antiga Iugoslávia, pode-se ressaltar que a Macedônia também proclamou a sua independência e foi reconhecida por alguns países europeus e ingressou na ONU. A Grécia, que a reivindica, tem protestado. A Croácia foi reconhecida quando ainda não havia o exercício de uma autoridade efetiva. Entretanto, a prática que mencionamos acima funcionou quando da independência dos países bálticos (Letônia e Estônia) e, de um modo geral, nos Estados que surgiram da antiga URSS.

Alguns autores (Rosalyn Higgins) têm salientado que o reconhecimento precipitado da Croácia e da Eslovênia transformou uma guerra civil em guerra internacional. Não concordo com esta afirmação de modo integral, vez que as guerras de libertação nacional são caracterizadas como conflitos armados internacionais. O reconhecimento pode apenas ter acirrado a luta. Durante o processo de descolonização, houve casos de reconhecimento prematuro, enquanto a luta armada ainda não tinha terminado.

Verhoeven observa com razão que de um certo modo o reconhecimento de Estado é dado quando ele começa a se relacionar na sociedade internacional, o que nem sempre ocorre apenas após ele ter alcançado a independência. Assim, a Índia já exercia competências internacionais antes de atingir a independência. *M: Índia*

A grande vantagem para a coletividade de ser reconhecida como Estado é que ela ganha uma proteção, vez que não há mais discussão, de ter a sua soberania respeitada. *100% m*

157. ● DI só considera uma coletividade como Estado e, portanto, digna de ser reconhecida, quando preenche três requisitos:

- (a) que o seu governo seja independente no sentido de não depender de outro governo estrangeiro e possuir uma autonomia na conduta dos seus negócios exteriores. Este último aspecto foi acentuado na ONU ao se discutir o ingresso da Mongólia Exterior e do Ceilão;
- (b) que este governo tenha uma autoridade efetiva sobre o seu território e população, e o governo deve cumprir com as suas obrigações internacionais;
- (c) que esta coletividade estatal a ser reconhecida possua um território delimitado.

Os requisitos acima enunciados são exaustivos (Lauterpacht), e não interessa saber a sua origem, forma de governo, etc. Na prática a efetividade do governo não tem sido uma condição para o reconhecimento de Estado, sendo que o próprio Congo (Zaire) foi reconhecido como tal sem atender a esta condição. Entretanto, a ONU, no caso da Rodésia do Sul, aprovou resolução no sentido de não se reconhecer Estado que consagre o "apartheid". Alguns autores (James Crawford) sustentam que há um dever de não reconhecimento quando há violação de normas de "jus cogens". Assim, nenhum Estado reconheceu até hoje os bantustans criados pela União Sul-africana (Transkei, 1976; Bophuthatswana, 1977; Venda, 1979; Ciskei, 1981). Só ela mesma reconhecia.

Podemos concluir que a coletividade estatal digna de ser reconhecida como Estado é aquela que possui: população, território, governo e soberania. São estes os requisitos necessários para a existência de um Estado como pessoa internacional plena, e esclarecendo-se apenas que o governo deverá ser efetivo e possuir certo grau de estabilidade.

● reconhecimento de Estado ou governo tem como função prática principal demonstrar que o que reconhece não tem "restrições especiais para cooperação ou cortesias" em relação ao reconhecido (Blix).

Pode-se acrescentar que a ●ONU não reconhece situações contrárias à descolonização (Rodésia).

Um dos efeitos do reconhecimento de Estado é o estabelecimento de relações diplomáticas. Entretanto, muitas vezes são utilizados subterfúgios. Para ambas as Chinas, só existe uma China, e a outra não existe como Estado. Assim, após o estabelecimento de relações diplomáticas pelos EUA junto à China Continental, as relações teriam que ser rompidas com Taiwan, mas se utilizou um "subterfúgio" e Taiwan passou a ter em Washington um "Conselho de Coordenação para os assuntos norte-americanos", que, em 1994, foi transformado em "Escritório de representação de Taipei".

158. A natureza jurídica do reconhecimento de Estado tem sido assunto dos mais discutidos no DI, uma vez que da posição assumida decorrerão diversas consequências.

A doutrina encontra-se dividida em duas correntes: a constitutiva e a declaratória, tendo surgido ainda uma terceira, que é uma conciliação das duas anteriores (mista).⁶

A teoria constitutiva, que tem as suas raízes no hegelianismo e formulada por Jellinek (seguida por Anzilotti, Triepel, etc.), sustenta que a personalidade do novo Estado é constituída pelo ato do reconhecimento, vez que não existiria um direito acima das coletividades estatais. Esta doutrina, que tem assim a sua origem no século XIX, considerava o reconhecimento de Estado como um ato político e constitutivo.

A teoria declaratória afirma que o reconhecimento do Estado é um simples ato de constatação do Estado que preexiste a ele. Ao contrário da teoria constitutiva, a personalidade estatal não seria criada pelo reconhe-

cimento, uma vez que ela existe desde que tenha os requisitos mencionados. É a concepção seguida pela maioria dos doutrinadores: Scelle, Accioly, Sereni,⁷ etc.

A doutrina constitutiva não se coaduna com a prática internacional por diversas razões: a) o reconhecimento é um ato retroativo; b) o Estado seria "recriado" tantas vezes fosse reconhecido; c) se o reconhecimento fosse constitutivo, o Estado não reconhecido poderia cometer violações de normas internacionais, uma vez que ele não seria responsabilizado por não ser sujeito de direito; d) um Estado reconhecido por um grupo de Estados tem a sua personalidade oponível mesmo àqueles que não o reconheceram (Delbez); e) os Estados já existentes passariam a controlar o aparecimento de novos Estados;⁸ f) seria revogável; g) não seria retroativo.

A prática internacional também se manifesta a favor da teoria declaratória: a convenção sobre direitos e deveres dos Estados (Montevideu, 1933);⁹ a Carta da OEA (Bogotá, 1948 e Buenos Aires, 1967). A própria jurisprudência internacional (sentença do tribunal arbitral alemão-polonês) já se mostrou favorável à teoria declarativa: Neste mesmo sentido estariam algumas decisões da Corte Suprema norte-americana no início do século XIX.

A teoria mista (Lauterpacht) considera que o reconhecimento constata um fato (teoria declaratória), mas que ele constitui, entre o Estado que reconhece e o reconhecido, direitos e deveres (teoria constitutiva). Esta concepção tem um fundo de verdade, uma vez que as relações diplomáticas entre as duas comunidades estatais (a que reconhece e a reconhecida) só são estabelecidas após o reconhecimento. Todavia, o estabelecimento das relações diplomáticas é um fato que não faz parte do reconhecimento; se é verdade que elas só se estabelecem após o reconhecimento, nada impede juridicamente que ele seja dado e não haja o estabelecimento de relações diplomáticas. Outros (Visscher) afirmam que o reconhecimento é declaratório porque constata a existência de um fato, mas que ao mesmo tempo ele também é constitutivo porque acaba com a incerteza.

159. No século XIX admitia-se o reconhecimento como sendo suscetível de ter uma condição. Deste modo, na Conferência de Berlim (1878), a Bulgária, Romênia, Sérvia e Montenegro foram reconhecidos com a condição de assegurarem igualdade de direitos a todos os habitantes, sem distinção de religião e cultura.

A prática de se subordinar o reconhecimento a uma condição se encontra abandonada, em virtude de o reconhecimento ter deixado de ser um ato meramente político para ser também um ato jurídico.¹⁰

A condição é um elemento estranho ao reconhecimento, e, nos dias de hoje, mesmo que ela não seja cumprida, não afeta o reconhecimento, que continua válido e existindo. Não cumprimento da condição acarreta a responsabilidade internacional do Estado, mas não afeta o reconheci-

mento. ● reconhecimento é incondicional (art. 6^o da convenção sobre direitos e deveres dos Estados, Montevideu, 1933).

Esta prática está sendo alterada. A CEE fixou as seguintes condições para reconhecer os novos Estados que surgem na Iugoslávia e na URSS: a) estado de direito e democracia conforme os princípios das NU e da Ata de Helsinki; b) garantia dos direitos das minorias e grupos étnicos; c) respeitar as fronteiras, que só poderão ser alteradas por consentimento mútuo; d) a aceitação dos tratados de desarmamento, sendo que esta última se aplica acima de tudo às repúblicas surgidas da URSS.^{10a} Parece ter sido esta prática adotada como uma fórmula de compromisso, vez que a Alemanha desejava efetuar um reconhecimento imediato, enquanto a França, Espanha e Grã-Bretanha apresentavam reservas ao reconhecimento. A Alemanha reconheceu logo a Eslovênia e a Croácia e, posteriormente, a Bósnia. Em 15/1/92 a CEE reconheceu a Eslovênia e a Croácia. Fora da CEE, a Bulgária reconheceu a Eslovênia, Croácia, Bósnia e a Macedônia. Estes casos mostram que o instituto do reconhecimento do Estado se encontra em transformações não ainda cristalizadas.

Algumas outras observações podem ser acrescentadas, como que a Grécia reconheceu a Macedônia como a Antiga República Iugoslava da Macedônia, enquanto a Iugoslávia a reconhece como Macedônia. A Comunidade Européia considerou indispensável que os estados da antiga Iugoslávia consagassem o "uti possidetis juris" que prevalece sobre o direito de autodeterminação. Ela considerou que a Iugoslávia após a sua "dissolução precisava de novo reconhecimento. Os acordos de Dayton (1995) sobre a Bósnia foi um reconhecimento implícito. Em 1996 a França foi o primeiro país a nomear embaixada em Belgrado.

160. ● reconhecimento é um ato unilateral no sentido de que a sua validade repousa na manifestação de vontade de um único sujeito de direito e produz efeitos jurídicos.

Foram poucos os autores (Anzilotti, Triepel) que sustentaram ser ele um ato bilateral. Esta posição dos citados partidários da teoria constitutiva é contraditória, porque se é o reconhecimento que cria a personalidade internacional, como seria possível que uma coletividade sem esta personalidade assinasse um tratado ou acordo?

Mais recentemente alguns autores (Chaumont) têm sustentado que o reconhecimento é bilateral, tendo em vista que ele só é dado quando se "ultrapassa certas contradições".

A maioria das doutrinas, nos dias de hoje, admite a unilateralidade do reconhecimento. Pode-se dizer que se ele fosse bilateral seria um acordo e perderia a sua especificidade (Verhoeven).

A principal função do reconhecimento é constatar a existência de um novo Estado, e esta competência ainda se encontra no âmbito do Estado que age unilateralmente. A única exceção é quando o Conselho de Segurança proíbe o reconhecimento. (John Dugard).

161. O reconhecimento é um ato irrevogável.¹¹ Neste sentido têm-se manifestado todos os defensores das teorias em luta sobre a natureza jurídica do reconhecimento.

Esta irrevogabilidade não contaria a unilateralidade do ato. No próprio direito interno existem atos unilaterais que são irrevogáveis, como é o caso da promessa de recompensa.

Ao se falar em irrevogabilidade, não significa isto que o reconhecimento seja perpétuo; quer dizer apenas que quem o efetuou não pode retirá-lo discricionariamente. Todavia, ele é dado ao Estado para que preencha os requisitos já enunciados. Ora, se um destes requisitos deixa de existir, o reconhecimento desaparece. Tal fato ocorre, por exemplo, quando um Estado soberano passa a ser colônia de outro Estado. O reconhecimento não é retirado, ele apenas caduca.

Por outro lado, é de se salientar que o rompimento de relações diplomáticas não implica retirada do reconhecimento dado anteriormente.

É interessante observar que não se reconhece o desaparecimento do Estado. No campo doutrinário, A. Raestad, desejando penalizar as anexações territoriais que violassem o DI, propôs este reconhecimento, mas não obteve aceitação.

162. O reconhecimento é um ato discricionário.¹² O Estado utiliza-se dele quando bem entender. É que ele ainda é um ato com aspecto político, ao lado do jurídico (Kelsen). Ele traduz também o tratamento que o autor do reconhecimento pretende dar ao reconhecido; por exemplo, manter relações diplomáticas com ele. Este aspecto político manifesta-se acentuadamente em virtude de, ao ser feito o reconhecimento de Estado, *ipso facto*, também se reconhecer o seu governo.

Este aspecto discricionário decorre ainda da soberania dos Estados.

A doutrina tem considerado que no futuro ele se tornará obrigatório, uma vez que deverá predominar o aspecto jurídico.

163. A retroatividade do reconhecimento é uma necessidade da vida internacional. Se não houvesse a retroatividade, haveria uma solução de continuidade na personalidade do Estado.

Na verdade, a retroatividade decorre da própria natureza declaratória do reconhecimento, uma vez que o Estado existe antes dele, e o reconhecimento é uma simples constatação.

164. Um dos grandes problemas em relação ao reconhecimento de Estado é o de se saber da validade dos atos emanados da nova coletividade estatal antes de ela ser reconhecida.

A doutrina tem-se dividido na apreciação da jurisprudência interna dos Estados: alguns (Kelsen) a vêem como aceitando a validade destes atos, enquanto outros (Lauterpacht) a interpretam de modo contrário.

Na prática, um tribunal, ao ter de julgar um ato emanado de uma coletividade estrangeira em que há dúvida em saber se ela é Estado ou

não, envia uma consulta ao Executivo. Esta prática tem a finalidade de evitar dentro de um mesmo Estado duas atitudes diferentes.

Lauterpacht assinala que o Judiciário somente reconhece a validade dos atos: a) quando o não reconhecimento, conforme a informação do Executivo, ocorre em virtude de fatores políticos; b) quando existem razões de justiça para aceitar a validade dos atos. Na verdade, negar a validade de tais atos é, na maioria das vezes, cometer injustiça em relação a simples particulares.

A tendência é no sentido de se reconhecer a validade de tais atos. Esta prática deverá se firmar pelo menos no âmbito das relações interamericanas. Da Carta da OEA, ao declarar que um Estado existe independentemente do seu reconhecimento, deverão os tribunais do nosso continente tirar todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a aceitação da validade dos atos emanados do Estado não reconhecido. Negar esta posição, entre nós, é violar a soberania do outro Estado e a igualdade jurídica.¹³

165. A questão consiste em saber se um Estado, ao ser admitido em uma organização internacional, se este ingresso poderia ser considerado como um reconhecimento pelos demais membros da organização.

No tempo da Liga, considerava-se que a admissão significava um reconhecimento tácito coletivo (Fauchille), uma vez que os Estados lidavam em conjunto com diversos assuntos (ex.: orçamento), bem como pelo art. 10 eles garantiam mutuamente os seus territórios e independência. Ora, observa Rousseau: "só se garante aquilo que se reconhece".¹⁴

Atualmente, por influência da doutrina norte-americana, se tem interpretado tal fato como não significando reconhecimento. Este só existiria em relação à própria organização, que tem personalidade distinta da dos seus membros. Esta é a posição adotada na ONU.

A doutrina (Aguilar Navarro) tem apresentado alguns reparos a esta posição, vez que o reconhecimento seria uma necessidade da própria organização internacional que se fundamenta na cooperação entre seus membros. A grande questão nesta matéria é que os defensores do reconhecimento como ato jurídico e obrigatório não podem admitir o não reconhecimento na hipótese estudada. Ao contrário, a prática ainda o considera um ato com aspecto político e discricionário; conseqüentemente, nega em tal caso o reconhecimento por parte dos Estados-membros da organização. Na verdade, negar o reconhecimento, como se faz neste caso, é criar uma ficção perigosa para a sociedade internacional. A doutrina mais recente (Denys Simon) tem sustentado a qualidade de membro em uma organização internacional como tendo "valor de reconhecimento internacional".

166. O reconhecimento pode ser feito de modo expresso ou tácito.^{14A} O expresso apresenta-se sob duas formas: individual e coletiva.^{14B}

a) individual quando é ato emanado de um Estado através dos seus órgãos: chefe de Estado ou ministro das Relações Exteriores. Ex.: nota diplomática (a França, ao reconhecer Israel); convencional (o Brasil foi reconhecido pela França no Tratado de 1826); outras vezes há um reconhecimento recíproco convencionalmente (Tratado de Latrão, 1929):

b) coletivo (o reconhecimento da Bulgária, Romênia, Sérvia e Montenegro pelos Estados que assinaram o Tratado de Berlim, 1878):

O tácito¹⁵ também se apresenta sob duas formas: individual e coletivo:

a) individual — envio ou recepção de agentes diplomáticos; (reconhecimento da Albânia pela Sérvia, 1913), ou recepção de cônsules enviados pela nova coletividade estatal.¹⁶ Para evitar o reconhecimento, é comum a manutenção de relações através de agentes oficiosos;

b) coletivo — ocorre quando um tratado é assinado sem que ele trate de reconhecimento (o Laos, Camboja e Vietnã assinaram o tratado de paz com o Japão — 1951).¹⁷

A prática internacional registra que o reconhecimento de Estado pode ser “de facto” e “de jure”.¹⁸ O primeiro seria provisório e revogável, ao contrário do segundo, que seria definitivo e irrevogável. Esta distinção, que na prática foi aplicada sobretudo em relação aos governos, é insubsistente porque todo reconhecimento, como vimos, é irrevogável, ou seja, ele é sempre “de jure”. O grande efeito do reconhecimento é que ele cria para quem reconhece a obrigação de respeitar a situação reconhecida (J. Charpentier).

167. O reconhecimento de governo deve ocorrer sempre que um novo governo se instalar em um Estado, com a violação do seu sistema constitucional, isto é, quando ele alcança o poder por meios não previstos no sistema jurídico estatal.

É de se salientar que se o governo que está no poder der um golpe de Estado para nele se perpetuar, alterando o quadro constitucional, não há a figura do reconhecimento, uma vez que não é um novo governo. Entretanto, é preciso salientar que estas “regras” não são fixas e variam com a situação política. Assim, em 1945, com a queda de Getúlio Vargas, o novo governo que subiu ao poder (ministro Linhares) não foi considerado como precisando de ser reconhecido. Os EUA, em 1945, consideraram dispensável reconhecer o governo Linhares porque a sucessão seguira o estabelecido na Constituição. Em 1969, com a doença do presidente Costa e Silva, subiu ao poder uma junta formada pelos ministros militares, que também se considerou como não precisando de ser reconhecida. Por outro lado, a França adota uma prática de dispensar o reconhecimento do novo governo quando a sua mudança foi feita sem interferência externa e que não altera “a condição internacional do Estado” (Daniel Vignes e Augusto Bette). Em sentido semelhante está a Resolução nº 205, de 1969, do Senado dos EUA. Assinala Peterson uma prática semelhante na América Latina no período entre as duas guerras mundiais, onde uma série de golpes de

Estado desenvolveu a prática de não ser necessário o reconhecimento de governo quando o novo é uma facção do antigo, já reconhecido.

A razão deste instituto consiste, segundo Jiménez de Aréchaga, em ser:

a) um meio que os terceiros possuem para declarar qual o governo do Estado, uma vez que após as revoluções existem alguns casos em que a situação é confusa; b) um meio que os terceiros possuem para coagir o novo governo a cumprir com obrigações internacionais assumidas pelo governo anterior em nome do Estado. É verdade que o governo, mesmo não reconhecido, está sujeito às obrigações internacionais assumidas pelo governo anterior.^{18A} Pode-se acrescentar ainda que este instituto tem a vantagem de informar aos tribunais quem é o governo do Estado estrangeiro.

No caso de reconhecimento de governo, predomina a prática nacional e não da sociedade internacional. O 3º Mundo contesta a legitimidade do interesse internacional no reconhecimento do governo, porque considera isto uma intervenção.

168. A doutrina (Podestá Costa) tem apresentado, com fundamento na prática internacional, a distinção entre governo “de facto” e governo “de jure”.

O governo “de facto” é aquele que atinge o poder através de meios não previstos na Constituição e funciona por meio de órgãos não previstos na Carta Magna, bem como a sua autoridade é mantida pela força. Ele tende a se transformar em governo “de jure”.^{18B}

O governo “de jure” chega ao poder por processo previsto na Constituição e funciona por meio de órgãos nela previstos.

Esta distinção entre as duas formas de governo apresentada pelo internacionalista argentino não tem, a nosso ver, qualquer razão de ser, apesar de ela ter algum apoio na prática internacional. A origem extralegal do governo não tem, nos dias de hoje, qualquer relevância para a vida internacional, uma vez que, perante o DI, as obrigações dos governos “de jure” e “de facto” são as mesmas.¹⁹ Na verdade, o qualificativo “de facto” ou “de jure” é meramente político, dependendo das simpatias que o novo governo desperte no autor do reconhecimento.

A diferença entre as duas formas de governo só tem alguma vantagem quando se apresentarem dois governos no mesmo Estado, porque neste caso existe uma presunção em favor do governo “de jure”.

De qualquer modo, todo governo que exerça a sua autoridade como sendo a única em um Estado é governo “de jure”.²⁰ É o critério da exclusividade da autoridade, que tem sido assinalado como o que passa um governo “de facto” a “de jure”. Ora, o terceiro, ao reconhecer um governo, normalmente deve esperar que ele preencha certos requisitos, a fim de evitar o reconhecimento de governos instáveis ou temporários, ou que não preencham as condições fixadas pelo DI.²¹ Deste modo, o reconhecimento dirige-se quase sempre ao governo “de jure”, isto é, ao governo “de facto”,

quanto à sua origem extralegal, mas que exerce a sua autoridade sobre todo o Estado.

É preciso salientar que governo de direito não se confunde com legitimidade. Todo governo (poder) acaba por promulgar um direito que o justifique. Entretanto, parece-nos que o próprio direito talvez não seja legítimo. Legitimidade é quando o governo atende aos valores existentes na sociedade em que ele se instala. Entretanto, a legitimidade tem sido irrelevante na ordem jurídica internacional, apesar dos esforços feitos no Legislativo de alguns países (França) para se evitar o reconhecimento do governo chileno de Pinochet devido a suas constantes violações dos direitos do homem (poderia ser um critério de legitimidade). É de se recordar que a política externa é matéria da competência do Poder Executivo. A legitimidade na ordem jurídica internacional tem sido substituída pelo princípio da efetividade. A prática tem sido, em alguns países (França, 1965), inclusive, a de se dispensar o reconhecimento de governo, tendo em vista que a sua mudança não atinge o Estado como pessoa internacional.

169. Para que um novo governo seja reconhecido pelos demais membros da sociedade internacional, necessita preencher determinados requisitos.

No início do século XIX exigia-se, para que um governo fosse reconhecido, a sua legitimidade. Esta prática difundiu-se com a política da Santa Aliança e foi consagrada no Protocolo de Troppau (1820). Considerava-se que a substituição revolucionária de governo era uma ameaça para os outros. Este requisito foi abandonado, porque ele violava o princípio da autodeterminação, apesar de se encontrar na base de algumas doutrinas americanas de reconhecimento de governo (Tobar, Wilson, Bancourt). Na verdade, os terceiros Estados, ao apreciar este requisito, estavam praticando uma intervenção indevida nos negócios internos do Estado cujo governo devia ser reconhecido. A exigência deste requisito significa consagrar o *status quo* na maioria das vezes.

Atualmente, os requisitos que um governo deve atender para ser reconhecido são os seguintes:

a) efetividade, que pode ser definida "como o controle de fato da maquinaria administrativa do Estado, e a aquiescência da população do Estado ao novo governo, a qual se manifesta pela ausência de resistência armada às novas autoridades" (Jiménez de Aréchaga). Como se pode observar, abandona-se, pela definição acima, o critério de se verificar a efetividade pelo domínio da capital por parte do governo.

b) o cumprimento das obrigações internacionais do Estado. Teria este requisito surgido de modo claro em 1877, em mensagem do presidente Hayes (EUA) ao Congresso acerca do reconhecimento do governo de Díaz.²² O não atendimento deste requisito é que fundamentou o não-reconhecimento do governo soviético após a revolução de 1917 pelos países ocidentais.²³ Este requisito fundamenta-se na identidade e continuidade

do Estado,²⁴ pessoa internacional, apesar da mudança de governo. Na América Latina, com exceção do México em 1867 e da revolução cubana, sempre se aceitou cumprir este requisito. Em 1979 o governo sandinista declarou não assumir as dívidas contraídas por Somoza, mas pouco depois ele, no mesmo ano, voltou atrás. A própria URSS, em acordo com os EUA, estabeleceu o pagamento da dívida e, em 1986, em acordo com a Grã-Bretanha, também se comprometeu a pagar os detentores de bônus russos (Gonzalo Biggs).

c) aparecimento do novo governo conforme o DI.²⁵ Este requisito visa eliminar o reconhecimento de governo imposto por intervenção estrangeira. Ele acarreta o não reconhecimento de governo Quisling.²⁶ Este requisito é cada vez menos respeitado (ex.: governo de Lon Nol no Camboja, aí instalado pelos EUA).

Este requisito de certo modo visa diminuir a intervenção de grandes potências para a colocação de governos títeres. E já não é incluído por vários doutrinadores (José Maria Ruda). Ele é um ideal e não uma realidade.

d) a democracia e eleições livres consagradas nos textos internacionais de direitos do homem deveriam acarretar que um governo não fosse reconhecido se não as adotasse. Entretanto, não significa isto que se possa defender a queda pelo uso da força de governo não democrático (Oscar Schachter).

A 2ª Conferência Interamericana Extraordinária (1965), na sua Resolução sobre "Procedimento Informal sobre Reconhecimento de Governo de Fato", recomenda: a) uma consulta entre os Estados americanos para se verificar se o novo governo "de facto" é o resultado de uma intervenção estrangeira; b) se o novo governo pretende cumprir os seus compromissos internacionais, a Declaração Americana de Direitos do Homem, os princípios gerais da Carta de Punta del Este e a Declaração dos Povos da América. Esta Declaração (1961), por exemplo, afirma, entre outros princípios: a) reforma agrária; b) extinguir o analfabetismo; c) desenvolver programas de saúde; d) reforma tributária "para exigir mais a quem tem mais", etc. A Carta de Punta del Este (1961) visa: a) aumentar a industrialização; b) aumentar a produção agrícola; c) eliminar o analfabetismo, etc.

170) A questão de saber se o reconhecimento de governo é obrigatório ou não tem ocasionado uma divisão na doutrina do DI: uns consideram obrigatório apenas para o governo "de jure" (Rousseau); outros (Podestá Costa) o consideram um ato discricionário; outros (Fauchille), um ato obrigatório, desde que o governo preencha os requisitos exigidos pelo DI.

Devemos distinguir aqui dois aspectos: a prática internacional (o que é) e a doutrina (o que deve ser).

Na prática, ele é ainda um ato político, cada Estado aprecia discricionariamente da conveniência ou não do reconhecimento. Não existe qualquer obrigatoriedade.

A doutrina mais recente (Jiménez de Aréchaga) tem defendido, com razão, a obrigatoriedade deste reconhecimento, uma vez que a escolha do governo é assunto que pertence ao domínio reservado dos Estados. O não reconhecimento do governo pode mesmo se transformar em intervenção.

171. A orientação dos governos europeus e norte-americanos em relação ao governo soviético foi no sentido de não reconhecer a validade dos seus atos, uma vez que ele não obtivera o seu reconhecimento.

Deste modo, no caso *Luther v. Sagor*, em 1921, na Inglaterra, não se reconheceu a validade das leis do novo governo soviético. Todavia, ao ser dado o reconhecimento ao governo soviético, a situação se alterou ao ser o caso julgado na apelação. Este caso da jurisprudência demonstra a retroatividade do reconhecimento.

A mesma orientação de não reconhecer a validade dos atos de um governo não reconhecido foi a predominante nos EUA até a decisão no célebre caso *Salimoff v. Standard Oil of New York* (1933). Deste modo, ao contrário dos governos europeus, houve na jurisprudência norte-americana uma profunda alteração.

A não aceitação da validade das leis e atos de um governo não reconhecido é um verdadeiro absurdo, porque ele decorre normalmente de uma atitude meramente política. Na verdade, tal prática acaba por ser uma intervenção nos assuntos internos do outro Estado, acarretando-lhe enormes prejuízos.²⁷ A própria prática nos países que não reconhecem a validade de atos emanados de governos não reconhecidos foi obrigada, sob pena de cometer grande injustiça a particulares, a abrir, de certo modo, exceções: dá-se, por exemplo, validade às certidões de casamento quando autenticadas por diplomatas ou cônsules de um terceiro Estado.

172. Os efeitos do reconhecimento de governo são apontados como sendo os seguintes:

a) Estabelecimento de relações diplomáticas — Estas só são mantidas se houver o reconhecimento. Este é talvez o aspecto mais acentuadamente político deste tipo de reconhecimento.

b) Imunidade de jurisdição — A prática predominante, apesar de contar com algumas exceções, é no sentido de somente admitir a imunidade de jurisdição dos governos reconhecidos. Esta orientação merece a mesma crítica que fizemos à não admissão da validade dos atos emanados de um governo não reconhecido. Ela viola o princípio "par in parem non habet imperium".

Os tribunais norte-americanos, ao contrário dos ingleses, reconhecem imunidade de jurisdição a governos não reconhecidos. Finalmente, é de se assinalar que o governo não reconhecido deve gozar também de imunidade de execução (v. cap. XIX).

c) Capacidade para demandar em tribunal estrangeiro — Durante um largo período predominou a denominada doutrina de Lorde Eldon, con-

sagrada, em 1804, no caso "City of Berne v. Bank of England", em que se consagrava só poder demandar em juízo o governo estrangeiro que fosse reconhecido. Esta concepção, adotada inicialmente pelos tribunais norte-americanos em relação ao governo soviético, foi modificada por influência de inúmeros juizes norte-americanos, como Goddard, Cardozo, etc.²⁸ A jurisprudência dos diferentes Estados não é uniforme: a da Suíça e Bélgica segue a linha da norte-americana, enquanto a francesa segue a linha da inglesa.

d) Admissão da validade das leis e dos atos do governo. — Sobre este assunto, ver item anterior.

Podemos acrescentar que no caso "*Lehigh Valley R. Co. v. Russia*" (1927 — EUA) consagrou-se que a retroatividade do reconhecimento valida apenas os atos praticados no território estatal. Esta posição não me parece correta, vez que o governo representa o Estado interna e externamente. A retroatividade é para todos os atos.

Na verdade, o principal e único efeito que deveria ter o reconhecimento de governo é o estabelecimento de relações diplomáticas.

173. O continente americano, devido à instabilidade dos seus governos, deu origem a uma série de doutrinas próprias. O reconhecimento de governo é infelizmente de uso diário pelas chancelarias do nosso continente:

a) Doutrina Jefferson — Formulada pelo presidente norte-americano ao instruir Morris para fazer o reconhecimento, em 1792, do governo francês, declarava que o reconhecimento deveria ser dado em virtude de o governo ter apoio popular. O consentimento do povo era o requisito exigido pelos EUA para efetuar o reconhecimento de um governo. Esta prática perdurou até 1866, quando o governo norte-americano passou a exigir o requisito da efetividade.

b) Doutrina Tobar — Elaborada por Carlos Tobar, ministro das Relações Exteriores do Equador, em 1907, sustentava que só seriam reconhecidos aqueles governos que tivessem legitimidade constitucional. Esta doutrina visava diminuir as revoluções tão comuns, acima de tudo, na América Central. Os próprios EUA não aplicaram esta doutrina à América do Sul e criaram uma idêntica: a Doutrina Wilson.

Ela foi consagrada nas Convenções de Washington (1907 e 1923), entre a Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua e El Salvador.

c) Doutrina Wilson — Formulada em um discurso pronunciado em Mobile, Alabama (1913). É uma repetição da Doutrina Tobar, interditando o reconhecimento de governos que tenham subido ao poder pela força. Ela foi utilizada, no período de 1913 a 1920, pelos EUA, em relação ao México e à América Central. Ela foi igualmente utilizada em relação à Nicarágua (1912), Equador (1913), Guatemala (1930), El Salvador (1931), etc.

Esta concepção, por se tratar de intervenção no domínio reservado dos Estados, somente trouxe "hostilidade e ressentimento", nas palavras do internacionalista mexicano Sepúlveda.

d) Doutrina Estrada — Divulgada em uma nota diplomática, foi elaborada, em 1930, pelo chanceler mexicano Genaro Estrada. Este comunicado diplomático declarava que o México não daria reconhecimento de governo, vez que esta prática consistia em uma intervenção ilícita nos assuntos internos do Estado. O México, daí por diante, manteria ou não os seus agentes diplomáticos.

Esta doutrina tem sido criticada pelos internacionalistas por dois motivos: a) manter ou não os agentes diplomáticos é uma forma tácita de reconhecimento de governo; b) o reconhecimento de governo feito dentro dos cânones do DI não constitui intervenção.

Na verdade, esta doutrina tem mais um cunho político do que jurídico, porque no fundo ela era um protesto contra a Doutrina Wilson, que era intervencionista,²⁹ e acima de tudo contra as intervenções norte-americanas feitas pelo instituto do reconhecimento.

e) Doutrina Larreta — elaborada pelo chanceler uruguaio Eduardo Larreta, é uma renovação da Doutrina Tobar. Surgiu em uma conferência pronunciada no Círculo Militar de Montevideu (1944). Em 1945 a Chancelaria uruguaia divulgou-a em uma nota aos países do continente americano. Esta doutrina propõe uma intervenção coletiva nos governos ditatoriais surgidos de revoluções. Ela parte, baseando-se em uma afirmação de Roosevelt, que existe um paralelismo entre a paz e a democracia, e chega assim a propor a intervenção multilateral nos países que tivessem tais governos. É uma doutrina intervencionista que foi rejeitada pela grande maioria dos países americanos. Ela era dirigida contra a Argentina. Camilo Barcia Treles mostra que no fundo ela é semelhante à de Tobar, uma vez que prega o não reconhecimento de governos surgidos de movimentos revolucionários.

O continente americano tem procurado infrutífera e erradamente controlar internacionalmente o aparecimento de governos surgidos pela força. Esta tendência manifestou-se inúmeras vezes ainda, como na Resolução do Comitê de Defesa Política (1943),³⁰ que veremos adiante, ou ainda na Doutrina Betancourt (Venezuela),³¹ que faz com que este país não reconheça os governos surgidos de movimentos revolucionários.

174. A respeito do reconhecimento condicional de governo, devemos repetir o mesmo raciocínio que fizemos sobre o reconhecimento condicional de Estado.

O reconhecimento de governo tem sido realizado com a imposição de certas condições; por exemplo, os EUA, ao reconhecer o governo soviético, fizeram-no com a condição, entre outras, de ele não promover agitações no seu território.

As condições, se não forem cumpridas, o reconhecimento não deixa de existir. Na verdade, o descumprimento de uma condição não põe fim automaticamente ao reconhecimento, uma vez que ele é irrevogável. Entretanto, ele pode ser retirado quando, por exemplo, surge um novo governo.

O rompimento de relações diplomáticas não significa retirada de reconhecimento. Assim, os EUA continuam a reconhecer "de jure" o governo de Fidel Castro depois de ter rompido relações diplomáticas com ele (Lissitzyn).

O reconhecimento de governo como o de Estado é retroativo.

Devemos fazer aqui um parêntese com a prática do governo britânico e dos governos da Commonwealth que não dão mais reconhecimento de governo, mas apenas reconhecimento de estado a partir de 1980. Em 1989 tais países afirmavam em relação ao Camboja que eles não reconhecem mais governo, mas apenas estado e, em conseqüências, não reconheceriam qualquer "governo no Camboja". Eles afirmam que em caso de golpe de estado não é necessário reconhecer governo. Entretanto, isto é necessário se houver secessão como ocorreu em Chipre.

175. O reconhecimento de governo, como o de Estado, pode ser feito sob uma forma expressa ou tácita.

O expresso apresenta-se sob duas maneiras: individual e coletivo.

a) *Individual* — Pode ser feito por um ato unilateral (nota diplomática, etc.), é a mais comum (ex.: reconhecimento do governo espanhol pelo soviético em 1933); ou por um tratado (reconhecimento do governo soviético pelo Japão, 1925).

b) *Coletivo* — O governo austríaco foi reconhecido em 1945 pela França, EUA, URSS e Grã-Bretanha.

O tácito também se apresenta sob duas maneiras: individual e coletivo.

a) *Individual* — Pode ser por manutenção de agentes diplomáticos. A recepção de cônsules enviados pelo governo não reconhecido deve ser à semelhança do que acontece com o reconhecimento de Estado como sendo reconhecimento de governo. Todavia, a manutenção ou o envio de cônsules não é considerado reconhecimento, tendo esta prática se firmado na guerra civil espanhola.³² O individual pode ser por meio de assinatura de um tratado (ex.: o reconhecimento do governo soviético pela Polônia ao assinar um tratado de delimitação, 1921). Quando há assinatura de um tratado e não se quer atribuir a ele o efeito de ato de reconhecimento, é comum que o tratado estipule expressamente que dele não resulta o reconhecimento.

b) *Coletivo* — O ingresso em uma organização internacional. É de se acrescentar que isto, na prática, ainda não ocorre, como já vimos em relação ao reconhecimento de Estado. Entretanto, é interessante salientar que em 1935 um tribunal de comércio do Luxemburgo considerou que este país reconhecera o governo soviético ao ser ele admitido na SDN. Outro caso seria a assinatura de um tratado multilateral.

A grande tendência para o reconhecimento de governo é a de ele se tornar coletivo. A Resolução do Comitê Consultivo de Emergência para a Defesa Política do Hemisfério (1943) recomendava que os Estados americanos iniciassem consultas antes de reconhecerem um governo surgido

pela força no nosso continente. Este sistema foi utilizado para o reconhecimento de governos: na Argentina (1945); Equador (1944); Nicarágua (1947), etc. A própria Europa também tem usado este sistema: conferência da Criméia e de Potsdam para o reconhecimento do governo provisório da Polônia, etc.

176. As expressões reconhecimento "de facto" e "de jure" têm sido entendidas pelos doutrinadores como expressões elípticas, uma vez que por completo elas seriam: reconhecimento como governo "de facto" e reconhecimento como governo "de jure".

O primeiro que se utilizou da expressão reconhecimento "de facto" parece que foi Henry Clay, em 1816 (Sepúlveda). Canning, em 1822, também se utilizou dela para a América espanhola, com a finalidade de não desagradar à Espanha. Na verdade, durante o século XIX, as duas expressões tinham praticamente o mesmo significado.

Wilson foi quem passou a defender uma diferença entre as duas formas. No "de facto", o Estado autor do reconhecimento não contraía obrigações e, por conseguinte, ele era revogável. O "de jure" seria o reconhecimento pleno e definitivo. Estas duas formas foram consagradas na prática em relação ao governo soviético, que primeiro foi reconhecido "de facto" e, posteriormente, "de jure". O reconhecimento "de facto" seria o início de uma espécie de estágio probatório.^{32A}

A expressão "governo de fato" foi usada por Chateaubriand para uma fase da Revolução Francesa. As dos governos de fato e de direito foram usadas na Inglaterra na Guerra das Rosas (século XV). Reconhecer como governo de direito significa que quer manter relações com ele. Reconhecer como governo de fato quer dizer que deseja ter relações apenas de um certo tipo. Seguindo a Stefan Talman podemos recordar que a independência das colônias espanholas na América colocou a Grã-Bretanha em um dilema: de um lado os seus interesses comerciais e do outro a legitimidade monárquica. Ela não integrava a Santa Aliança, mas estava influenciada pela idéia de legitimidade. Daí a distinção "de facto" (pertencia ao novo estado) e "de jure" (pertencia à antiga Metrópole). Assim a Grã-Bretanha não precisava decidir a quem pertencia a soberania. O princípio da legitimidade foi abandonado pela primeira vez em 1830 para se reconhecer o rei Luis Felipe na França. A característica do reconhecimento de facto é a vontade de manter relações oficiais, sem dizer a natureza e extensão destas relações.

Esta distinção é de ser rejeitada. Ela não tem qualquer valor jurídico. O reconhecimento é sempre irrevogável. Ele é declaratório de uma situação existente, que não deve ser submetida a testes. Na própria prática ela é incongruente: o reconhecimento "de jure" do governo soviético substituiu o "de facto" algum tempo depois de este ser dado, sem que neste lapso de tempo tenha havido qualquer modificação no governo da URSS.

177. A prática internacional do reconhecimento de governos no exílio apareceu durante a 2ª Guerra Mundial, para substituir o reconhecimento como nação utilizado na guerra anterior.³³ Ele foi utilizado quando os governos de diversos Estados ocupados pelo Eixo se refugiaram em Londres. No final de 1941 havia 9 governos no exílio em Londres (Telford Taylor).

Os doutrinadores, como Flory, sustentam que um governo longe do seu território, no exílio, não acarreta o desaparecimento do Estado. Em sentido contrário, Quadri declara que tais Estados, com a fuga do governo e a ocupação do seu território, teriam desaparecido, uma vez que ocorrera a "debellatio". Outros (Arangio Ruiz) consideram que o governo no exílio é a parte essencial do Estado.

Alguns autores (Mugerwa) têm salientado que os governos em Londres da: Holanda, Grécia, Noruega, Bélgica, Iugoslávia e Luxemburgo não precisaram de nenhum reconhecimento, vez que se considerou que não havia "rompimento da continuidade legal".

A melhor análise é a feita por Sereni, que inicialmente assinala que o DI reconhece como governo de um Estado aquele que efetivamente exercer o seu poder sobre o Estado, não significando isto que sua sede tenha de ser no próprio território do Estado. Diante desta consideração, o jurista italiano chega à admissão de duas hipóteses: a) governo no exílio sem qualquer poder efetivo no seu território (caso do Luxemburgo); neste caso considerá-lo como governo no exílio é mera ficção; b) governo no exílio que exerce poder no seu território (caso da Bélgica, cujo governo continuou a ter poder sobre o Congo).

Outra hipótese (Mugerwa) pode ser acrescentada: quando o governo no exílio não tem qualquer continuidade com o governo que estava no Estado. Assim, por exemplo, o governo tcheco em Londres foi reconhecido e mais recentemente tivemos o governo provisório de Angola, antes da independência em Leopoldville. Neste caso o reconhecimento seria necessário. Pode-se dizer que, apesar de consagrada a expressão reconhecimento de governo no exílio, não é correta, tendo em vista que eles lutam muitas vezes pela criação de um Estado que ainda não existe (Verhoeven).

A segunda hipótese de Sereni não apresenta maiores problemas para o DI.

A conclusão que podemos dar é que na primeira hipótese apresentada por Sereni houve uma verdadeira ficção em se alegar que tais governos não precisavam de reconhecimento, visto que a existência de um governo deve pressupor elementos do "Estado" que não mais existiam. Entretanto, a prática como vimos não foi esta por motivos meramente políticos, e mais ainda, o próprio reconhecimento como governo seria ficção. Assim sendo, alguns autores (Sereni, Díez de Velasco) têm considerado que os governos no exílio só teriam personalidade perante a ordem jurídica em que se encontram estabelecidos. Observações semelhantes podem ser feitas na

hipótese assinalada por Mugerwa, quando este governo no exílio não controlar qualquer território, por exemplo, o tcheco.³⁴

De um modo geral, os governos refugiados em Londres durante a 2ª Guerra Mundial foram considerados os únicos representantes dos seus Estados e possuíam o direito de convenção e o de legação. A Grã-Bretanha reconheceu imunidades e privilégios aos agentes diplomáticos enviados junto a estes governos. O exílio, assinala Flory, não alterou a autonomia e a independência destes governos nas relações internacionais, e eles participaram, por exemplo, das conferências interaliadas de 1941.³⁵

Podemos assinalar que com a descolonização surgiu o reconhecimento de uma série de movimentos de libertação nacional com os seus "governos no exílio". A expressão "movimentos de libertação nacional" surgiu na ONU a partir de 1965, sendo que anteriormente se falava em "partidos políticos", "dirigentes legítimos" dos povos, etc. (Julio Barberis). Para as Nações Unidas eles surgem na luta contra o colonialismo, mas não podem afetar "a unidade política ou a integridade territorial do Estado". Antes de obterem o reconhecimento da ONU, eles necessitam ser reconhecidos pelas organizações regionais interessadas, sendo que a OUA e a Liga dos Estados Árabes têm desempenhado papel importante, enquanto a OEA até agora não reconheceu nenhum. Ao obter reconhecimento na ONU eles solicitam auxílio aos organismos dela (Julio Barberis). Parece que a AG reconheceu pela primeira vez a representatividade de movimento de libertação nacional em 1972 (E. Jouve). Talvez o mais importante, atualmente, destes governos seja a Organização de Libertação da Palestina, que tem obtido um "reconhecimento" por parte de organizações internacionais, sendo que na Liga dos Estados Árabes ela é considerada Estado. Em 1974, a UNESCO admitiu uma missão de observação da OLP com o direito de seu representante usar da palavra. Ainda em 1974 a AG da ONU admitiu que uma delegação da OLP participasse dos seus debates e deu a ela um estatuto de observador permanente. Até então o estatuto de observador só tinha sido dado a Estados independentes. A OLP tem participado inclusive do CS quando aí se discute a Palestina. Em 1975, a OLP foi admitida como observadora na OIT e na FAO. Em 1980, a Áustria deu à OLP o reconhecimento de fato, e o ministro do Exterior da Áustria declarou que é uma "nova forma de reconhecimento do representante diplomático de uma nação sem país correspondente". A grande vantagem para estes movimentos do reconhecimento por organizações internacionais é que lhes dá uma tribuna, bem como acabam às vezes por receber auxílio de Estados e organizações internacionais. Também como observador foi admitida na AG da ONU a SWAPO (South West Africa People Organization). O Brasil reconhece a OLP, mas seu representante no Brasil é admitido como um funcionário da missão da Liga dos Estados Árabes. Israel reconheceu a OLP em 1993. A SWAPO tinha representações em Havana, Berlim, Nova Deli, Dacar e OUA.

O reconhecimento de tais movimentos é de natureza constitutiva. Na prática eles são primeiro reconhecidos por uma organização regional (p. ex.: na OUA foi criado em 1963 um Comitê de Libertação) e, depois, por uma organização universal (sistema das NU). A Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar (1982) admitiu como partes os movimentos de libertação nacional reconhecidos pela ONU ou pela organização regional interessada. A Convenção de Haia de 1907, sobre a conduta na guerra terrestre, na prática foi estendida a eles. O Protocolo de 1977 estabelece que eles podem ser partes nele e nas convenções de 1949. Entretanto, isto ainda não ocorreu, e na prática eles dirigem uma declaração unilateral ao CICV afirmando que respeitarão as citadas normas do direito humanitário (Julio Barberis). De qualquer modo, os conceitos de povo e de movimento de libertação nacional têm sido considerados como fazendo parte de um domínio "metajurídico" (Raymond Ranjeva).

A própria ONU é que paga as despesas dos representantes destes observadores. Pode-se acrescentar ainda que os movimentos de libertação nacional têm atualmente o direito à guerra (Heather A. Wilson). Eles são também admitidos como observadores nas organizações internacionais especializadas. A admissão como observador é um reconhecimento da legitimidade da luta que empreendem.

O reconhecimento dos movimentos de libertação nacional tem sido considerado pela doutrina como o substituto do reconhecimento como insurgentes (v. capítulo: Coletividades não estatais).

Finalmente, é de se observar que só é dado o reconhecimento de governo no exílio quando este "governo" ainda está fazendo esforços para voltar "ou assumir" (caso do citado governo de Angola) o poder.

Algumas observações devem ser acrescentadas, no caso do Kuwait o governo foi reconhecido como governo no exílio. O reconhecimento de governo significa relações oficiais, mas não necessariamente diplomáticas. O não reconhecimento significa que não quer ter relações. O primeiro tratado com um governo no exílio foi no Congresso de Viena, no período dos "Cem Dias", em 1815, com Luis XVIII, em Gand. Quando há governo no exílio os bens dos estados são congelados. Os governos no exílio exercem a sua própria jurisdição, quando em estado estrangeiro. O governo no exílio não tem mais poderes de que ele possui "em casa". Não há obrigação por parte do estado que o hospeda de permitir tribunais do governo no exílio de atuarem no seu território. A imunidade do governo no exílio tem as mesmas exceções das imunidades dos demais governos.

178) O princípio do não reconhecimento é bastante antigo no mundo internacional. Bierzanek assinala que ele já era utilizado no período medieval,³⁶ quando se dava na guerra um tratamento diferente aos que não fossem cristãos. A Paz de Vestefália (1648) foi concluída em dois documentos (um em que os católicos tinham precedência, assinado em Múnter, e outro em que os protestantes tinham precedência, em Osnabruck).

a fim de que reciprocamente os dois grupos não se reconhecessem os mesmos direitos.

Este princípio foi consagrado em diversas doutrinas americanas (Tobar, Wilson, Larreta), mas também foi abandonado por outras que no nosso continente tiveram origem (Monroe).

Talvez a doutrina mais recente que consagra o não reconhecimento seja a Doutrina Hallstein (1955), que se fundamentava na tese de que a Alemanha Ocidental era responsável pelos alemães do setor oriental. Esta doutrina afirmava que a Alemanha Ocidental romperia relações diplomáticas com os Estados que reconhecem a Alemanha Oriental. É uma doutrina política que visava evitar a consagração da divisão da Alemanha. Ela foi obrigada a abrir exceções, como com a URSS, que mantém relações diplomáticas com os dois setores. Os Estados a contornaram, estabelecendo relações consulares em lugar das relações diplomáticas. A própria Alemanha Ocidental a abandonou, bem antes de sua unificação. Hallstein era Vice-ministro da Alemanha Ocidental de Negócios Estrangeiros, mas ela foi elaborada por seu colaborador Wilhelm Grewe.

Na verdade, o princípio do não reconhecimento deve ser afastado do DI, uma vez que a sua consagração é afirmar o aspecto político do reconhecimento, que deve ser afastado no futuro do DI. O reconhecimento é um ato eminentemente declaratório e deve ser dado sempre que o Estado ou governo preencher as condições exigidas pelo DI.³⁷ O não reconhecimento é, no fundo, uma arma dos grandes Estados contra os fracos: no sentido inverso, ele não surte qualquer efeito. Tal fato demonstra a vulnerabilidade do não reconhecimento, que muitas vezes se transforma em intervenção. É de se assinalar ainda que neste campo do DI (Estado, governo) tem aplicação a máxima "ex factis jus oritur", isto significa que o não reconhecimento não terá maior valor. O não reconhecimento só apresenta relevância quando ele visa impedir que um ato nulo na sua origem se torne legal.

Conclu
Sas.

Um caso típico de não reconhecimento é o dos Bantustans (terra [lar] dos Bantos), cuja política foi condenada pela AG em 1971. Em 1976 a AG considerou a independência do Transkei não válida. A OUA considerou que a sua dependência econômica da União Sul-Africana era grande, logo havia uma pseudo-independência. O Transkei é uma aplicação ilegal da política do "apartheid".

1. Linneu de Albuquerque Mello — As Doutrinas Americanas de Monroe, Drago, Tobar e Estrada, in *Revista Jurídica*, vol. 9, 1946-1948, págs. 241 e segs.; H. Lauterpacht — Recognition in International Law, 1948; Giancarlo Venturini — Il Riconoscimento nel Diritto Internazionale, 1946; Ti Chiang-chen — The International Law of Recognition, 1951; R. Erich — La naissance et la reconnaissance des États, in *RdC*, 1926, vol. III, t. 13, págs. 431 e segs.; Giuseppe Sperduti — Il Riconoscimento Internazionale di Stati e di Governi, 1953; Jean Charpentier — La Reconnaissance Internationale et l'Évolution du Droit des Gens, 1956; Carlos Bollini Shaw — El Reconocimiento en el Derecho Internacional Público, 1936; Fians Aufricht — Principles and Practices of Recognition by International Organization, in *AJIL*, October 1949, vol. 43, n° 4, págs. 679 e segs.; Scipione Gemmam — Les gouvernements de fait, in *RdC*, 1924, vol. III, t. 4, págs. 297 e segs.; R. Bierzanek — La non-reconnaissance et le droit international contemporain, in *AFDI*, 1962, vol. VIII, págs. 117 e segs.; Maurice Flory — Le Statut International des Gouvernements Refugiés et le cas de la France Libre, 1939-1945, 1952; César Sepúlveda — La Teoría y la Práctica de Reconocimiento de Gobiernos, 1954; Camilo Barcia Trelles — España, la ONU, la doctrina Larreta y el problema de la intervención, in *Estudios de Política Internacional y Derecho de Gentes*, 1948, págs. 87 e segs.; J. L. Bragança de Azevedo Jr. — Aspects Généraux de la Reconnaissance des Gouvernements, 1953; Eduardo Jiménez de Aréchaga — Reconocimiento de Gobiernos, 1947; Sir John Fischer William — La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents, in *RdC*, 1933, vol. III, t. 44, págs. 203 e segs.; Krystyna Marek — Identity and Continuity of States in Public International Law, 1954, especialmente págs. 130 e segs.; Bohdan T. Halajczuk — Los Estados Conquistados ante el Derecho Internacional, 1950, págs. 79 e segs.; Antônio Amaral de Sampaio — O Princípio e o Fim da Doutrina Hallstein, in *BSBDI*, janeiro-dezembro 1969, n°s 49 e 50, págs. 97 e segs.; Robert Charvin — La République démocratique allemande et le droit international général, in *RGDIP*, Octobre-Décembre, 1971, n° 4, págs. 1.014 e segs.; H. M. Blix — Contemporary Aspects of Recognition, in *RdC*, 1790, vol. II, t. 130, págs. 587 e segs.; Daniel Vignes e Augusto Bette — Reconnaissance (droit international public), in *Dalloz* — Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 717 e segs.; Jean Salmón — La reconnaissance d'État, 1971; Charles Eisenmann — Sur la légitimité juridique des gouvernements, in P. Pastid e outros — L'idée de légitimité, 1967, págs. 97 e segs.; J. P. Colin e G. Petit — L'Organisation de Liberation de la Palestine, in *Annuaire du Tiers Monde* 1975, 1976, págs. 112 e segs.; Gaetano Arangio-Ruiz — L'État dans le sens du Droit des Gens et la Notion du Droit International, 1975; W. Michael Reiman e Eisuke Suzuki — Recognition and Social Chance in International Law: A Prologue for Decisionmaking, in *Toward World Order and Human Dignity, Essay in Honor of Myres S. McDougal*, 1976, págs. 403 e segs.; Joe Verhoeven — La Reconnaissance Internationale dans la Pratique Contemporaine, 1975; Pierre Weis — L'ONU et la Personnalité Internationale du Peuple Palestinien, in Cao Huy Than e outros — *Peuples et États du Tiers Monde Face a L'Ordre International*, 1978, págs. 135 e segs.; J. G. Merquior — Rousseau and Weber. Two Studies in Theory of Legitimacy, 1980; D. Akçay — Le Discours des Mouvements de Libération Nationale, in *Réalités*

du Droit International Contemporain 3. Actes de la cinquième rencontre de Reims. 1981, págs. 57 e segs.; M. J. Peterson — Recognition of governments should not be abolished, in AJIL, January 1983, vol. 77, nº 1, págs. 31 e segs.; Alian Gandolfi — Les Mouvements de Libération Nationale, 1989; Heather A. Wilson — International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, 1988; Gonzalo Biggs — A crise da Dívida Latino-americana e alguns precedentes históricos, 1987; John Dugard — Recognition and the United Nations, 1987. Rabim Kherad — La reconnaissance des Etats issus de la dissolution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie par les membres de L'Union Européenne, "in" RGKIP, T. 101/1997/3, págs. 663 e segs.; Stefan Talmon Recognition of Governments in International law, 1998.

2. Sobre os aspectos gerais do reconhecimento: nº 117.

3. No século XIX falava-se também em reconhecimento de independência, que foi uma fórmula usada em relação à América espanhola, a fim de não ofender a Espanha. Reconhecimento de independência e Estado eram, no fundo, a mesma coisa (Sepúlveda).

4. Entretanto, este instituto só começa a ter a atenção dos Estados despertada para ele com a independência dos EUA no século XVIII.

5. A origem ou nascimento de um Estado é processo extrajurídico. Ela pode ocorrer de diversos modos: a) independência; b) fusão; c) tratado (anglo-irlandês, que criou o Estado Livre da Irlanda, 1921; d) decisão de um órgão internacional (divisão da Palestina e criação de Israel por resolução da Assembleia Geral da ONU, 1947); e) pode se originar ainda pela ocupação de território "res nullius" (Libéria, 1822); f) lei interna (as leis inglesas instituindo os domínios). O DI não se interessa pelo nascimento do Estado, mas apenas se ocupa dele quando já está constituído (Rousseau).

6. Santi Romano considera que o reconhecimento de Estado é sempre um reconhecimento de governo. Haveria, deste modo, um único instituto: o de reconhecimento de governo.

7. A sua formulação em termos modernos foi feita pela primeira vez por Lorimer, apesar de ela já se encontrar em Vattel. Este último autor sustentava que uma "nação", para ocupar o seu lugar na sociedade internacional, era suficiente que ela fosse soberana.

8. A teoria declaratória, por sua vez, tem sido criticada no sentido de que a personalidade legal é uma criação do direito e que, em consequência, o Estado não a teria antes do reconhecimento. Todavia, nós já sustentamos a existência de um princípio constitucional que determinaria quais os entes que, ao preencher certas condições, se tornariam sujeitos de DI.

9. O seu art. 6º estipula: "O reconhecimento de um Estado apenas significa que aquele que reconhece aceita a personalidade do outro com todos os direitos e deveres determinados pelo Direito Internacional." E o art. 3º determina: "A existência política do Estado é independente de seu reconhecimento pelos demais Estados."

10. Neste século os EUA reconheceram o Egito (1922) com a condição de que lhe fosse dado o tratamento de nação mais favorecida.

10A. Os reconhecimentos às antigas repúblicas soviéticas foram dados após os acordos de Minsk (8/12/91) e Allma Ata (21/12/91), que reconheceram a dissolução da URSS. Tem sido recusado o reconhecimento às repúblicas autopro-

clamadas: República Sérvia de Krajina (na Croácia), Tratarstan (na Rússia), Abkazia (na Geórgia) e Alto Karabakh (no Azerbaijão).

11. Neste sentido se manifestou o art. 6º da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados (Montevideu, 1933).

12. Em sentido contrário está Lauterpacht, que o considera obrigatório.

13. Quadri sustenta que existe um princípio de DI que obriga "a personificar no próprio ordenamento os entes que são sujeitos de DI".

14. Em sentido contrário estão Erich e Aufricht, que consideram a admissão na SDN como só criando obrigações no seu âmbito.

14A. Para Lauterpacht há reconhecimento implícito quando há intenção de reconhecer. Para Chen a intenção para caracterizar tal reconhecimento é irrelevante, e se deve levar em consideração os efeitos do ato praticado.

14B. Seria melhor abominá-lo de simultâneo, vez que é realizado em um único instrumento (Verhoeven).

15. Têm-se considerado "atos próximos de reconhecimento tácito" ("acts short of implied recognition"), tanto de Estado como de governo, os seguintes: manutenção dos cônsules e comércio, negociações com representantes do não reconhecimento, emissão de passaportes para pessoas irem ao novo Estado, etc. Entretanto, nenhum destes casos significa na vida internacional o reconhecimento.

16. O envio ou manutenção dos cônsules não implica reconhecimento, vez que eles não possuem aspecto representativo, mas têm por finalidade somente proteger os seus cidadãos. Esta prática se afirmou quando o Japão criou o Estado-tampão do Mandchuko, e as potências européias ali mantiveram os seus cônsules (1932-1939), sem que isto significasse reconhecimento (v. cap. LIII).

17. Deveria ocorrer ainda quando o Estado fosse admitido em um organismo internacional. Por outro lado, a adesão a um tratado coletivo não tem o significado de reconhecimento. Assim as duas Alemanhas são partes no tratado de proscricção de testes nucleares (1963). A fim de evitar qualquer equívoco, os Estados costumam fazer declarações afirmando que a sua participação no tratado não significa reconhecimento da outra parte do tratado, excluindo assim os efeitos do tratado entre o que nega o reconhecimento e o não reconhecimento.

Finalmente, podemos assinalar que têm sido concluídos tratados bilaterais sem que haja reconhecimento, considerando-se que há apenas o reconhecimento do "treaty making capacity" do não-reconhecido (Lochs, Blix, N. Mugerwa).

18. Os EUA, em 1948, reconheceram Israel "de facto" para, em 1949, o reconhecerem "de jure".

18A. É de se recordar que em 1793, no período da Revolução Francesa, o governo jacobino sustentava que um povo livre não precisava pagar as dívidas contraídas por um tirano (governo monárquico anterior). É de se recordar que tese semelhante foi sustentada pelo governo soviético em 1917.

18B. A conceituação de governo de fato não é pacífica. Para G. Burdeau ele exerce a autoridade governamental sem fundamento constitucional, é obedecido e é ditatorial.

19. Inclusive as obrigações assumidas em nome do país pelo governo "de facto" devem ser respeitadas pelo governo "de jure", caso ele venha a se restabelecer.

20. A Doutrina de Monroe (1823), ao falar que os EUA não interviriam nos assuntos europeus, declara que consideraria naquele continente "o governo 'de facto' como o governo legítimo".

21. Exemplo de reconhecimento prematuro foi o de Franco (Espanha) pela Alemanha e pela Itália em novembro de 1936, após três meses de iniciada a guerra civil.

22. Em 1835, Clay, ao tratar do reconhecimento do Estado do Texas, já se referira a este requisito. Do mesmo modo, ele é encontrado em mensagem do presidente Grant (1875) sobre o reconhecimento de Cuba. A consagração deste requisito teria sido motivada pelo desejo de proteger os crescentes investimentos norte-americanos no estrangeiro (Neale Ronning).

23. A URSS sustentava que quando um governo surgisse de uma revolução social que substituísse o sistema jurídico anterior por outro oposto a ele, o novo governo não precisaria assumir os compromissos internacionais do governo anterior. O novo governo tinha o direito de confirmar ou não os tratados anteriores a ele. O governo soviético manteve apenas algumas convenções, por exemplo, as relativas à Cruz Vermelha Internacional. É interessante observar que, em 1905, o Soviete de Petersburgo afirmara em manifesto que não admitiria o pagamento de empréstimos feitos pelo czar para combater o povo. Poucos meses depois a França emprestava ao czar 750 milhões de francos. O governo soviético, em 1917, recusou-se a pagar tais dívidas.

24. Sperduti o explica da seguinte maneira: "O critério de identidade do Estado como sujeito internacional não é dado ao Estado em si, mas à comunidade estatal: o DI... não personifica o Estado em si... mas o personifica na sua essência de organização de governo de uma comunidade territorial; o personifica, em resumo, como ente representativo de um povo."

25. Este requisito é formulado por Aréchaga, que considera com razão se deve aplicar aos governos a Doutrina Stimson (sobre esta teoria, v. cap. XLI).

26. Quisling foi quem aceitou o governo da Noruega durante a ocupação alemã da 2ª Guerra Mundial.

27. Diversos doutrinadores (Habitch e Lipstein) criticaram a prática internacional sustentando que as leis do governo soviético poderiam não ser aceitas por motivo de ordem pública, mas não por ser governo não reconhecido.

28. Em 1870 já se admitira, no caso "Sapphire", que a 3ª República Francesa, não reconhecida pelos EUA, continuasse uma ação iniciada por Napoleão III.

29. Tem-se visto, na Resolução XXXV da IV Conferência Internacional Americana, em Bogotá, uma manifestação desta doutrina. A Resolução citada estipula: a) ser "desejável a continuidade das relações entre os Estados Americanos"; b) que manter ou não relações diplomáticas com outro governo não pode ser utilizado para obter vantagens injustificáveis; c) que estabelecer ou manter relações diplomáticas não significa ingerência nos assuntos internos.

30. Esta Comissão Consultiva de Emergência para a Defesa Política foi criada na Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores (1942) e visava lutar contra a subversão no nosso continente por países não americanos.

31. Ela já se encontra consagrada no Relatório (1946-1947) do Ministério do Exterior venezuelano. Foi aplicada de 1959 a 1968, quando foi abandonada pelo presidente Rafael-Caldera.

32. V. cap. LIII.

32A. Fawcett acrescenta que o governo reconhecido como "governo de fato" não tem direito às propriedades do Estado localizadas em área fora do seu controle; bem como os seus representantes não têm *status* diplomático.

33. Os governos no exílio só teriam personalidade perante a ordem jurídica em que se encontram estabelecidos.

34. O "governo" francês no exílio não tinha ligação com o antigo governo francês, mas possuía uma base territorial que eram as colônias francesas.

35. Nesta mesma categoria de governos no exílio entrariam o Comitê Nacional Francês (1941-1943) e o Comitê Francês de Libertação Nacional (1943-1944). "É difícil definir o estatuto internacional da França livre... Cada país lhe atribui os poderes e o estatuto que ele julgava de lhe reconhecer" (Flory). Houve assim reconhecimento pelos demais Estados.

36. Este mesmo autor lembra que em Roma a guerra declarada conforme o rito dos feiciais seguia determinadas regras, ao contrário das outras, que não tivessem sido iniciadas por este procedimento.

37. Sobre o não reconhecimento da conquista (Doutrina Stimson), v. cap. XLI.

*Substituição de
Estado por outro*

CAPÍTULO XVIII

SUCCESSÃO E EXTINÇÃO DE ESTADOS¹

179 — *Introdução*; 180 — *Terminologia*; 181 — *Casos de sucessão*; 182 — *Natureza da sucessão*; 183 — *Sucessão quanto aos tratados*; 184 — *A sucessão e os direitos adquiridos*; 185 — *Sucessão quanto aos bens públicos*; 186 — *A sucessão e o direito interno e a responsabilidade internacional*; 187 — *O indivíduo na sucessão de Estados*; 188 — *A sucessão quanto às dívidas*; 189 — *Extinção de Estados*; 189A — *Sucessão como membro de organização internacional*.

179. A sucessão de Estados ocorre quando o Estado sofre transformações que atingem a sua personalidade no mundo jurídico internacional.² A Convenção de Viena sobre sucessão de Estados a respeito de tratados (1978) estabelece que a “sucessão de Estados significa a substituição de um Estado por outro no tocante à responsabilidade pelas relações internacionais do território”.

Da noção acima fica excluída a posição doutrinária (Gemma) que sustenta só existir a sucessão no DI, à semelhança do Direito Interno, quando o Estado desaparecer. Somente haveria a sucessão “causa mortis”. Na verdade, o instituto da sucessão faz parte da ciência do direito e se manifesta com normas especiais que o regulamentam em cada um dos ramos do direito. Deste modo é que no D. Civil existe apenas a sucessão “mortis causa”, enquanto que o DI admite uma “sucessão” intervivos.

180. A expressão “sucessão de Estados” encontra-se consagrada na prática internacional. Esta expressão parece exprimir que apenas os Estados são interessados na sucessão.

Erik Castrén, atendendo às modernas tendências do DI, que colocam o homem como diretamente interessado na sucessão, propôs que a denominação fosse de sucessão jurídica internacional.

No presente trabalho, mantivemos a expressão "sucessão de Estados" por ser a consagrada na prática internacional; todavia, devemos reconhecer que a de "sucessão jurídica internacional" é mais correta.

A sucessão do DIP é uma influência da teoria civilista da sucessão universal. Atualmente, não há sucessão universal e automática. A expressão sucessão de Estados tem a sua origem ao tempo em que o Estado fazia parte do patrimônio do príncipe. Ela é mantida por falta de uma outra. A teoria da "sucessão de direito público" foi desenvolvida na segunda metade do século XIX (Santiago Torres Bernadéz).

181 Os casos em que ocorre a sucessão de Estados são os seguintes:
a) Emancipação — por exemplo: o Brasil, ao fazer a sua independência em 1822, ao se separar de Portugal.

b) Fusão — ocorre quando dois ou mais Estados se reúnem e formam um terceiro que, em consequência, tem nova personalidade internacional. Ocorreu com a Alemanha e a Itália após a sua unificação. Em 1990 o Iêmen do Norte e o Iêmen do Sul se fundiram na República do Iêmen.

c) Anexação total — neste caso, um Estado é absorvido por outro e sua qualidade de pessoa internacional desaparece. Exemplo: Etiópia, ao ser anexada pela Itália no governo de Mussolini.

d) Anexação parcial — um Estado perde parte de seu território em proveito de outro. Exemplo: a Alemanha, pelo Tratado de Francoforte, incorporou a Alsácia e a Lorena, que pertenciam à França.³

Após a enumeração das transformações no Estado que acarretam a sucessão, podemos dizer que nos casos de fusão e anexação total existe uma sucessão universal, enquanto nos de emancipação e anexação parcial haveria uma sucessão parcial.⁴

Quando a sucessão tem por base um tratado (anexação parcial, etc.), as questões são bem menores, porque eles normalmente regulamentam a sucessão.

182. A finalidade do instituto da sucessão é evitar um corte entre "a situação jurídica do sucedido e a que se cria posteriormente como consequência de sua transformação jurídica" (Aguilar Navarro). É, deste modo, um instituto que visa proteger as próprias relações jurídicas, impedindo que elas desapareçam ao sofrer um dos seus titulares qualquer alteração na personalidade internacional. A oposição a esta finalidade é o desejo dos novos Estados de se libertarem do neocolonialismo, "que poderia resultar de uma sucessão geral e total" (D. Vignes e M. Bettati).

Durante um largo período viu-se na sucessão de Estados um fenômeno análogo à sucessão do Direito Privado (Grotius). Esta posição era facilitada, uma vez que dominava a concepção patrimonial da soberania. Todavia, constatou-se que a sucessão não era tão geral como se pretendia em virtude de os "direitos e obrigações de ordem política não serem transmissíveis".⁵

A sucessão de Estados é uma simples substituição de soberania sobre um território.⁶ Este é o seu aspecto sociológico: desaparece a competência do Estado sucedido sobre um território e é ali instalada a do sucessor. Do

ponto de vista jurídico, ocorre a sucessão em virtude da própria finalidade do instituto: proteger as relações jurídicas. Deste modo, ele contribui para uma das principais finalidades do Direito: a segurança social através da segurança jurídica.⁷

183. A situação dos tratados na sucessão de Estados não tem sido regulamentada de modo uniforme na prática internacional.

Os modernos doutrinadores (Castrén, O'Connell) defendem que eles não são transmissíveis ao Estado sucessor, devido ao aspecto pessoal de que normalmente se revestem.⁸ Entretanto, nada impede que o sucessor os mantenha em vigor.⁹ Esta regra do "clean slate" (nome limpo-boa fama) foi defendida pelos EUA quando ficou independente, isto é, o novo Estado não herda os tratados da metrópole (A. A. Cançado Trindade).

O Estado sucessor também não se encontra obrigado a aplicar os seus tratados aos novos territórios que tenha adquirido (exemplo: caso de anexação). Todavia, ele poderá estendê-los aos novos territórios se isto não trouxer prejuízos ao outro contratante.

Os tratados assinados pelo sucedido continuam em vigor, apesar de o seu território ter sido alterado. Todavia, tais tratados não se aplicam aos territórios que não façam mais parte do sucedido. De um modo geral, aplica-se o princípio da "variabilidade dos limites territoriais dos tratados", isto é, os tratados continuam em vigor apesar de se alterarem os limites territoriais das partes contratantes onde ele será aplicado.

Existe uma categoria de tratado que a doutrina tem considerado dever ser mantida: são os tratados reais ou dispositivos. Estes tratados são aqueles que criam um gravame permanente no território do Estado. Por exemplo: servidões internacionais. É a aplicação do princípio "res transit cum suo onere". Tais tratados deverão ser respeitados pelo sucessor. Entretanto, o Estado que recebe em sucessão tal tratado pode invocar a sua revisão com base na cláusula "rebus sic stantibus" (Zemanek).

Na prática internacional, as concordatas também têm sido mantidas, apesar de a doutrina oficial da Santa Sé ser em sentido contrário, porque ela considera a concordata como tendo uma natureza pessoal e política e, em consequência, ela não é suscetível de acordos de devolução.¹⁰

Em matéria de sucessão de tratados, a prática internacional é extremamente variada: a mais comum são as denominadas acordos de devolução, concluídos entre a Metrópole e a antiga Colônia, em que se consagra a sucessão (Grã-Bretanha com Jamaica, Chipre, Serra Leoa, etc.). Entretanto, a conclusão dos acordos de devolução não resolve a questão porque vários deles não se consideram obrigados aos tratados apenas porque assinaram os mencionados acordos (Nigéria, Trinidad-Tobago, etc.). Finalmente, é de se lembrar que os acordos de devolução não produzem efeitos em relação a terceiros Estados. Assim sendo, não constituem meio hábil juridicamente para a transmissão de tratados. Demonstra-se também, com estes, acordos que não há uma sucessão de pleno direito.

Outros Estados não concluem acordos de devolução, mas fazem uma declaração que é enviada ao secretário-geral da ONU, em que se comprometem a cumprir os tratados anteriores, mas se reservando o direito de verificar se o tratado não lhes é desfavorável (Guiana, Barbados, etc.). E ainda, outros Estados não concluem acordos de devolução nem fazem declaração. Outras observações podem ser acrescentadas: a) o secretário-geral da ONU como depositário dos tratados multilaterais envia ao novo Estado uma lista dos tratados que seriam aplicáveis a ele e solicita que ele dê a sua posição a respeito de cada um; b) a OIT tem pressionado os novos Estados a formularem uma declaração de continuidade das convenções internacionais do trabalho.

Pode ser ainda mencionada a "doutrina Nyerere", ou "doutrina de tempo de reflexão", que pressupõe o acordo de devolução e que os tratados durante um certo período de tempo são mantidos em vigor provisoriamente (dois anos para Tanganica, 18 meses para o Malawi), e que, transcorrido este prazo, eles ficam caducos, a menos que não tenha sido concluído outro acordo com os co-contratantes (André Gonçalves Pereira).⁹⁸

Em 1978 foi concluída, no âmbito da ONU, uma convenção acerca da sucessão em matéria de tratados, cujo princípio básico geral é que eles não são transmissíveis obrigatoriamente.⁹⁹ São admitidos os acordos de devolução e as declarações unilaterais para a continuação dos tratados. Entre outras normas aí estabelecidas estão as seguintes: a) um Estado recentemente independente não está obrigado a manter o tratado concluído pela antiga metrópole; b) a sucessão não altera questões de fronteira, ou obrigações sobre o uso do território; c) se dois Estados se unem e formam um terceiro, os tratados permanecem em vigor, a não ser: 1) que a aplicação do tratado seja incompatível com o objeto do próprio tratado; 2) se os demais Estados aceitarem não aplicá-lo. O tratado mantido em vigor será aplicado apenas na parte do território em que ele vigorava antes da fusão, a não ser que o novo Estado queira aplicá-lo a todo o território. Isto, contudo, não pode ser feito se o tratado for "intuitu personae" e o ingresso de mais algum Estado necessitar do consentimento dos demais contratantes; d) se o Estado se divide em dois ou mais Estados, o tratado permanece em vigor; e) em anexo é previsto um processo de conciliação para a solução dos litígios.

O tratado de união, concluído em 1990 entre a República Federal da Alemanha e a República Democrática da Alemanha, relativo à realização de unificação alemã, estabelece que os tratados da República Federal da Alemanha são aplicados a toda a Alemanha e os da República Democrática da Alemanha serão analisados em cada caso para se verificar a sua continuação em vigor após consultas aos demais contratantes.

No caso da URSS, os Estados da Comunidade de Estados Independentes se comprometeram a cumprir os tratados de controle e limitação de armamentos.

Na fusão que resultou na República do Iêmen, foram mantidos em vigor os tratados em relação ao território do Estado que o tinha concluído.

Até 1980 o CICV considerava que havia sucessão automática nas convenções de direito humanitário. Tendo em vista a Convenção de Viena de 1978 sobre sucessão de tratados. Posterior, o CICV adotou a posição que era necessária uma aceitação formal. Contudo, as normas do DI Humanitário fazem parte atualmente do D. Costumeiro.

184. O respeito aos direitos adquiridos dos particulares, habitantes do território objeto da sucessão, é um princípio pacífico do DI, acolhido na jurisprudência internacional.

Este princípio já se encontra consagrado na jurisprudência norte-americana do século XIX.

Na categoria dos direitos adquiridos estão as concessões que, se não tiverem sido dadas a título precário e não violarem a ordem pública do sucessor, deverão ser por ele respeitadas. Na verdade, o que o sucessor fazia era respeitar os direitos adquiridos privados e não os direitos adquiridos públicos (ex.: direito eleitoral). A tendência atual é de desaparecer o respeito aos direitos adquiridos em nome da soberania econômica do novo Estado, isto é, só respeita os direitos adquiridos que ele desejar.

185. Os bens públicos passam de pleno direito ao Estado sucessor, sendo que esta prática está firmada desde o século XIX. Todavia, o domínio privado do sucedido continua sendo de sua propriedade (como um simples particular), a não ser que seja convencionado o contrário.

A noção de propriedade pública, segundo Bedjou, seria aquela pertencente ao Estado e, em caso de dúvida, esta seria solucionada pelo direito interno do "território afetado pela mudança de soberania". Os bens da Alemanha Oriental passaram à Alemanha Ocidental, sob cuja égide foi feita a fusão dos dois estados.

É interessante observar que, como os bens do domínio privado não são transmissíveis automaticamente, as metrópoles procuram colocar nestes bens os do domínio público. Pode-se ainda lembrar que a não transmissão automática dos bens do domínio privado faz com que as antigas metrópoles mantenham grandes propriedades dentro do Estado. Na Argélia, a França transmitiu o domínio público e o privado. Segundo alguns autores (Bettati), a tendência atual é de desaparecer a distinção.

A moeda e as reservas de ouro passam para o Estado sucessor.

Os bens localizados fora do Estado sucessor serão devolvidos a este na proporção que ele contribuiu para a criação destes bens (Bedjaoui).

Em matéria de sucessão de Estados em empresas, o DI Costumeiro é omissivo. Entretanto o DI Convencional parece não aceitar que uma empresa fique imutavelmente presa ao Estado em que ela foi constituída ou tenha a sua sede (F. A. Mann).

A convenção concluída em Viena, em 1983, sob os auspícios da ONU, sobre sucessão de Estados, a respeito de propriedade do Estado, arquivos

e dívidas, estabeleceu que a propriedade do Estado (bens e interesses possuídos pelo Estado) passa para o sucessor sem qualquer compensação. A propriedade do Estado localizada em território estrangeiro passa também para o sucessor, desde que este tenha contribuído para ela, e na proporção desta contribuição. Os arquivos passam para o sucessor sem compensação.

Pela convenção de Viena de 1983 a data da sucessão é quando há a substituição na responsabilidade pelas relações internacionais. Na URSS isto ocorre na Conferência de Minsk em Dezembro de 1991.

A Estônia, Lituânia e Letônia não se consideram novos estados, porque a sua soberania só ficou suspensa. De 1940 a 1991. Logo não haveria sucessão. Elas querem todos os seus bens de antes da anexação soviética. Os imóveis desapareceram ou foram incorporados à URSS. Vários estados como a Alemanha tinham reconhecido a anexação. A Inglaterra em 1968 fez um acordo com a URSS em vender o ouro da Lituânia. Os EUA que não reconheceram a anexação tinham usado o ouro para financiar consulados e embaixadas.

A Ucrânia assumiu a sua dívida e de mais três republics (24%).

A Rússia assumiu 76% das dívidas.

Os bens no estrangeiro ficaram assim divididos: Rússia (61,34%), Ucrânia (16,3%), Bielorrússia (4,13%), Kazaquistão (3,86%), Uzaquistão (3,27%), Turcomênia (0,82%), Geórgia e países bálticos (4,77%).

186. As leis do Estado sucessor passam a ser aplicadas imediatamente ao território objeto da sucessão (caso de anexação). De um modo geral, as leis constitucionais são aplicadas de pleno direito, enquanto que as leis ordinárias precisam ser promulgadas e publicadas (este procedimento foi o utilizado pela França na Alsácia-Lorena em 1919).

No caso de Hong Kong, que está sendo incorporado à China, as suas leis permanecem praticamente imutáveis e ele passa a se chamar Hong Kong China.

Quanto aos atos administrativos e aos funcionários públicos, o Estado sucessor tem as mãos livres. A mesma liberdade o sucessor tem em relação aos atos jurisdicionais. Neste sentido, ele não é obrigado a executar as sentenças do Estado sucedido, que são para ele sentenças estrangeiras.

No caso da fusão, a situação da ordem jurídica interna é regulamentada no momento em que ela se realiza.

No tocante à responsabilidade internacional, tem-se admitido que ela não se transmite ao sucessor.

O mesmo tem ocorrido com o *status* de membro em uma organização internacional, que não é transmissível em sucessão.

(187) O DI criou dois institutos que visam proteger o indivíduo na sucessão de Estados no caso de anexação: o plebiscito e a opção. O plebiscito é realizado antes da anexação, e os seus efeitos são coletivos, enquanto que a opção é posterior à anexação, e os seus efeitos são individuais.

a) Plebiscito

O plebiscito é uma consulta feita à população do território anexado para que se manifeste sobre a anexação.

Existem alguns antecedentes do moderno plebiscito no período medieval e início do moderno: 1) em 1307, o Tratado de Pontoise (Santa Sé e Filipe, o Belo) estabeleceu em favor deste último direitos sobre a cidade de Leão. O rei da França enviou a Leão um representante para sondar a população sobre este fato; 2) em 1359, o Tratado de Londres, assinado por João, o Bom, rei da França, prisioneiro dos ingleses forçado a assinar este tratado, cedeu à Inglaterra parte da França ocidental. Entretanto, esta cessão não se consumou devido aos Estados Gerais a terem repudiado; 3) em 1526, Francisco I, prisioneiro de Carlos V, cedeu a este a Borgonha pelo Tratado de Madri; contudo, os Estados Gerais desta província não concordaram com a anexação, e ela não se concretizou.

A doutrina (Geneviève Guyomar) tem considerado que tais casos não são manifestações de plebiscitos. O primeiro, porque não fora estipulado em tratado e era uma simples consulta particular do rei. Os dois últimos, porque decorriam do direito feudal que proibia o senhor de dispor dos seus feudos sem o consentimento dos vassallos.^{9D} Esta opinião é inteiramente procedente, mas não se pode deixar de ver nos casos acima, seja por interesse particular, seja pelo direito feudal, manifestações em favor do respeito à vontade das populações dos territórios anexados, que é a essência do plebiscito.

A Revolução Francesa foi a grande responsável pela consagração do plebiscito, uma vez que a sua utilização era o único meio de conciliar as conquistas dos seus exércitos com o decreto de 1790, que declarava ter a França renunciado à conquista territorial. Deste modo, foram realizados plebiscitos no Avignon (1791), na Savóia (1792), etc. Em 11 de novembro de 1790, a Assembléia comunicou aos príncipes alemães que a Alsácia era francesa não por direito de conquista, mas pela vontade de seus habitantes, tendo em vista a sua participação na Federação (em que é afirmada a unidade da França) de 14-7-1780 (Albert Soboul — História da Revolução Francesa, 1981). A não cessão de território sem o consentimento da população é considerada na França como uma tradição a partir de 1860, quando Napoleão III incorporou Nice e a Savóia após a realização de um plebiscito. Em 1870, quando a Prússia anexou a Alsácia e parte da Lorena, não foram realizados plebiscitos.

No século XIX, com o princípio das nacionalidades, o plebiscito é consagrado como uma decorrência do direito de autodeterminação dos povos e utilizado na unificação italiana (Emília, Umbria, etc.). Todavia, na unificação alemã o plebiscito não foi utilizado.

Após a 1ª Guerra Mundial, inúmeros plebiscitos foram realizados (Alta Silésia, Slesvig, etc.) por influência de Woodrow Wilson, que foi um dos

defensores do princípio de autodeterminação dos povos. O plebiscito, contudo, não foi fixado de maneira uniforme e não foi utilizado em inúmeros casos (exemplo: Dantzig como território internacionalizado).

No período entre as duas grandes guerras ele deixou de ser também utilizado (exemplo: Anschluss). Após a 2ª Guerra Mundial, só foi empregado em Tende e Brigue, retirados da Itália e incorporados à França, porque a Constituição francesa proibia a anexação de território sem que houvesse uma consulta à população interessada. Ele não foi utilizado nos territórios a leste da linha Oder-Neisse que foram incorporados à Polônia.

A ONU tem feito com que o plebiscito volte a ser utilizado na vida internacional. Ela o utilizou em diversos territórios sob tutela: Togo, Camarões, etc. A Assembléia Geral da ONU é que formula a consulta a ser dirigida aos habitantes do território; assim, no Togo e nos Camarões foi indagado se a tutela deveria ser mantida ou se deveriam ser incorporados aos Estados vizinhos.

Está previsto plebiscito a ser realizado no Camboja em 1993, bem como a ONU prevê a realização de outro na Saara Ocidental.

Este instituto tem sido utilizado em outras ocasiões, como em Chandernagor (estabelecimento francês na Índia, em 1949) e na Argélia (1962).¹⁰

O plebiscito moderno apresenta as seguintes características: *a) o voto é secreto (ao contrário do que ocorria nos séculos XVIII e XIX); b) ele é anterior à anexação (o plebiscito de Brigue e Tende, solicitado pela França, foi de ratificação, ao contrário do que acabamos de afirmar); c) o plebiscito passou a ser controlado por terceiros (Estados ou observadores neutros, ou organismo internacional). Este último aspecto tem a sua origem no Tratado de Paris de 1856, em que o plebiscito na Valáquia e na Moldávia foi controlado por uma comissão européia.*

A conclusão a que podemos chegar sobre o plebiscito é que na prática ele não é considerado como um princípio obrigatório, a não ser para alguns Estados, cujas Constituições o consagram (Constituição francesa). Ele deverá vir a se tornar obrigatório no futuro, em nome do princípio de autodeterminação dos povos, e, em consequência, da importância crescente do homem na vida internacional e no DI.

b) Opção

A opção é o direito dado aos indivíduos de um território anexado para escolherem entre a sua nacionalidade e a do Estado anexante.

Ele é o resultado de uma longa evolução. Inicialmente, os indivíduos que habitavam o território anexado eram mortos ou escravizados. Posteriormente, passou-se a obrigar estes indivíduos a mudarem de nacionalidade e consequentemente de religião ("cujus regio ejus religio"), que teria sido consagrado na Paz de Augsburg (1555). Este princípio foi

adotado na Alemanha por influência de Lutero (Philippe Sueur). Para Jean Delumeau (Nascimento e Afirmação da Reforma, 1989), este princípio mostra a interferência do Estado na Igreja. Esta prática se encontra ainda em vigor na Paz de Vestefália, em que os indivíduos ou mudavam de religião ou seriam banidos.¹¹ Em 1659, no Tratado dos Pireneus, é consagrado o direito de emigração, mas os indivíduos deveriam vender os seus bens e pagavam uma taxa ("gabellae emigrationis").

O direito de opção figurou pela primeira vez em um tratado, no de Paris (1763), que terminou com a Guerra dos Sete Anos, e a palavra opção ("option") foi utilizada pela primeira vez no Tratado de Elisson (1785), sobre limites, entre a França e a Espanha.¹²

Alguns autores (G. Guyomar) observam que este instituto foi consagrado mais por razões pragmáticas do que humanitárias, a fim de diminuir o problema de minorias no território do Estado.

O direito de opção encontra-se consagrado na prática internacional,¹³ apenas variando os critérios de quem pode exercê-lo: *a) nascidos no território anexado; b) domiciliados no território quando da anexação (tratados de paz de 1919); c) os nascidos e domiciliados no território quando da anexação; d) os nascidos ou domiciliados.*

Os indivíduos que exercem o direito de opção podem conservar os seus bens e não são obrigados a emigrar. Dentro desta orientação é que a Romênia, ao fazer a sua reforma agrária no período entre as duas guerras mundiais, não pôde desapropriar as terras dos proprietários da Transilvânia que haviam optado pela nacionalidade húngara e estavam amparados pelo Tratado do Trianon, que proibia terem os seus "bens liquidados".¹⁴

(188) Devemos estudar a sucessão de Estados no tocante às dívidas públicas nos diversos casos:

a) Anexação total

A doutrina tem sustentado que deve ocorrer a sucessão a respeito das dívidas públicas ("o total das obrigações financeiras contraídas pelo Estado na base de empréstimo, qualquer que seja a forma do empréstimo" — Antonio Ortiz García). Diversos argumentos têm sido invocados em favor desta posição: 1) não é justo que uma população e um território deixem de pagar uma dívida que os beneficiou. A população e o território, apesar de incorporados a outro Estado, continuam a subsistir; 2) os credores têm verdadeiro direito adquirido no sentido de que os seus créditos deverão ser pagos; 3) haveria um enriquecimento ilícito do sucessor que se beneficia indiretamente das dívidas do sucedido, uma vez que elas foram utilizadas em benefício do território anexado.

Esta posição doutrinária, que tem sólidos argumentos, não encontra apoio na prática internacional, em que tem predominado a não-sucessão. Deste modo, a Alemanha não assumiu a dívida da Áustria quando do

Anschluss. Não existe nenhuma norma obrigatória de DI que estabeleça a sucessão no caso estudado.

b) *Anexação parcial*

Os autores Feilchenfeld e Strupp defendem que o DI não possui qualquer norma que obrigue o Estado sucessor a assumir a dívida do sucedido. Argumenta-se que o Estado não se encontra submetido a uma dívida que não foi contraída por ele.

Esta posição tem sido criticada alegando-se que o anexante tira do Estado sucedido os meios de ele saldar a dívida. O Estado, ao contrair uma dívida, o faz pensando em reparti-la por todo o seu território. Ora, ao perder parte deste território, lhe está sendo retirada uma parte dos meios de que ele dispõe para saldá-la. Dentro deste raciocínio é que se tem sustentado dever o anexante assumir uma quota-parte da dívida do sucedido.

A quota-parte pode ser fixada por um dos seguintes critérios: a) do território — a quota-parte a ser assumida pelo sucessor seria proporcional ao seu tamanho; b) da população — ela variaria conforme o número de habitantes do território anexado; c) capacidade tributária da região anexada. Os dois primeiros critérios são falhos, uma vez que o tamanho da população ou do território anexado não demonstra a sua riqueza. Esta só é demonstrada pelo terceiro critério, que foi consagrado no Tratado de Lausanne, ao distribuir a dívida do Império Otomano.

Esta quota-parte refere-se às dívidas gerais, isto é, àquelas que o Estado contratante assumiu para repartir sobre todo o seu território. Quanto às dívidas locais, se o beneficiário é o território anexado, deverão ser assumidas pelo sucessor; caso contrário, deverão ficar sob responsabilidade do sucedido.¹⁵

Todavia, não se pode afirmar que o DI estabeleça uma norma obrigando a sucessão; pelo contrário, a prática internacional a desmente. A Alemanha, ao incorporar a Alsácia-Lorena ao seu território, não assumiu parte da dívida pública francesa. O mesmo procedimento adotou a França quando reincorporou estas províncias ao seu território. Como caso de sucessão pode-se citar que no acordo germano-tcheco de 1940 a Alemanha assumiu a responsabilidade de parte da dívida tcheca.

No mesmo sentido de que não existe obrigatoriedade quanto à sucessão da dívida pública está a jurisprudência internacional (arbitragem no caso da dívida pública otomana). A sucessão da dívida pública está sujeita à existência de um tratado prévio.

c) *Emancipação (independência)*

Aplica-se aqui tudo o que foi afirmado a respeito da anexação parcial. Cabe-nos afirmar apenas que o Brasil, na sua independência, se recusou

a assumir parte da dívida pública portuguesa, e o pagamento que fizemos, de dois milhões de libras esterlinas, foi para indenizar os bens da família real portuguesa que ficaram no Brasil, bem como para atender às reclamações de alguns portugueses.¹⁶

Vários Estados não assumiram parte da dívida pública da metrópole, como Indonésia, Argélia e Zaire.

Quanto aos empréstimos concedidos pelo BIRD aos territórios dependentes, são mantidos de pleno direito quando estes territórios atingem a independência. Normalmente eles são garantidos pela metrópole, que os pagará, caso o ex-território dependente não o faça, uma vez que ela é a fiadora. Via de regra os pagamentos têm sido satisfeitos sem intervenção da ex-metrópole (exceção: Congo — Leopoldville, cuja dívida, em parte, foi paga pela Bélgica).

d) *Fusão*

O novo Estado deve assumir as dívidas dos Estados que o formam (Accioly). Pode-se utilizar, *mutatis mutandis*, dos argumentos invocados em favor da sucessão na anexação total.

O tratado de unificação alemã (1990) entrega a gestão da dívida da República Democrática a um patrimônio especial sob a responsabilidade do Ministro das Finanças.

e) *Exceções*

A tese esposada por nós, doutrinariamente, de um modo geral foi a favor da sucessão a respeito das dívidas públicas. Todavia, a doutrina e a prática têm condenado a sucessão nas dívidas de regime,¹⁷ isto é, “às contraídas no interesse de uma certa forma política e que compreendem, em tempo de paz, as dívidas de opressão, e, em tempo de guerra, as dívidas de guerra” (Rousseau). Após a guerra hispano-americana, os EUA sustentaram que não eram transmissíveis as dívidas de opressão, isto é, as dívidas contraídas pela Espanha para dominar os movimentos em favor da independência de Cuba. As dívidas de guerra, isto é, aquelas contraídas pelo Estado sucedido para lutar contra o Estado sucessor, também não são transmissíveis. Esta orientação foi sempre a dominante (os tratados de paz de 1919 consideraram dívidas de guerra toda aquela contraída durante a guerra, não interessando a sua finalidade). Na Comissão de DI o relator considerou que dívidas odiosas são: a) as contraídas pelo predecessor “para realizar objetivos contrários aos interesses superiores do Estado sucessor...”; b) dívidas contraídas com finalidades não conformes ao DI e os princípios de DI incorporados na Carta da ONU. Tais dívidas não são transmissíveis.

Na verdade também não deve ocorrer a sucessão quando a dívida contraída não beneficiou o território sucedido. O importante será verificar a área beneficiada pela dívida.

A tendência atual é a que a sucessão em matéria de dívida deve ser acordada pelos Estados.

Em 1991 a Rússia assumiu a dívida de toda a URSS, inclusive a que caberia às outras repúblicas, sendo que a Ucrânia não aceitou esta posição e declarou que ela mesma pagaria a sua dívida. A Rússia se considera uma continuação da URSS, daí ter assumido todas as dívidas e bens no exterior. Em 1993 a Ucrânia reviu a sua posição e passou a sua parte da dívida para a Rússia.

A regulamentação mais recente sobre este tema é a citada Convenção de Viena (1983), que determina que a dívida de Estado (obrigação financeira de um Estado assumida conforme o Direito Internacional em relação a outro Estado, organização internacional ou qualquer outro sujeito de Direito Internacional) passa para o sucessor. No caso de independência, só há sucessão, se a dívida tem relação com o território do Estado sucessor. No caso de anexação parcial, a dívida passa ao sucessor "em uma proporção equitativa", que leva em consideração os direitos, propriedades, etc., que passam para o sucessor. Este critério é utilizado nos demais casos.

189. A extinção dos Estados pode ser total e parcial. Ela é total quando, por exemplo, desaparece o seu território, ele é absorvido por outro, etc. Ela é parcial quando a sua soberania desaparece ou é restringida (exemplo: em 1905, a Coreia passou a protetorado do Japão).

189A. A sucessão de um Estado como membro de uma organização internacional é regulamentada por esta de modo livre, isto é, político. Assim a Iugoslávia "atual" não foi considerada sucessora após o desmembramento da "antiga" Iugoslávia. A Rússia sucedeu à URSS, na ONU e nas organizações especializadas. Por outro lado, o Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento (BERD) não considera a Rússia sucessora da URSS e a Rússia e as demais repúblicas tiveram que apresentar novo pedido de ingresso (v. capítulo: ONU).

NOTAS

1. Erik J. S. Castrén — Recent aspects of the Succession of States, *in* RdC, 1951, vol. I, t. 78, págs. 385 e segs.; D. P. O'Connell — The Law of the State Succession, 1956; A.-N. Sack — Les Effets des Transformations des États sur leurs Dettes Publiques et autres Obligations Financières, 1927; Marquês de Olivari — De los Principios que rigen la Sucesión Territorial en los Cambios de Soberanía, 1906; Ernst H. Feilchenfeld — Public Debts and State Succession, 1931; Isaac Paenson — Les conséquences Financières de la Sucesion des États, 1932-1953, 1954; A.-N. Sack — La succession aux dettes publiques d'États, *in* RdC, 1928, vol. III, t. 23, págs. 149 e segs.; Geneviève Guyomar — La succession d'États et le respect de la volonté des populations, *in* RGDIP, Janvier-Mars 1963, n° 1, págs. 92 e segs.; S. Bastial — Le rattachement de Tende et de la Brigue, *in* RGDIP, Juillet-Décembre 1949, n°s 3-4, págs. 321 e segs.; Manlio Udina — La succession des États quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques, *in* RdC, 1933, vol. II, t. 44, págs. 669 e segs.; Joseph-L. Kunz — L'option de nationalité, *in* RdC, 1930, vol. I, t. 31, págs. 111 e segs.; M. Merle — Les plébiscites organisés par les Nations Unies, *in* AFDI, vol. VII, 1961, págs. 425 e segs.; Karl Zemanek — State Succession after Decolonization, *in* RdC, 1965, vol. III, t. 116, págs. 181 e segs.; The Effect of Independence on Treaties, publicada pela International Law Association, 1965; Andrea Giuseppe Mochi Onory — La Succession d'États aux traités et notes sur la succession entre organisations internationales, 1968; André Gonçalves Pereira — La Succession d'États en Matière de Traité, 1969; Antonio T. Ortiz García — A Sucessão de Estados em Matéria de Responsabilidade Financeira, *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1968, n°s 47 e 48, págs. 21 e segs.; Natalino Ronzitti — La Successione Internazionale tra Stati, vol. I, 1970; Stefan Glaser — Décolonisation et succession aux traités, *in* RGDIP, Octobre-Décembre 1970, n° 4, págs. 906 e segs.; M. Bettati — Souveraineté et Succession d'États, *in* M. Bettati, R. de Bottini, P. Isoart, J. Rideau, J.-P. Sortais, J. Touscoz, A.-H. Zarb — La Souveraineté au XXe Siècle, 1971, págs. 47 e segs.; Mohammed Bedjaoui — Third Report on Succession of States in Respect of Matters other than Treaties — International Law Commission, 1970; International Law Commission — Succession of States to Multilateral Treaties Studies prepared by Secretariat, 1970; Comisión de Derecho Internacional — Sucesión de Estados en los Tratados Bilaterales — Estudios preparados por la Secretaria, 1971; Tulio Treves — La continuità dei trattati e di nuovi Stati Indipendenti, *in* Comunicazioni e Studi — Istituto di Diritto Internazionale e Stranero della Università di Milano, vol. XIII, 1969, págs. 333 e segs.; Adolfo Maresca — Il Diritto dei Trattati, 1971, págs. 251 e segs.; D. P. O'Connell — Recent Problems of State Succession in Relation to New States, *in* RdC, 1970, t. II, vol. 130, págs. 95 e segs.; M. Bedjaoui — Problèmes récents de succession d'États dans les États nouveaux, *in* RdC, 1970, t. II, vol. 130, págs. 455 e segs.; Daniel Vignes e Mario Bettati — Succession d'États, *in* Dalloz — Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit International, t. II, 1969, págs. 896 e segs.; International Law Commission — Succession of States in Respect of Bilateral Treaties — Studies prepared by The Secretariat — Addendum, 1971; Sir Humphrey Waldock — Fourth "e" Fifth Report on Succession in Respect of Treaties — International Law Commission, respecti-

vamente, 1971 e 1972: Mohammed Bedjaoui — *Sevième Rapport sur la Succession d'États dans les matières autres que les traités. Projet d'articles avec commentaires et observations sur la succession aux biens publics. Commission de Droit International, 1973; Manuel Díez de Velasco Vallejo — Algunas cuestiones relativas a la "sucesión de Estado" en la reciente descolonización española. in Anuário do IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 611 e segs.; F. A. Mann — Studies in International Law, 1973, págs. 524 e segs.; Bénédicte Beauchesne — Le Problème des Biens Publics de l'Ex-URSS localisés a L'Étranger, "in" RG DIP, 1997, n. 4, págs. 987 e segs.; Cesário Gutierrez Espada — Sobre la Sucesión de Estados en Matéria de Tratados, "in" Hacia um Nuevo Orden Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco, 1993, págs. 361 e segs.*

2. Foi Grotius quem desenvolveu a teoria da sucessão com fundamento no direito romano. A sucessão de Estados foi largamente aceita na segunda metade do século XIX, com fundamento na concepção patrimonial do Estado e em institutos do Direito privado.

3. Outros casos em que pode ocorrer a sucessão de Estados é na cessão, na formação de confederação, federação e uniões de Estados (O'Connell). Entretanto, estudaremos apenas os casos que apresentam maiores problemas e têm sido assinalados pela doutrina.

4. Castrén fala ainda em uma sucessão real (os casos enunciados) e em uma sucessão não real. Esta última ocorreria nos casos em que o sucessor exerce "poderes limitados no território de outro Estado" (exemplo: ocupação militar, arrendamento de território). Cansacchi fala em uma sucessão negocial (tem por base um tratado) e legal (tem por base as normas gerais do DIP).

5. Outras teorias podem ser mencionadas: *a)* os que defendem ser a sucessão de Estados uma sucessão de direito público (Rivier, Fiore); *b)* os que defendem ser a sucessão de Estados uma sucessão de ordenamento jurídico (Santi Romano, Miele); *c)* os que defendem ter o Estado uma personalidade política e outra civil, não havendo sucessão no tocante à primeira (relações de natureza política) e havendo a sucessão na segunda (aspecto patrimonial), defendida por Gabba.

6. Não ocorre sucessão quando o Estado ocupa território "res nullius".

7. A posição aqui defendida se diferencia da dos negadores radicais (Cavaglieri), que são voluntaristas e negam a existência de uma norma geral de DI estabelecendo a sucessão. Esta só existiria com base na vontade do Estado. A tese esposada admite a existência do instituto da sucessão como sendo do DI Geral e em consequência, sobrepondo o DI à vontade estatal.

8. Rousseau, baseando-se em *Politis* e *LaPadelle*, faz uma distinção entre tratados-leis e tratados-contratos. Os tratados-leis deveriam ser mantidos pelo Estado sucessor. Os tratados-contratos teriam duas tendências: a européia (pela extinção) e a americana (pela manutenção, porque continuavam a existir elementos do Estado, como a população).

9. A República Árabe Unida, ao se constituir, declarou que os tratados concluídos pelo Egito e pela Síria continuavam em vigor nos limites territoriais do Estado que os havia concluído. Os afro-asiáticos, ao alcançarem a independência, recusaram-se a manter tratados que impunham limitações do tipo colonial.

9A. Segundo André Gonçalves Pereira, a prática não é uniforme.

9B. É curioso que alguns autores (Shearer) consideram que é benéfica a manutenção de tratados por um Estado recém-independente, porque ele não dispõe de meios para fazer rapidamente a sua substituição.

9C. Atualmente a ONU está desenvolvendo um trabalho para codificar a sucessão dos Estados. Sobre convenções a respeito desta matéria, Geneviève Burdeau observa com razão que elas não terão maiores efeitos, porque o novo Estado não se encontra sujeito a elas.

É curioso que a codificação da sucessão esteja sendo feita após ter ocorrido a descolonização. É claro que pode ainda ocorrer sucessão, transferência de território, fusão, porém o mais importante já passou.

9D. É de se recordar que na França teve aceitação a "doutrina das leis fundamentais do reino", que afirmava que os atos do rei que as violasse não seriam válidos. É para anular concessões feitas por monarcas derrotados em batalhas. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho — *Direito Constitucional Comparado*, vol. I, 1974, págs. 3 e 4). Manuel García Pelayo (*Del Mito y de la Razón en la Historia del Pensamiento Político*, 1968, págs. 40 e segs.) observa que ao conceito da Coroa se ligou a doutrina da inalienabilidade do reino. O domínio devia ser passado integralmente ao seu sucessor. Na França, o rei não podia ceder território.

10. Outros territórios franceses foram transferidos à Índia sem plebiscito (Pondichéry, Karikal, etc.).

11. Esta Paz, entretanto, permitia aos banidos conservarem os seus bens e fazê-los administrar por terceiros, e ainda visitá-los dentro de certos períodos. Todavia, encontra-se ainda em diversas cláusulas a obrigação de os habitantes prestarem juramento ao novo senhor.

12. "A primeira convenção internacional a conter prescrições detalhadas sobre direito de opção foi o Tratado de Londres, de 15 de novembro de 1831, que regulava as consequências da separação da Bélgica dos Países-Baixos" (Guggenheim). A opção anterior a este tratado não se referia à nacionalidade, mas à faculdade de emigrar ou não (Kunz).

13. Ela foi dada aos habitantes da Ucrânia subcarpática cedida à URSS pela Tcheco-Eslováquia (1945).

14. Sobre a nacionalidade e a sucessão de Estados, podemos assinalar: na fusão, surge uma nova nacionalidade; na anexação, parcial existe o direito de opção; na independência, surge uma nova nacionalidade; na anexação total, os habitantes do anexo passam a ter a nacionalidade do anexante.

15. As dívidas localizadas em Estados que atingem a independência podem ser, segundo Bettati: *a)* a metrópole foi quem a contraiu em nome da colônia; *b)* o território dependente a contraiu dentro da sua autonomia financeira; *c)* a dívida tem uma hipoteca no território dependente.

16. No sentido de que houve uma sucessão no caso do Brasil, está bem fundamentado em André Gonçalves Pereira. Leslie Bethell e José Murilo de Carvalho (*Brazil: Empire and Republic 1822-1930*, coordenado por Leslie Bethell, 1989) afirmam que quando o Brasil ficou independente pagou a Portugal 2 milhões de libras, sendo 1,4 milhão para pagar uma dívida de Portugal em Londres e o resto para cobrir o custo da campanha para restaurar a autoridade portuguesa no Brasil.

17. Jêze foi o autor da distinção entre dívidas de Estado (aquelas contraídas em benefício da coletividade) e dívidas de regime.

CAPÍTULO XIX

DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ESTADOS¹

190 — Evolução histórica; 191 — Classificação dos direitos fundamentais; 192 — Terminologia; 193 — Direito à independência; 194 — Direito à igualdade jurídica; 195 — Direito de exercer a jurisdição no território nacional; 196 — Direito à legítima defesa; 197 — Deveres dos Estados.

190. A teoria dos direitos fundamentais dos Estados surgiu no século XVIII, com os jusnaturalistas racionalistas Wolff e Vattel. Esta concepção, apesar de ter as suas raízes no século XVII, em Grotius, entretanto é com Wolff e Vattel que é encarada como o verdadeiro fundamento do DI.² Ela é decorrência da afirmação de independência dos Estados em relação ao Papado e ao Império.

No século XIX, grande corrente de internacionalistas se torna sua defensora: Calvo, Pradier, Robert Phillimore, etc.

Os partidários desta teoria defendem que os Estados, à semelhança dos indivíduos, possuem direitos naturais, direitos inatos, pelo simples fato de existirem. Tais direitos seriam anteriores ao DI Positivo. Eles teriam dominado no período em que predominasse o Estado de natureza na vida internacional.

Esta doutrina parte de um ponto inicial que não pode ser aceite: a sua "visão antropomórfica". O Estado não pode ser comparado ao indivíduo no tocante aos seus direitos fundamentais. Nunca houve Estado de natureza na vida internacional, e mesmo que tivesse existido, nele predominaria a força e não o direito. Todo direito subjetivo pressupõe a existência de uma norma (direito objetivo) que o consagre.

As mais diferentes teorias dirigiram as suas críticas à formulação clássica dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais dos Estados, apesar de todas as alegações acima, não desapareceram; pelo contrário, tiveram um verdadeiro renascimento na ordem internacional, ocasionado pela participação, nas relações internacionais, de Estados pertencentes ao hoje denominado "Terceiro Mundo". A defesa da existência destes direitos é da maior importância para os Estados mais fracos, que precisam afirmar a sua existência pelo direito e não pela força. Esta concepção necessitou, assim, ser inteiramente reformulada, e passou-se a entender os direitos fundamentais dos Estados como resultantes da personalidade internacional dos Estados. ● Estado, pelo simples fato de ser pessoa internacional, possui direitos fundamentais que lhe permitem "realizar a finalidade para a qual nasceu" (Aguilar Navarro). Um Estado sem qualquer destes direitos fundamentais deixaria de ser uma pessoa internacional com capacidade plena. Todavia, o "alcance" destes direitos tem variado com a época histórica. Dentro desta orientação é que a soberania estatal tem sido interpretada em sentido cada vez mais restrito.

191) A classificação dos direitos fundamentais tem variado com o seu autor. Anzilotti considerava tal fato como um sinal de fraqueza desta teoria.

A primeira enumeração que encontramos é a do abade Grégoire, influenciado por Vattel, na Declaração dos Direitos dos Povos, apresentada, em 1795, à Convenção Nacional Francesa, onde se declara: o direito à independência, o direito à igualdade, o direito de "dominium" sobre o território, o direito de utilizar as coisas comuns (alto-mar), etc., etc. É de se ressaltar que o abade Grégoire não fala em Estados, mas em povos.

No século XX diversas associações internacionais elaboraram as suas declarações sobre direitos e deveres dos Estados. O Instituto Americano de DI, em 1916, incluía na sua declaração os seguintes direitos: a) direito à vida; b) direito à igualdade; etc. Esta declaração tem como característica o fato de os seus autores terem partido do indivíduo e aplicarem ao Estado os mesmos direitos daquele.³ O Instituto de Direito Internacional (1921), com base numa proposta de La Pradelle, afirmou: direito à igualdade; direito à legítima defesa e o direito ao reconhecimento como Estado,⁴ e determinou, ainda, os deveres dos Estados: respeito aos tratados, etc.

No continente americano é que os direitos fundamentais dos Estados foram logo codificados em inúmeras convenções internacionais.

Em Montevidéu (1933), na 7ª Conferência Internacional Americana, foi concluída uma convenção onde se consagrou: a) a inviolabilidade do território; b) a existência do Estado não depende do seu reconhecimento; c) igualdade jurídica; d) direito à independência e conservação; etc.⁵

Na Carta da OEA o seu capítulo IV é consagrado aos "Direitos e Deveres Fundamentais dos Estados": a) igualdade jurídica (art. 9º); b) a existência política independe do reconhecimento (art. 12); c) direito de proteger e desenvolver a sua existência (art. 14); d) direito de exercer a jurisdição no seu território (art. 15); e) direito ao desenvolvimento cultural,

político e econômico (art. 16); f) inviolabilidade do território (art. 20); g) legítima defesa (art. 21).

No âmbito da ONU ainda não foi possível a realização de uma convenção sobre este assunto. A Comissão de DI (1949) que elaborou um projeto de Declaração considerou direitos fundamentais: a) direito à independência; b) direito de exercer a sua jurisdição no território nacional; c) direito de igualdade jurídica; d) direito de legítima defesa.⁶

Alguns autores (Sibert) falam em um direito à existência, que na verdade não é propriamente um direito fundamental do Estado, mas um pressuposto para o aparecimento dos direitos fundamentais.

Atualmente consagram-se os Direitos e Deveres Econômicos do Estado (v. capítulo: DI Econômico).^{6A}

192) Os autores não têm denominado de modo uniforme tais direitos. Uns, como Barile, o denominam de "absolutos". Nós manteremos a expressão direitos fundamentais, que se encontra mais utilizada do que as outras e apresenta a vantagem de realçar a principal característica destes direitos: é de que são da maior importância para os Estados e sem eles a coletividade estatal deixaria de ser uma pessoa internacional com capacidade plena.

193) O direito à liberdade ou à independência significa que o Estado, dentro dos limites fixados pelo DI, é livre ou independente para realizar os atos que lhe apróver sem necessitar do consentimento de qualquer outro Estado. É a soberania dos Estados,⁷ isto é, ele se encontra direta e imediatamente subordinado à ordem internacional. A soberania, como assinala Verdross, significa uma competência territorial, bem como uma competência sobre os indivíduos neste território. A soberania ou independência do Estado é encarada atualmente no seu sentido relativo, isto é, um feixe de competências que os Estados possuem, mas outorgado e limitado pela ordem internacional.⁸ No século XIX, segundo Philippe Bretton, a soberania era definida de modo abstrato como "competência da competência", mas que no século XX, com o direito à autodeterminação dos povos e o princípio da igualdade, procura-se fundamentá-la de modo a combiná-la com os direitos do homem.

O reconhecimento da soberania dos Estados tem sido feito em inúmeros textos internacionais, como na Carta da ONU, cujo art. 2º, alínea 7ª, estipula:

"Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assunto que dependa essencialmente de qualquer Estado."

A Carta da OEA (art. 18) consagra igualmente a existência de um domínio reservado dos Estados, que é de sua competência exclusiva. O grande problema consiste em sabermos quais os assuntos que pertencem ao domínio reservado dos Estados e são de sua competência exclusiva.^{8A}

Diversos critérios têm sido propostos: a) Material ou objetivo — existiriam assuntos que pela sua natureza fariam parte do domínio reservado dos Estados; b) Jurídico — deixariam de fazer parte da jurisdição doméstica os assuntos regulamentados pelo DI. Para Strisower não estariam excluídas todas as questões não reguladas pelo DIP, mas apenas aquelas que se encontrassem nesta situação e estivessem “intimamente ligadas à ordem nacional” e, por conseguinte, o DIP não pretende regulamentá-las; c) Político — existiriam assuntos que seriam da competência exclusiva dos Estados mas que, em virtude de certas circunstâncias, adquirem relevância para a ordem internacional. O primeiro critério foi consagrado na reserva (nº 4) apresentada pelo senador Lodge ao Pacto da Liga, em que os EUA poderiam declarar livremente os assuntos pertencentes à sua jurisdição doméstica. O segundo foi consagrado em parecer da CPJI (caso dos decretos de nacionalidade em Tunes e Marrocos). O terceiro foi utilizado pela ONU ao votar sanções contra o governo de Franco na Espanha. Desejamos fazer uma ressalva, de que para alguns autores (Jimenez de Aréchaga) jurisdição doméstica e assuntos internos não são sinônimos, porque existem assuntos externos, como manutenção ou ruptura de relações diplomáticas ou reconhecimento de governo, que pertencem à jurisdição doméstica.

Na prática internacional tem-se utilizado o critério jurídico-político e rechaçado o critério material, porque não existe assunto que por sua própria natureza não possa vir a ser internacionalizado. Pode-se repetir a observação de G. Kaekenbeck sobre o domínio reservado: “seu conteúdo é não somente indeterminado, mas juridicamente indeterminável”.

Salienta Rousseau que a independência possui três elementos: a) exclusividade da competência (monopólio da sanção do poder jurisdicional e da organização administrativa); b) autonomia da competência; c) plenitude da competência.

O direito à independência ou soberania manifesta-se no aspecto interno e no aspecto externo do Estado.

No aspecto interno ele se manifesta nos diferentes poderes do Estado: no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. Ele é a consagração do direito de autodeterminação, isto é, o direito do Estado de ter o governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira.⁹

No seu aspecto externo, o direito à independência ou à soberania se manifesta no: a) direito de convenção; b) direito de legislação e c) direito ao respeito mútuo. Enfim, o Estado tem absoluta liberdade na conduta dos seus negócios. A conclusão a que podemos chegar é que em nenhum dos seus aspectos o direito à independência é absoluto; pelo contrário, ele somente é lícito dentro dos limites fixados pelo DI. A violação destes limites acarreta a responsabilidade internacional do Estado.

Bourquin descreveu com razão que o domínio reservado é “o conjunto de desfalecimentos do direito das gentes”.

justamente o que
não é di

Para Chaumont a soberania não é um conceito estático, mas um processo.

A própria noção de soberania e, em consequência, de domínio reservado é mutável de acordo com o momento histórico, assim, em 2/4/91, a França denuncia, na ONU, a tragédia dos curdos no Iraque e defende a internacionalização dos direitos do homem. Em 30/4/91 a ONU já estava lá presente com acampamentos que arvoravam a sua bandeira (v. capítulo XXIX). Acresce ainda que o domínio reservado só pode ser definido de modo negativo e a tendência da AG é não aceitar a alegação de domínio reservado (Benedetto Comfroti).

194. O princípio da igualdade jurídica, segundo Podestá Costa, tem as suas origens na doutrina nas obras de Puffendorf e Vattel, e na prática diplomática na Paz da Vestefália (1648), que fora um tratado coletivo concluído “sem que se levasse em consideração diferenças de confissão religiosa ou de regime político”. Todavia, foi somente nos meados do século XIX que o princípio da igualdade jurídica se firmou na vida internacional. Este fato ocorreu, acima de tudo, porque o DI deixou de ser um direito europeu para ser realmente um direito internacional, de aspecto universal. A igualdade é uma defesa da soberania dos Estados. Alguns autores (Westlake) consideram a noção de igualdade uma redundância, porque ela nada acrescenta à de soberania.

A igualdade jurídica na ordem internacional, entretanto, não é absoluta. Na Carta da ONU, no Conselho de Segurança, foi dado aos cinco Grandes (EUA, URSS, Grã-Bretanha, França e China) o direito de veto, o que viola o princípio da igualdade jurídica entendido estritamente, porque o voto destes Estados enumerados passa a ter maior peso do que os dos demais membros.¹⁰

Os autores têm procurado distinguir: a) igualdade jurídica e b) igual capacidade para o exercício de funções resultantes de obrigações internacionais. É salientado que a igualdade jurídica é uma ficção no sentido que de fato os Estados são desiguais. Orá, aqueles que tiverem maiores obrigações perante a ordem internacional teriam o direito de possuir certas vantagens. Dentro deste raciocínio tem-se procurado justificar o veto, uma vez que aos membros permanentes do Conselho de Segurança incumbiriam as maiores responsabilidades para a manutenção da paz.

A moderna (Aguilar Navarro) interpretação do princípio da igualdade jurídica tem abandonado a sua interpretação estrita e considerado que no DIP, onde ainda domina a política, deve-se levar em consideração as desigualdades de fato dos Estados. Assim sendo, nada impede que existam “status jurídicos distintos” correspondentes à “capacidade diferente dos Estados”. A igualdade jurídica seria “uma submissão em condições idênticas ao direito”. Orá, ao variarem estas condições, é possível a criação de status particulares.¹¹ Sereni acrescenta que a liberdade existente na ordem jurídica internacional permite que os Estados, por meio de acordo, con-

sagem a existência de maiores direitos para determinados Estados. Tal fato teria ocorrido na ONU, cujo art. 2º, inciso 7º, consagra a igualdade jurídica, e o art. 27 reconhece o direito de veto aos membros permanentes do Conselho de Segurança.

Podemos concluir que o princípio da igualdade jurídica domina a vida internacional. Todavia ele sofre exceções quando estas forem livremente estatuídas pelos Estados. Contudo a igualdade jurídica em um regime liberal conduz a uma desvantagem para os países subdesenvolvidos (exemplo: cláusula de nação mais favorecida). Atualmente estes países têm reivindicado maiores vantagens, tendo em vista que as "desigualdades compensatórias" não violam a igualdade jurídica. Os subdesenvolvidos reivindicam, assim, maiores vantagens, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento.

Podemos encerrar este item com as palavras de Claude-Albert Colliard, que o princípio da igualdade repousa em "uma abstração" que pode ser "mais ou menos grosseiramente admitido em uma sociedade cujos membros são pouco numerosos e relativamente pouco diferenciados, mas que se torna uma verdadeira ficção jurídica na sociedade atual".

195. O Estado tem o direito de exercer a sua jurisdição sobre todas as pessoas e coisas no seu território nacional. As restrições à jurisdição estatal são impostas pelo DI.¹² Devemos, todavia, fazer menção à imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros, que decorre do direito à independência e do direito à igualdade jurídica. É a aplicação do adágio "par in parem non habet iudicium". Bartolo, em 1354, no seu "Tractatus repraesaliarum", introduziu a idéia de que se um sistema jurídico for igual a outro, não poderia ser aplicado a estrangeiro, porque este teria o seu "imperium" atingido. Daí a fórmula "par in parem non habet imperium". Sorensen sustenta que a imunidade dos Estados tem a sua origem nos monarcas do absolutismo, vez que eles se identificam com o Estado. Assim sendo, a imunidade do Estado era um prolongamento da do soberano.

A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros foi inicialmente admitida como sendo absoluta.¹³ Na jurisprudência inglesa e francesa ela começou a ser amenizada no século XIX, ao se admitir a competência dos Tribunais quando o Estado estrangeiro se apresentasse como autor. Entretanto, a teoria da imunidade relativa surgiu, na jurisprudência do século XIX, na Bélgica (desde 1840)^{13a} e na Itália. No século XIX a imunidade absoluta era criticada por Weiss; Hartmann e von Bar. Para Joe Verhoeven o caso precursor para se restringir a imunidade de jurisdição do Estado ocorreu em 1903, na Bélgica: Soc. des Chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. État néerlandais.

Parece que o primeiro autor a fazer um estudo sistemático do problema de imunidade foi Gabba, em vários artigos publicados no "Journal du Droit International", de 1888 a 1890 (Manuel Medina Ortega).

O Instituto de DI (1891) declarou que a imunidade não se aplicava nos seguintes casos: a) ações relativas a móveis ou imóveis que estivessem

localizados no território do Estado; b) ações surgidas em um inventário em que o Estado figurasse como herdeiro ou legatário; c) ações concernentes a estabelecimento comercial, industrial ou estrada de ferro, explorado pelo Estado estrangeiro; d) quando o Estado aceitasse a jurisdição estrangeira ou a reconvenção no caso de ação iniciada por ele; e) ação para cobrança de indenização por delito ou quase-delito; f) ações relativas a contratos concluídos no território do Estado, "quando a execução completa deste pudesse ser requerida segundo cláusula expressa do contrato ou segundo a natureza da ação". Gozariam de imunidades os atos do Estado estrangeiro praticados como poder público e os relativos a empréstimo público. O mesmo Instituto, em 1954, afirmou a imunidade do Estado nos atos praticados como poder público, e a "lex fori" é que decidiria em caso de dúvida se era ato do Estado como poder público ou como pessoa privada.

Orientação semelhante é encontrada no Código Bustamante, onde se declara a imunidade nos atos em que o Estado atuou como poder público e a submissão do Estado à jurisdição estrangeira quando o Estado atua como simples particular e se trata de ações reais ou mistas (art. 333 e segs.).

A grande tendência nos dias de hoje é a de se distinguir entre os atos praticados pelo Estado "jure imperii" e os atos "jure gestionis". Esta distinção surge nos tratados de paz após a 1ª Guerra Mundial, mas a sua primeira consagração em um tratado multilateral foi no citado Código Bustamante.

Os primeiros gozariam de imunidade, o que não aconteceria com os segundos. Esta restrição à imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro se originou no fato de que os Estados se dedicam cada vez mais a atividades comerciais ("jure gestionis").¹⁴ Os atos "jure imperii" podem ser considerados (Lalive) os seguintes: a) atos legislativos; b) atos concernentes à atividade diplomática; c) os relativos às forças armadas; d) atos da administração interna dos Estados; e) empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.^{14a} Cahier observa com razão que ao consagrar esta distinção os agentes diplomáticos passam a ter maiores imunidades do que os próprios Estados que eles representam, tendo em vista que eles gozam de imunidades totais, sem distinção de atos. A distinção entre atos "jure imperii" e "jure gestionis", em caso de dúvida, é feita conforme a lei do foro. No Brasil o STF, no caso Mário Pinto *v.* Instituto de Assuntos Internacionais (1962), decidiu que a execução de incompetência não pode ser apresentada pelo Ministério das Relações Exteriores e sim pelo próprio Estado estrangeiro interessado. Esta posição de se adotar a "lex fori" é defendida por Niboyet e Manuel A. Vieira. Entretanto, Van Praag defende que se aplique a lei do Estado estrangeiro e Batiffol propõe uma coordenação da "lex fori" e da lei do Estado estrangeiro.

Alguns comentários podem ser ainda formulados. Há jurisprudência inglesa afirmando serem todos os atos de uma embaixada como "jure

imperii". A Corte Constitucional Alemã, em 1963, sustenta que para se classificar os atos em "jure imperii" e "jure gestionis" se leva em consideração a natureza da transação ou as relações jurídicas que dele resultam e não o motivo ou o propósito do Estado.

O Código Bustamante (arts. 333 e segs.) consagra a imunidade de jurisdição das cônsules nos seus atos oficiais e proíbe a aplicação de "medidas coercitivas ou de outra natureza que devem ser executadas no interior das legações ou consulados..."

O abandono da imunidade absoluta prende-se também a: a) dar oportunidades iguais aos comerciantes privados e ao Estado comerciante perante os tribunais; b) o Estado agir de má fé ao concluir um contrato como comerciante e se recusasse a executar as obrigações como Estado soberano (I. Seidl-Hohenveldern).

Os EUA, com base em carta do consultor jurídico do Departamento de Estado, Jack Tate ("Tate Letter"), ao procurador-geral, em 1952, passaram a não dar mais imunidades às atividades privadas de Estados estrangeiros (Von Glahn).¹⁵

O grande inconveniente desta orientação é que o juiz recorre ao direito público do seu Estado para qualificar ato praticado por Estado estrangeiro.

Todavia, é de assinalar que em alguns países (Inglaterra) ainda se manteve a imunidade absoluta de jurisdição.¹⁶ Em 1978, pelo State Immunity Act, a Grã-Bretanha abandonou esta posição e não reconhece mais imunidade para transação comercial, ou ainda para uma obrigação (comercial ou não) que em virtude de contrato deva ser cumprida integral ou parcialmente na Grã-Bretanha.

Devemos fazer uma observação sobre a doutrina do ato de Estado ("act of state doctrine") consagrada nos EUA. Ela parece ter a sua origem na jurisprudência inglesa no "Blads Case", em 1674. Outros sustentam que ela tem a sua origem na Inglaterra, no caso "Duke of Brunswick v. King of Hanover", em 1848. Nos EUA ela foi consagrada no caso "Underhill v. Hernández" (1897). Ela consiste no fato de que um Estado não pode julgar "atos do governo estrangeiro, realizados dentro do seu território", vez que "todo Estado soberano é obrigado a respeitar qualquer outro Estado soberano".^{16a} No "Sabbatino Case" (1964) a Corte Suprema afirmou que os tribunais não podem discutir "a validade de atos públicos realizados por um governo reconhecido dentro de seu território".

Diz Francis Déak que "as regras de imunidade de Estado soberano são impostas pelo DI; a doutrina do 'ato de Estado' é uma limitação adicional imposta por auto-restrição judiciária no exercício da jurisdição..."^{16b} Na verdade, o que nos parece é que a simples norma do DI consagrando a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, se aplicada em todas as suas conseqüências, leva à doutrina do ato de Estado, que deixaria de ser assim uma simples doutrina norte-americana, para ser uma norma internacional. Entretanto, tem sido observado que a doutrina do ato de Estado

surgiu devido ao fato de a imunidade do Estado não atender a todos os casos. A doutrina criaria "uma espécie de imunidade 'ratione materiae' em proveito de pessoas" que não teriam normalmente imunidade (J. Combacau). Podemos exemplificar: uma partida de petróleo comprada por um particular de um Estado que nacionalizara uma empresa petrolífera estrangeira e não indenizou. O Tribunal, se julgar o particular, estará na realidade apreciando um ato praticado por Estado estrangeiro.

No sentido contrário à doutrina do ato de Estado têm sido alinhados os seguintes argumentos: a) um juiz não pode ficar obrigado a aplicar a lei de um Estado que pode ser contrária ao DI; b) proteção dos investimentos estrangeiros; c) os tribunais internos devem colaborar na aplicação do DI.

Vários argumentos existem em favor da doutrina do ato de Estado: a) a validade do ato é mais bem apreciada pelo próprio Estado; b) a apreciação do ato de um Estado por Tribunal estrangeiro atentaria contra a sua autoridade; c) a política externa do Estado poderia ser atingida se um seu Tribunal negasse validade ao ato de um Estado estrangeiro; d) ameaça à soberania do Estado; e) os sistemas jurídicos são iguais e um não pode prevalecer sobre o outro; f) as regras internacionais são incertas. Entretanto, a decisão da Corte Suprema provocou uma emenda ao Foreign Assistance Act, conhecida como Emenda Sabbatino, em que se determina: nenhum Tribunal nos EUA poderá deixar de apreciar o mérito, dando efeitos a princípios do DI, em caso de expropriação, alegando o "act of state doctrine". Por outro lado, o "act of state doctrine" só será aplicado a pedido do presidente dos EUA em nome da política externa norte-americana. Esta Emenda Sabbatino, segundo Falk, é passível de várias críticas: a) o Congresso repudiou uma decisão da Corte Suprema; b) houve uma intervenção do Executivo no Judiciário; c) as normas sobre nacionalização no DIP são ainda bastante duvidosas; d) o DIP não deve ficar subordinado a considerações políticas dos tribunais internos; e) a doutrina do ato de Estado "consolida os direitos de propriedade adquirida sobre o território de um Estado estrangeiro em virtude de um ato de soberania deste Estado, sem que se possa colocar este direito em discussão pelo motivo que sua aquisição teve sua origem em uma política sócio-econômica diametralmente oposta à do foro" (Fr. Rigaux). A revisão do "Restatement" afirma que a doutrina do ato de Estado não será aplicada à propriedade localizada no exterior, quando ela foi confiscada com violação do DI. O "Helms-Burton Act" em relação a Cuba também consagra a emenda Sabbatino.

A doutrina do ato de Estado não deve ser aplicada quando há violação grave de direitos do homem, para evitar o que ocorreu no caso Bernstein, em que um tribunal norte-americano deu validade ao direito alemão que consagrava política racial, em nome desta doutrina. Daí Prosper Weil dizer que o juiz só pode afirmar a ilicitude de um ato de Estado estrangeiro

quando violar norma internacional claramente estabelecida; em caso contrário, deve haver uma presunção em favor da licitude do ato.

Uma razão que pode ser acrescentada para justificar a doutrina do ato de Estado é que ela é aplicada dentro do próprio território do Estado.

Pode-se acrescentar que os organismos do Estado que são destinados à indústria ou comércio não se beneficiam de imunidade de jurisdição. Finalmente, pode-se lembrar que a jurisprudência belga, no caso "Feldman c. Estado da Bahia" (1907), reconheceu imunidade de jurisdição para um Estado membro de um Estado Federal, alegando que ele podia contrair empréstimos, e isto era "próprio de uma soberania". Em sentido contrário está a Corte de Apelação de Paris no caso "Etat de Hesse c. Jean Neger". A jurisprudência francesa recusa imunidade de jurisdição às "coletividades públicas descentralizadas" e, por outro lado, assimila aos Estados estrangeiros "os serviços públicos considerados como órgãos exercendo uma atividade destinada a satisfazer as necessidades de interesse geral". A jurisprudência norte-americana reconhece imunidade a tais coletividades. A nosso ver, a posição mais correta é a da jurisprudência belga e americana, vez que os Estados membros de uma federação são tanto poder público, praticando atos "jure imperii", quanto o "Estado central". A convenção européia de 1972 sobre imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro "dá às entidades legais do Estado e com capacidade processual de acionar ou ser acionada o mesmo tratamento dispensado às pessoas de direito privado, exceto quando exercem funções públicas e a ação judicial verse sobre atos praticados em tal qualidade".

Outro aspecto que deve ser examinado é o relativo à imunidade de jurisdição trabalhista. Gilda Russomano observa que a imunidade de jurisdição trabalhista está "implícita" na imunidade de jurisdição civil. Por outro lado, a sentença não é executável, bem como os consulados e embaixadas não estão sujeitos à inspeção do trabalho. Tudo isto conduz a se defender a posição exposta.

O TFR, na Súmula nº 83, estabelece que processar e julgar reclamação trabalhista contra representação diplomática de Estado estrangeiro é da competência da Justiça Federal. Georgenor de Sousa Franco Filho defende que a competência deveria ser da Justiça do Trabalho, vez que o empregado de repartição diplomática e consular são considerados trabalhadores autônomos. Este jurista defende a imunidade de jurisdição e afirma que o trabalhador, ao receber a autorização do presidente da República, aceitou as condições de trabalho. A tese da competência da Justiça do Trabalho parece ter sido a consagrada no artigo 114 da Constituição Federal de 1988. Em 1989 o Supremo Tribunal Federal afirma que a competência para julgar causa trabalhista é da Justiça do Trabalho e que não há imunidade da jurisdição trabalhista de Estado estrangeiro (embaixada). Fica, entretanto, em aberto o problema da execução da sentença, vez que os bens de uma embaixada são impenhoráveis. Guido Soares observa que

para alguns autores o que figura na convenção de Viena sobre relações diplomáticas, que reconhece aos agentes diplomáticos "imunidade de jurisdição civil e administrativa", abrange também a imunidade trabalhista, que estaria incluída na imunidade administrativa. Lembra que o agente diplomático não está obrigado a depor como testemunha. O internacionalista brasileiro conclui afirmando que os contratos de trabalho estão submetidos à lei local e considera acertada a atual jurisprudência. A tendência consagrada na convenção européia e na Inglaterra é no sentido de não dar imunidade de jurisdição nos contratos de trabalho.

Na Grã-Bretanha, o State Immunity Act de 1978 estabelece que os contratos de trabalho estão submetidos às cortes inglesas. O tema de imunidade de jurisdição do Estado é bastante controverso, e existe um anteprojeto de convenção elaborado pela Comissão de DI (texto in International Legal Materials, maio de 1987).

Nos EUA o "Foreign Sovereign Immunities Act", de 1976, estabelece que os Estados estrangeiros ou seus órgãos não têm imunidade para as atividades comerciais.

É interessante observar que a Constituição brasileira de 1969 deu aos juízes federais, no art. 125, incisos II e III, competência para "processar e julgar em primeira instância":

"II — As causas entre Estado estrangeiro, ou organismo internacional e municípios ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil;

III — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organização internacional."

O inciso II não é dos mais perfeitos, uma vez que, como vimos, a regra geral é a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, e só em casos excepcionais é que a jurisdição se afirmaria. Ora, a Constituição dá a entender, como regra geral, exatamente o contrário. Fenômeno semelhante ocorre com os organismos internacionais, como a ONU, cuja Carta, no art. 105, inciso I, determina:

"A Organização gozará, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos."

E o artigo 119 estabelece:

"Compete ao Supremo Tribunal Federal: I — processar e julgar originariamente; c) os litígios entre Estados estrangeiros ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Territórios (...);

O dispositivo constitucional somente funcionará em regra geral nos casos em que a pessoa domiciliada for o réu. O que criticamos neste dispositivo é que ele poderia explicitamente ter subordinado esta "competência" aos princípios internacionais vigentes na matéria, a fim de evitar conflitos no futuro.^{16c}

Resolução do Senado Federal estabelece que a União e as autarquias não podem se submeter a tribunais estrangeiros em matéria de dívida.

Os depósitos em moeda de um Estado no exterior beneficiam-se de imunidade de jurisdição, porque não se pode dizer a sua finalidade (Combacau e Sur).

Outro problema consiste em saber se a sentença proferida contra um Estado estrangeiro é executável. A orientação na prática não tem sido uniforme, e predomina a idéia de imunidade.¹⁷ A razão parece-nos estar com Podestá Costa, ao declarar que a execução ou as medidas conservatórias são admissíveis sempre que "se reduzam à coisa material que é objeto ou causa do litígio". Pode-se acrescentar a condição para a imunidade de execução estabelecida pelo Instituto de Direito Internacional: que sejam coisas ligadas à atividade governamental e não estejam relacionadas com uma atividade econômica. Em outras palavras: as coisas que não estejam ligadas à atividade governamental, e o estejam a uma atividade econômica, seriam passíveis de execução ou de medidas conservatórias.¹⁸

A imunidade de execução cobre o Estado estrangeiro e os serviços que dependem diretamente dele. Sobre a imunidade de execução podemos acrescentar ainda algumas observações: a) os bens do Estado localizados fora do seu território gozam de imunidade de execução; b) a imunidade de execução se estende às medidas conservatórias; c) na Grécia, Itália e URSS o Executivo pode intervir para paralisar uma medida de execução ou, ainda, elas só podem ser tomadas após uma aprovação pelo governo; d) não podem ser submetidos a execução os bens que servem a fins públicos, conforme a qualificação feita pelo foro.

A citada legislação norte-americana estabelece que têm imunidade de execução as propriedades de: a) organizações internacionais; b) de aspecto militar; c) sob controle militar; d) de um banco central ou autoridade monetária estrangeira; e) propriedade para finalidade diplomática e consular. Não tem imunidade de execução: a) propriedade tomada em violação ao DI; b) utilizada para atividade comercial; c) quando houver renúncia a esta imunidade.

Esta matéria encontra-se regulamentada no âmbito do Conselho da Europa por uma convenção concluída em 1972. Um protocolo a esta convenção criou um tribunal europeu para apreciar matéria referente à imunidade que é formado pelos sete juízes da Corte Européia de Direitos do Homem.

Em 1983 o Comitê Jurídico Interamericano aprovou projeto de convenção sobre imunidade de jurisdição dos Estados. ~~Ele se consagra que~~

O Estado tem imunidade de jurisdição para os atos realizados em virtude de "governmental powers", bem como se beneficiam de imunidade os bens que o Estado usa em virtude destes mesmos poderes. Não tem imunidades as atividades comerciais, atividades trabalhistas, bens com fins comerciais, etc.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em 1990, no agravo de instrumento nº 757, a sua Quarta Turma consagrou a distinção entre atos de comércio e atos do império, reconhecendo imunidade de jurisdição apenas para estes últimos.

196) A doutrina (Fauchille) tem visto o direito a legítima defesa como uma manifestação de um direito de conservação do Estado. A Paz de Westfália já tem um esboço de legítima defesa coletiva quando a "vítima do abuso" esperou três anos para resolver o litígio por meios pacíficos e não conseguiu. Neste caso os demais Estados deverão socorrer a vítima. No século XVII Grotius considerava que a legítima defesa tinha a sua origem na natureza. Este direito figura em várias obras do século XIX, como em Kluber, Wheaton, e em 1920 este direito é olhado como idêntico ao de legítima defesa. Todavia, preferimos abandonar a expressão direito de conservação, uma vez que a sua admissão significaria dar ao Estado um direito muito amplo, bem como ele acabaria por se transformar em um superdireito, a que se subordinariam todos os direitos.¹⁹ Foi no denominado caso "Caroline", ocorrido entre a Inglaterra e os EUA em 1837, e regulado em 1842, que a legítima defesa teria passado do "excesso político" para a "doutrina jurídica" (Jennings).^{19a} A legítima defesa só ganha realmente um estatuto jurídico no século XX, quando se proíbe ao Estado o direito de recorrer ao uso da força. Em 1930, ela já é considerada uma circunstância que exclui a ilicitude na responsabilidade internacional. Para Jean Delivanis ela está ligada "à existência de uma ordem jurisdicional que dispõe de meios de sanções eficazes. Ela é um complemento útil a toda monopolização do recurso a força por um órgão central da ordem considerada". O jurista francês afirma que ela é um aspecto do estado de necessidade. Por outro lado, a legítima defesa pressupõe a existência de um prejuízo, bem como a violação de uma obrigação jurídica. Ela é considerada inalienável como direito fundamental do Estado.

"A legítima defesa constitui em toda sociedade uma competência de substituição provisória deixada a seus membros para se protegerem contra um delito cometido por um terceiro" (Jean Delivanis). Em consequência, ela surge quando os órgãos competentes da sociedade internacional não podem agir. Ela visa paralisar uma violação da norma internacional. Citando ainda Delivanis: "a legítima defesa deve ser considerada como uma noção complementar, permitindo conciliar a manutenção da proibição do recurso à força e o direito fundamental do Estado à existência em um período de não efetividade do sistema de segurança coletiva estabelecido

pela Carta da ONU". Devido à paralisação dos órgãos de segurança coletiva, a legítima defesa tem-se desenvolvido.

A legítima defesa apresenta em comum com as represálias no sentido de que ambas são atos que violam o direito, são praticados em resposta a um ato ilícito e não acarretam a responsabilidade do Estado. Entretanto, ambos os institutos se diferenciam: a) a legítima defesa é uma reação ao uso ilícito da força, enquanto a represália é uma reação contra qualquer ilícito; b) na legítima defesa o Estado apenas se defende, enquanto a represália visa punir o autor do ilícito, bem como sua vítima obter uma reparação; c) alguns autores têm admitido a legítima defesa preventiva (pode ser uma porta aberta a abusos, mas necessária para alguns Estados que tenham pequeno território, o que dificulta retiradas estratégicas, etc. Podemos lembrar que o DIP foi elaborado por Estados ocidentais com grandes espaços territoriais, etc.), enquanto a represália só é lícita quando houver um pedido de reparação não atendido (P. Zanardi). Acresce ainda que ela não tem um aspecto de "castigo", como ocorre nas represálias.

O Estado possui o direito de legítima defesa, que, para se configurar, é necessário que haja um ataque armado injusto e atual, bem como que a defesa não ultrapasse a agressão. A grande dificuldade durante muito tempo é que a ONU não conseguia definir agressão, só vindo a fazê-lo em 1974.

A legítima defesa está consagrada na Carta da ONU (art. 51) e na Carta da OEA (art. 21). Ela foi incluída na Carta da ONU pelos Estados americanos que a tinham consagrado na Ata de Chapultepec (Christiane Alibert).

Os autores soviéticos (Tunkin) criticavam os acordos de segurança coletiva concluídos pelos EUA porque eles falam que haverá a legítima defesa quando existir "agressão", enquanto a Carta da ONU declara que ele existirá quando houver "agressão armada" ou "ataque armado" (a expressão varia conforme a língua oficial), mas de qualquer modo restringe os casos de legítima defesa. A legítima defesa coletiva foi consagrada na Ata de Chapultepec e penetrou na Carta da ONU a pedido dos EUA, para compatibilizar o sistema regional com a Carta da ONU. Alguns autores (Nguyen Guoc Dinh) alegavam que ela deveria existir apenas nos sistemas regionais. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca do Rio de Janeiro (1947) também usa a expressão "ataque armado". Mas a Carta da OEA (arts. 27 e 28) fala em "agressão" e, ainda, "agressão que não seja ataque armado".

A legítima defesa tem sido encarada também no seu aspecto coletivo. A legítima defesa coletiva ocorre quando, por meio de uma ficção, se considera a agressão a um Estado como sendo uma agressão a todos os demais Estados. Isso se encontra na ONU (art. 51) e no sistema pan-americano (art. 2º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, 1947, art. 2º da Carta da OEA). Ela é uma exceção ao uso da força armada,

vez que Estados que não sofreram ataque armado farão uso dela. Para que haja a legítima defesa coletiva é necessário que o Estado vítima do ataque dê o seu consentimento. Na verdade, a legítima defesa coletiva acaba por ser uma forma de intervenção. F. O. Wilcox e outros observaram que ela, apesar de figurar na Carta da ONU, não está sujeita ao controle do veto no CS. Alguns autores (Ch. Zorngbibe) têm visto nela um "caráter subsidiário", vez que ela pressupõe uma não atuação da organização internacional.

A nosso ver a legítima defesa está sendo usada de modo abusivo, e podemos nos utilizar de uma lista de casos apontados por Oscar Schachter: a) salvar reféns em perigo de vida: Israel em Entebe (Uganda), em 1976, e EUA no Irã, em 1980; b) uso da força contra instalações militares de um país que auxilia os terroristas: bombardeio da Líbia pelos EUA, em 1986; c) uso da força contra tropas navais em aeronaves para prevenir um ataque iminente: Israel contra o Egito, em 1967; d) uso da força como retaliação para evitar novos ataques: intervenção de Israel no Líbano, em 1982; e) uso da força contra um governo que deu armas ou apoio técnico a insurgentes: o auxílio dos EUA aos contras da Nicarágua, em 1986; f) uso da força contra um governo que permitiu a utilização do seu território por um terceiro Estado: bloqueio de Cuba pelos EUA, em 1962; g) uso da força em nome da legítima defesa coletiva contra um governo imposto por um terceiro Estado em que há uma resistência militar em grande escala: EUA e Paquistão auxiliando a resistência afgã em 1986. Christopher Greenwood defende, contudo, o ataque realizado por Israel em Entebe porque a população é um dos elementos do Estado. Acresce ainda que, em 1967, Israel defendeu a legítima defesa preventiva e não foi condenado pela AG ou pelo CS. No tocante à destruição do reator nuclear do Iraque, em 1981, pela aviação de Israel, este foi condenado porque o reator era uma ameaça remota. O grau de força a ser utilizado pela vítima deve ser o suficiente para parar o ataque e refazer a situação (D. Flack). A legítima defesa só existe quando o uso da força de que o Estado é vítima é ilícito (A. Miele). A legítima defesa praticada com excesso se transforma em agressão (A. D'Amato).

● próprio art. 51 da Carta da ONU foi modificado pelo costume, porque um Estado-membro pode em nome da legítima defesa socorrer um não-membro. A legítima defesa coletiva é considerada atualmente um instituto costumeiro (Ago, CIJ).

Sobre a legítima defesa preventiva diante de um ataque iminente, foi admitida por vários autores, como Bowett, Jessup, Stone, Redflob e Westlake, que consideravam consagrada no direito consuetudinário. Entre 1920 e 1939 não houve prática no sentido de consagrá-la, e vários tratados a negaram, como a convenção para a definição de agressão de 1933. Na 2ª Guerra Mundial a Holanda declarou guerra ao Japão antes que este a atacasse, e o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente con-

siderou ainda aí que houve agressão do Japão às Índias Holandesas, vez que a Holanda sustentara haver um ataque iminente por parte do Japão. No Tribunal de Nuremberg a defesa dos alemães sustentou a existência da legítima defesa preventiva, vez que a Alemanha invadiu a Noruega em 1940 para impedir que os Aliados assumissem o controle de Narvik, por onde era embarcado o minério de ferro oriundo da Suécia. O Tribunal de Nuremberg não a admitiu. Concordamos com Brownlie, em quem nos fundamentamos para a presente nota, que a legítima defesa preventiva está sujeita a várias objeções, como a imprecisão e a avaliação errada da situação. Siciliano admite uma legítima defesa que intercepta um ataque aéreo que vai ser realizado, vez que a agressão já está em curso.

Não se pode alegar legítima defesa em virtude de ação de grupos armados afirmando que eles são constituídos por um Estado e, então, atacá-lo. Os EUA alegavam que a Nicarágua armava grupos rebeldes em El Salvador, Honduras e Costa Rica. Não foi provada a agressão. A CIJ condenou os EUA, em 1986, no caso Nicarágua v. EUA. Pode-se acrescentar que a legítima defesa aplicada a uma agressão indireta necessitaria que o Estado tivesse uma participação "substancial" na formação dos grupos armados e controlasse a sua estratégia.

Uma tese a ser mencionada é a da "acomodação de atos" que pode ser considerada como sendo um ataque armado. Ela se fundamenta na ficção de que um conjunto de atos pode ser considerado um ataque armado. Israel foi quem a desenvolveu na sua luta contra os árabes. Os EUA a utilizaram no Golfo de Tonkin (1964) diante dos efetivos regulares e irregulares do Vietnã do Norte que invadiram o Sul.

Também foi usado pela Grã-Bretanha, em 1964, para justificar ataque ao forte Harib do Iêmen através de suas tropas na Arábia Saudita.

A não admissão da legítima defesa preventiva só serve, segundo alguns autores, para beneficiar o agressor. A existência de armas nucleares conduz a não se aceitar a legítima defesa preventiva.

Siciliano fala em legítima defesa interceptiva. É quando os dois abrem fogo quase simultaneamente, por exemplo, incidente aéreo com a Líbia em alto-mar (1989).

Tem sido sustentado que o requisito da proporcionalidade deve ser também utilizado em outros campos que não seja apenas o do uso da força armada.

Brownlie defende que há uma legítima defesa econômica em que não há um recurso à força.

Para Peter Calvoçressi a Carta da ONU não distingue legítima defesa de retaliação, o que é considerado uma falha.

(197) A ordem jurídica internacional consagrou a existência não apenas de direitos, mas também de deveres para os Estados. Dentro desta ordem de pensamento é que o Capítulo IV da Carta da OEA²¹ é também dedicado aos deveres dos Estados: a) "dever de respeitar os direitos dos demais

Estados": b) "dever de cumprir os tratados, que devem ser públicos"; c) dever de não intervenção; d) dever de não se utilizar da força a não ser em caso de legítima defesa. A Declaração de Direitos e Deveres dos Estados, preparada pela Comissão de DI, apresenta os seguintes deveres: a) dever de não intervenção; b) dever de não permitir que no seu território se prepare uma revolta ou guerra civil em outro Estado;²² c) dever de respeitar os direitos do homem; d) dever de evitar que no seu território haja ameaça à paz e à ordem internacional; e) dever de resolver os seus litígios por meios pacíficos; f) dever de não usar a força como ameaça à integridade de outro Estado e não utilizar a guerra como instrumento de política nacional; g) dever de não auxiliar o Estado que violou o item anterior e contra o qual a ONU exerce uma ação de política internacional; h) dever de não reconhecer aquisição territorial ocorrida com a violação do item f; i) dever de conduzir as suas relações internacionais com base no DI e no princípio de que a soberania estatal se encontra submetida ao DI.

Ao lado destes deveres jurídicos pode-se acrescentar a existência de deveres morais, como o de auxílio em caso de calamidade pública.

NOTAS

1. A. Pillet — Recherches sur les Droits Fondamentaux des États, 1899; Arrigo Cavaglieri — I Diritti fondamentali degli Stati nella Società Internazionale, 1906; Gilbert Gidel — Droits et devoirs des nations. Théorie classique des droits fondamentaux des États, *in* RdC, 1925, vol. V, t. 10, págs. 341 e segs.; N. Politis — Le problème des limitations de la souveraineté et la Théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux, *in* RdC, 1925, vol. I, t. 6, págs. 5 e segs.; Oliveiros L. Litrento — O Princípio da Autodeterminação dos Povos, 1964; Marc-Stanislas Korowicz — Organisations Internationales et Souveraineté des États Membres, 1961; Lord Phillimore — Droits et devoirs fondamentaux des États, *in* RdC, t. I, págs. 29 e segs.; Jean-Flavien Lalive — L'Immunité de Jurisdiction des États et des Organisations Internationales, *in* RdC, 1953, vol. III, t. 84, págs. 205 e segs.; Raoul Padirac — L'Égalité des États et l'Organisation Internationale, 1953; Giuseppe Barile — I Diritti Assoluti nell'Ordinamento Internazionale, 1951; Edwin de Witt Dickinson — The Equality of States in International Law, 1920; André Weiss — Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des États étrangers, *in* RdC, 1923, t. I, págs. 525 e segs.; Sompong Sucharitkul — State Immunities and Trading Activities, 1959; Arpad Balasò — Le Droit International de l'Accès aux Marchés Mondiaux, 1927; R. J. Alfaro — The Rights and Duties of States, *in* RdC, 1959, vol. II, t. 97, págs. 91 e segs.; G. Fischer — La souveraineté sur les ressources naturelles, *in* AFDI, 1962, t. VIII, págs. 516 e segs.; Jan H. W. Verzijl — Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive, *in* Scritti in Onore di T. Perassi, 1957, vol. II, págs. 389 e segs.; D. Anzilotti — L'essenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione, *in* Scritti di Diritto Internazionale Pubblico, 1957, t. II, págs. 119 e segs.; George Granville Phillimore — Immunité des États au point de vue de la jurisdiction ou de l'exécution forcée, *in* RdC, 1925, vol. III, t. 8, págs. 417 e segs.; Emile Giraud — La Théorie de la légitime défense, *in* RdC, 1934, vol. III, t. 49, págs. 691 e segs.; Charles Rousseau — L'indépendance de l'État dans l'ordre international, *in* RdC, 1948, vol. II, t. 73, págs. 171 e segs.; Oliveiros Litrento — Da legítima defesa Pan-americana, 1962; P. Boutros-Ghali — Le principe d'Égalité des États et les Organisations Internationales, *in* RdC, 1960, vol. II, t. 100, págs. 1 e segs.; Eleanor Wyllys Allen — The Position of Foreign States before National Courts, 1933; Enrique Peccourt — La Soberania de los Estados ante la Organización de las Naciones Unidas, 1962; Arrigo Cavaglieri — Lo Stato di Necessità nel Diritto Internazionale, 1917; Hassan Abdel Hadi Ala Chalapi — La Légitime Défense en Droit International, 1952; G. Ghironi — Lo Stato di Necessità, 1906; Edouard L. Hazan — L'État de Necessité en Droit Pénal Interátique et International, 1949; Ettore Lombardo Pelegrino — Il Diritto do Necessità, 1903; Massimo Panebianco — Giurisdizione Interna e Immunità degli Stati Stranieri, 1967; Agostinho Fernandes Dias da Silva — A Imunidade de Jurisdição Local dos Estados Estrangeiros, *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1965, n.ºs 41 e 42, págs. 75 e segs.; Mário Pessoa — O Direito de Segurança Nacional, 1971; Clóvis Ramalhete — Estados Estrangeiros perante a Justiça Nacional, *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1971, págs. 5 e segs.; L'immunité de jurisdiction et d'exécution des États — A propos du projet de Convention du Conseil de l'Europe. Actes du Colloque conjoint des 30 et 31 Janvier 1969, s.d.; Richard A. Falk — The Sabbatino Litigation and After; The Complexity of the Suprem Court Decision and The Simplicity of The Legislative

Epilogue. *in* The Status of Law in International Society, 1970, págs. 403 e segs.; N. C. H. Dunbar — Controversial Aspects of Sovereign Immunity in The Case Law of Some States, *in* RdC, 1971, vol. I, t. 132, págs. 197 e segs.; Gerson de Britto Mello Roson — Inmunidade jurisdiccional dos Estados, anteprojeto de ponencia, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1972; Pierre Bourel — Immunités. *in* Dalloz — Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 118 e segs.; Juan Antonio Carrilo Salcedo — Soberania del Estado y Derecho Internacional, 1969; Louis Henkin — Foreign Affairs and the Constitution, 1972; F. A. Mann — Studies in International Law, 1973, págs. 391 e segs.; Pierre-Marie Martins — Le Conflit Israélo-Arabe, 1973; Pierligi Lamberti Zanardi — La Legitima Difesa nel Diritto Internazionale, 1972; V. A. Rigo Sureda — The Evolution of the right of self-determination, 1973; Alfred Verdross — Le principe de la non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies, *in* Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, págs. 267 e segs.; Giuseppe Sperduti — Des actions judiciaires intentées dans un État du chef de nationalisations et d'expropriations opérées dans un autre État, *in* Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, págs. 249 e segs.; Jean Combacau — La doctrine de "l'act of State" aux États-Unis (développements récents), *in* RGDIP, Janvier-Mars, 1973, n.º 1, págs. 35 e segs.; Denis Touret — Le principe de l'égalité souveraine des États, fondement du droit international, *in* RGDIP, Janvier-Mars 1973, n.º 1, págs. 136 e segs.; Richard A. Falk, Thomas M. Aron, Sigmundo Timberg e Roland G. Stanger — Essays on International jurisdiction, 1961; Milan Sahovic — Codification des principes du droit international de relations amicales et de la cooperation entre les États, *in* RdC, 1972, vol. II, t. 137, págs. 243 e segs.; Gaetano Arangio-Ruiz — The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations with an Appendix on the Concept of the International Law and the Theory of International Organizations, *in* RdC, 1972, vol. III, t. 137, págs. 419 e segs.; Richard B. Lillich — Domestic Institutions, *in* The Future of The International Legal Order, edited by Cyril E. Black and Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 393 e segs.; M. Flory — Inégalité Économique et Evolution du Droit International, *in* Colloque d'Aix-en-Provence Pays en vole de développement et transformation du Droit International, 1974, págs. 11 e segs.; Robert Kovar — La distinction "gestion publique-gestion privée" et le régime des conventions en droit international, *in* Recueil d'Études en Hommage à Charles Eisenmann, 1975, págs. 425 e segs.; Jean Delivanis — La Légitime Defense en Droit International Public Moderne, 1971; Antonio Gómez Robledo — El Derecho de Autodeterminación de los Pueblos y su Campo de aplicación, anteproyecto de ponencia, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1976; Angustias Moreno López — Igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, Principio Eje del Derecho Internacional Contemporáneo, 1977; François Rigaux — Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales, 1977, págs. 216 e segs.; Lunz Chu-chen — Self-determination as a Human Right. *in* Toward World Order and Human Dignity. Essays in Honor of Myres S. McDougal, 1976, págs. 198 e segs.; Michla Pomerance — The United States and Self Determination: Perspectives on the Wilsonian Conception, *in* AJIL, January 1976, vol. 70, n.º 1, págs. 1 e segs.; I. M. Sinclair — Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States, *in* Essays on International Law

in Honour of K. Krishna Rao, edited by M. K. Nawaz, 1976, págs. 107 e segs.; Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano — A Imunidade de Jurisdição Trabalhista no Direito Brasileiro, in *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, 1976, págs. 73 e segs.; 2. Bensalah — Revendications des pays du Tier Monde et égalité souveraine, in *Annuaire du Tiers-Monde* 1974-1975, 1976, págs. 41 e segs.; Société Française pour le Droit International — La Crise de l'Énergie et le droit international, *Colloque de Caén*, 1976; Georges R. Delaume — Public Debt and Sovereign Immunity Act of 1976, in *AJIL*, July 1977, vol. 71, n° 3, págs. 399 e segs.; Rosalyn Higgins — Recent Development in The Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom, in *AJIL*, July 1977, vol. 71, n° 3, págs. 423 e segs.; Alberto Ruiz Eldredge — Inmunidade de Jurisdição de los Estados, in *Quarto Curso de Derecho Internacional*, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 103 e segs.; Claude-Albert Colliard — Égalité ou Spécificité des États dans le Droit International Public Actuel, in *Mélanges offerts à Louis Trotabas*, 1970, págs. 529 e segs.; Michel Singer — The Act of State Doctrine of the United Kingdom; an analysis, with comparisons to United States Practice, in *AJIL*, April 1981, vol. 75, n° 2, págs. 283 e segs.; Claude-Albert Colliard — Spécificité des États. Théorie des Status Juridiques Particuliers et d'Inégalité Compensatrice, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, págs. 153 e segs.; M. Lowy e G. Haupt — Los Marxistas y la Cuestión Nacional, 1980; William Searle Holdsworth — The History of Acts of State in English Law, in *Essay on International Law from the Columbia Law Review*, 1945, págs. 319 e segs.; Prosper Weil — Le Contrôle par les Tribunaux Nationaux de la licéité internationale des Actes des États Étrangers, in *AEDI* 1977, 1978, págs. 9 e segs.; Ian Brownlie — Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects), in *RdC*, 1979, vol. I, t. 162, págs. 245 e segs.; V. I. Lenine — Sobre o Direito das Nações à Autodeterminação, in *Obras Escolhidas*, vol. I, 1979, págs. 512 e segs.; George Elian — Le Principe de la Souveraineté sur les Ressources Nationales et ses Incidences Juridiques sur le Commerce International, in *RdC*, 1976, vol. I, t. 149, págs. I e segs.; Sompong Sucharitkul — Immunities of Foreign States before National Authorities, in *RdC*, 1976, vol. I, t. 149, págs. 87 e segs.; Otto Kimminich — The Foundation of the Law of Ethnic Groups in the International System, in *Law and State*, vol. 23, 1981, págs. 86 e segs.; Hector Gros Espiell — No discriminación y libre determinación como normas imperativas de Derecho Internacional, con especial referencia a los efectos de sua denegación sobre la legitimidad de los Estados que violan o desconocen otras normas imperativas, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 6, 1981, págs. 33 e segs.; Otto Bauer — La Cuestión de las Nacionalidades y la Social Democracia, 1979; Rosa Luxemburgo — La Cuestión Nacional y la Autonomía, 1979; Horace B. Davis — Para uma Teoria Marxista do Nacionalismo, 1979; Samir Amin — Classe et Nation dans l'histoire et la crise contemporaine, 1979; Questão Nacional e Marxismo, organização de Jaime Pinsky, 1980; J. Stalin — O Marxismo e o problema nacional e colonial, 1979; Arieh Yaari — Le Defi National, 1978; Pierre Maugué — Contre l'État-nation, 1979; Ignaz Seidl-Hohenveldern — L'Immunité de Jurisdiction et d'Éxecution des États et des Organisations Internationales, in *Droit International I*, 1981, págs. 109 e segs.; James Crawford — Execution and Foreign Sovereign Immunity, in *AJIL*, vol. 75, n° 4, October 1981, págs. 820 e segs.; Guido Fernando Silva Soares — Das Imunidades de Jurisdição e de Execução, 1980; I. Sinclair — The Law of Sovereign

Immunity. Recent Developments, in *RdC*, 1980, vol. II, t. 167, págs. 113 e segs.; Ian Brownlie — International Law and the Use of Force by States, 1981; Rodolfo Cruz Miramontes — La "Ley sobre Inmunidad del Estado Soberano de 1976", in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 7, 1984, págs. 105 e segs.; Manuel A. Vieira — La inmunidad de Jurisdicción de los Estados, in *IX Curso de Derecho Internacional*, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, 1983, vol. II, págs. 45 e segs.; Dominique Rosenberg — Le Principe de Souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, 1983; Malvina Halberstam — Sabbatino Resurrected: The Act of State Doctrine in the Revised Restatement of US Foreign Relations Law, in *AJIL*, January 1985, vol. 79, n° 1, págs. 68 e segs.; Georges R. Delaume — Economic Development and Sovereign Immunity, in *AJIL*, April 1985, vol. 79, n° 2, págs. 319 e segs.; Jacob Dolinger — A imunidade estatal à jurisdição estrangeira, in *A Nova Constituição e o Direito Internacional*, coordenação de Jacob Dolinger, 1987, págs. 195 e segs.; José Carlos de Magalhães — Da Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro perante a Justiça Brasileira, in *A Nova Constituição e o Direito Internacional*, coordenação de Jacob Dolinger, 1987, págs. 209. e segs.; Wang Xuan — Permanent Sovereignty of States over Natural Resources, in *Selected Article from Chinese Yearbook from International Law*, 1983, págs. 125 e segs.; Anthony Bland — Aspects of Sovereign Immunity Act of State, in *XI Curso de Derecho Internacional*, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, 1985, págs. 103 e segs.; Agostinho Fernandes Dias da Silva — A Imunidade Internacional de Jurisdição perante o Direito Constitucional Brasileiro, 1984; Georgeton de Sousa Franco Filho — Reclamações Trabalhistas contra Entes de Direito Público Externo. Competência da Justiça do Trabalho. Imunidade de Jurisdição, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, vol. 18, n° 3, jan./jun., 1985, págs. 75 e segs.; Georgeton de Sousa Franco Filho — Imunidade de Jurisdição Trabalhista dos Entes de Direito Internacional Público, 1986; Jean Charpentier — Autodétermination et Décolonisation, in *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, 1984, págs. 117 e segs.; André N'Kolombua — L'ambivalence entre le Droit des Peuples et Disposer d'Eux-Mêmes et l'Intégrité Territoriale des États en Droit International Contemporain, in *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, 1984, págs. 433 e segs.; Le Droit à l'Autodétermination. Application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies. Étude établie par Hector Gros Espiell, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Nations Unies, 1979; Pierre Fougeyrolland — La Nation, 1987; José A. de Obieta Chalband — El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos, 1985; Hugh Seton-Watson — Nations and States, 1977; François Hartog — Le XIX Siècle et l'Histoire. Le Cas Fustel de Coulanges, 1988; Oscar Schachter — Self-Defense and the Rule of Law, in *AJIL*, April 1989, n° 2, págs. 259 e segs.; Manuel Garcia Pelayo — La Teoria de la Nación en Otto Bauer, in *Manuel Garcia Pelayo — Idea de la Política y Otros Escritos*, 1983, págs. 219 e segs.; Georgeton de Sousa Franco Filho — Representações Comerciais de Estado Estrangeiro e a Justiça do Trabalho do Brasil, in *Revista do TRT, 8ª Região* — Belém, janeiro-junho, 1990, págs. 55 e segs.; Georgeton de Sousa Franco Filho — Da Competência Internacional da Justiça do Trabalho, in *Revista de Informação Legislativa*, n° 101, janeiro-março, 1989, págs. 7 e segs.; Paola Anna Pillitu — Lo Stato di Necessità nel Diritto Internazionale, 1981; Georgeton de Sousa Franco Filho — Jurisdição e Competência Internacional

da Justiça do Trabalho do Brasil. A abrangência do art. 114 da Constituição de 1988. *in* Rev. TRT. 8ª Região — Belém, jul./dez. 1990, págs. 51 e segs.; Karl W. Deutsch — Las Naciones en Crisis, 1981; Eric J. Hobsbawm — Nações e Nacionalismo desde 1789, 1991; Cesáreo Gutiérrez Espada — El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional, 1987; Ortega y Gasset — Europa y la Idea de Nación, 1985; Georges Abi-Saab — La Reformulation des Principes de la Charte et la Transformation des Structures Juridiques de la Communauté Internationale, *in* Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Developpement, Melanges offerts à Michel Virally, 1991, págs. 1 e segs.; Lino Alexandre Siciliano — Les Réactions Décentralisées á l'Illicite des Contre — Mesures á la Legitime Défense, 1990; Florence Poirat — La Doctrine de Droits Fondamentaux de L'État, *in* Droits, nº 16, 1992, págs. 83 e segs.; Guido F. S. Soares — As Imunidades de Jurisdição na Justiça Trabalhista, *in* BSB DI, nºs 77/78, janeiro-março 1992, págs. 101 e segs.; A l'Est, les Nationalismes Contre la Démocratie?, sob a direção de Alain Gresh, 1993; John Breuilly — Nationalism and the State, 1993; Éléments pour théorie de la nation, coordenação de Gil Delannoï e Edgar Morin, 1987; Antonio Pau Cachapuz de Medeiros — Endividamento Externo e Imunidade do Estado Brasileiro à Jurisdição Estrangeira. *in* BSB DI, janeiro 1990/junho 1991, nº 72/74, págs. 69 e segs.; Guido F. S. Soares — As Imunidades de Jurisdição na Justiça Trabalhista, *in* BSB DI, janeiro/março 1992, nºs 77/78, págs. 101 e segs.; Martin C. Ortega Carcelén — La legítima defensa del territorio del estado, 1991; Daniel Patrick Moynihan — Pandaemonium. Ethnicity in International Politics, 1994; Stefan Oeter — The Right of Self-Determination in Transition, *in* Law and State, vol. 49/50, 1994, págs. 147 e segs.; Bernard Michel — Nations et nationalismes en Europe Centrale, 1995; Luis Ignacio Sánchez Rodriguez — Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles, 1990; Antonio Cassese — Self-Determination of Peoples, 1995; Raoul Girardet — Nationalismes et Nations, 1996; Guy Hermet — Histoire des nations et du nationalisme en Europe, 1996; Nations et Nationalismes — Les Dossiers de L'État et du Monde, 1995; Ernest Gellner — Naciones y nacionalismo, 1994; Michel Cosnard — La Soumission des États aux Tribunaux Internes, 1996; Ernst Gellner — Encuentros con el nacionalismo, 1995; Anthony D. Smith — Nations and Nationalism in a Global Era, 1995, Sociologie des nationalismes, Coordenado por Pierre Birnbaum, 1997; Georgenor de Sousa Franco Filho — Competência Internacional da justiça do Trabalho, 1998; The New World Order, Coordenado por Martiner Sellers, 1966; Mike Featherstone — O Desmanche da Cultura, 1997; Daniel Baggioni — Langues et nations en Europe, 1997; Pasquale de Sena — Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Statali, 1996; Andres de Blas Guero — Enciclopedia del nacionalismo, 1997; James G. Kellas — The Politics of Nationalism and Ethnicity, 1998; Thomas D. Musgrave — Self-Determination and National Minorities, 1997; Segundo Ruiz Rodriguez — La Teoria del derecho de autodeterminacion de los pueblos, 1998; Yves Lacoste — Vive la Nation, 1997; Maria del Carmen Márquez Carrasco — Problemas Actuales sobre la Prohibición del recurso a la Fuerza en Derecho Internacional, 1998; Flavia Lattanzi — Autodeterminazione dei popoli. "in" Digesto delle Discipline Pubblicistiche, vol. II, 1994, págs. 4 e segs.

2. V. cap. V.

3. Ela declara, por exemplo, que toda nação tem direito a procurar a sua felicidade, no sentido de que ela é independente.

4. Entre os trabalhos de associações internacionais, pode-se mencionar o Projeto de Declaração de Direitos e Deveres das Nações preparado pela União Jurídica Internacional (1919), que estabelece: direito de conservação, igualdade, etc.

5. Na Conferência de Lima (1938) foram elaboradas duas declarações: a) Princípios de Solidariedade Americana e b) Princípios Americanos, tendo nestas declarações se afirmado o respeito à soberania, à não-intervenção, à solução pacífica dos litígios, etc.

6. A doutrina (Sibert, Gidel) tem acrescentado outros direitos, como o da liberdade de comércio. Todavia, este direito não é fundamental, uma vez que ele "não é um elemento essencial de um Estado independente", que pode existir sem o comércio internacional, como o Japão até o século XIX (Alfaro). Entretanto, tem sido observado que o direito ao comércio é contraditório, porque ele se integrou ao direito à conservação e a recusa ao comércio pode ser uma ameaça ao outro Estado (F. Poirat).

6A. Em 1970, a Assembléia Geral da ONU aprovou a Declaração de Princípios sobre Relações Amigáveis e Cooperação entre Estados em que se consagra: a) os Estados não devem ameaçar com o uso da força armada contra a integridade territorial ou independência política de outro Estado ou de qualquer outro modo (uso da força armada) que viole os propósitos das nações unidas; b) os Estados devem resolver os seus litígios por meios pacíficos; c) não intervenção nos assuntos de jurisdição doméstica; d) o dever dos Estados cooperarem entre si; e) igualdade e autodeterminação dos povos; f) cumprir de boa fé as obrigações assumidas, etc. Os antecedentes históricos desta Declaração estão "na evolução da concepção de coexistência pacífica de todos os Estados" (Cançado Trindade). A grande novidade desta Declaração é o "dever de cooperação", que já existia na Carta da ONU como o dever de os estados darem assistência à ONU, mas na Declaração não há limitação em relação à matéria e nem em relação às pessoas internacionais. Ora, a cooperação depende da capacidade de cada um e com isto há uma revisão da noção formal de igualdade que dominava o DI (Georges Abi-Saab). Pode-se acrescentar ainda, em relação a esta Declaração, que foi adotada por consenso e usa da expressão "relações amigáveis" que figura na Carta da ONU em dois locais: art. 1º, § 2º e art. 55. Edward McWhinney afirma que o direito da cooperação tem sua origem no período entre as duas Guerras Mundiais, quando era uma exceção ao "laissez-faire".

7. Sobre a soberania, v. cap. XVI.

8. A vantagem de se manter a palavra soberania é que ela designa que um Estado não se encontra subordinado a outro, mas apenas ao DI (Verdross).

8A. A questão do domínio reservado só veio a surgir com as organizações internacionais, sendo que a SDN falava em "competência exclusiva dos Estados".

9. O direito de autodeterminação tem outros sentidos: a) direito de uma população não ser cedida ou entregue a outros Estados sem o seu consentimento; b) direito de secessão — uma população poderia se separar do Estado a que pertence. O direito de autodeterminação dos povos, que é a formulação moderna do princípio das nacionalidades (cada nação teria direito a se formar em Estado), não é ainda realmente um "direito obrigatório" na vida internacional, apesar dos esforços desenvolvidos neste sentido. Woodrow Wilson colocou este princípio da autodeterminação entre os seus célebres 14 Princípios. Anteriormente, em 1916, em conferência pronunciada na "Liga para tornar efetiva a Paz", ele propôs a

autodeterminação afirmando "que todo povo tem o direito de escolher a soberania sob a qual deseja viver". Diz José A. de Obieta Chalband que a palavra autodeterminação seria uma tradução da palavra alemã "selbstbestimmungsrecht", que teria sido aplicada pelos filósofos alemães às nacionalidades desde 1848. Diz Maurice Beaumont (La Faillite de la Paix 1918-1939, vol. 1, 1950) que com o princípio de autodeterminação W. Wilson deu uma "nova juventude" ao princípio das nacionalidades.

Antes de Wilson este princípio fora defendido por Lenine. Em 1916 houve revoltas entre as populações islâmicas da Rússia e os comunistas tiveram que formular uma política de convivência. Todavia, têm-se criado alguns institutos em sua defesa, como é o caso do plebiscito. Atualmente, o direito de autodeterminação dos povos apresenta um corolário: "a soberania permanente sobre as riquezas e recursos naturais" (v. Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados — cap. XXIII). Esta soberania encontra-se consagrada em resoluções da Assembléia Geral da ONU (1952 e 1962) e nos Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no de Direitos Cívicos e Políticos, que dispõem, no seu art. 1º:

"1. Todos os povos têm o direito de autodeterminação. Em virtude deste direito, estabelecem livremente a sua condição política e determinam o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a realização dos seus fins, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo das obrigações que derivam da cooperação econômica internacional baseada no princípio de benefício recíproco, assim como do direito internacional. Em nenhum caso se poderá privar a um povo de seus próprios meios de subsistência." Ela tem uma origem latino-americana, vez que foi apresentada pelo Chile, na ONU, em 1952 (Guy Feuer e Hervé Cassan). Estes juristas franceses afirmam que existe um "elo direto" entre o direito de autodeterminação dos povos e a soberania permanente sobre os recursos naturais, havendo várias resoluções da ONU neste sentido. J. Salmon observa que o direito de autodeterminação figurou nestes Pactos porque não existem direitos do homem para um povo subjugado. Tem sido afirmado atualmente a soberania permanente sobre os recursos naturais, que tem a sua origem histórica no princípio da autodeterminação. Tal soberania tem o "status e a função" de outros princípios do DI, como o da liberdade dos mares, o da integridade territorial. Ela significa que o Estado tem um direito adquirido que não pode ser destruído por tratado (Ian Brownlie). Alguns autores (Colliard), após a "crise do petróleo", declaram que o princípio da soberania deve ser atenuado pelo princípio da solidariedade, o que impediria, por exemplo, "preços excessivos". É interessante observar que o direito da autodeterminação como direito de secessão sofre uma limitação, que é a da integridade territorial do Estado. Foi o caso de Biafra, em que o seu direito de autodeterminação não existia, tendo em vista a integridade territorial da Nigéria. Se a autodeterminação prevalecesse para todo grupo nacional, os Estados multinacionais se transformariam em palcos de guerras internas. Assim, Declarações da ONU (1960 e 1970) têm proibido o direito de secessão. Entretanto, se isto ocorrer não há norma sobre o procedimento a ser adotado.

Segundo A. Cassese as origens do princípio da autodeterminação dos povos está na Declaração de Independência dos EUA (1776) e na Revolução Francesa (1789). O governo é responsável perante o povo e desaparece a noção de súditos do Rei. Em 1793, no projeto de Constituição da França, Condorcet propõe o

dispositivo em que a França renuncia à conquista de território, a não ser que as populações dos territórios solicitem serem incorporadas à França. J. Droz observa que isto ocasiona o surgimento de um novo DIP, em que é possível anexar territórios contra a vontade do soberano legítimo. Contudo, os plebiscitos só eram válidos se fossem pró-França, e o que fora estabelecido em 1793 não se aplicava a territórios coloniais. A primeira manifestação de Lenine em favor do princípio de autodeterminação é de 1916, e ele seria aplicado a: a) grupos étnicos e nacionais; b) seria aplicado após conflitos militares para alocar territórios disputados; c) a territórios coloniais. A novidade no DIP está nas letras a) e c). Wilson pretendia o princípio da autodeterminação para ser aplicado na Europa Central e evitar nova guerra na Europa. O estadista norte-americano não admitia que se usasse da força para aplicar este princípio, bem como não admitia que ele fosse invocado nos territórios coloniais. O tratado de Versailes deu territórios à Polônia e à Tcheco-Eslóvia sem respeitar este princípio. O tratado de paz com a Turquia também usa o mesmo procedimento em relação aos armênios e curdos. Um Relatório da Liga das Nações, em 1920, sobre as ilhas Aaland, afirma que o DI não reconhece aos grupos nacionais o direito de se separarem dos estados. Em 1941, sobre a Carta do Atlântico, Churchill explica à Câmara dos Comuns que o princípio ali consagrado não se aplica a territórios coloniais. Os autores e países socialistas adotam a tese de Lenine, de que o princípio se aplica, acima de tudo, a territórios coloniais. A URSS colocou o direito de autodeterminação dos povos nos Pactos de D. Humanos. Na ONU tem sido observado que ele é de aplicação gradual, porque implica a secessão e a multiplicação de fronteiras. Tem sido consagrado que ele é aplicado a: a) populações que vivem no interior dos estados soberanos; b) populações que não atingiram a independência; c) populações sob ocupação militar. No caso de territórios coloniais, o princípio é exercido por todo o povo, tendo em vista o princípio da integridade territorial. Entre 1945 e 1979, setenta estados alcançaram a independência e, posteriormente, cerca de sete casos. Vários plebiscitos foram realizados: Togo Britânico (1956); Togo Francês (1958); Camarões do Norte Britânico (1959); Ruanda-Burundi (1961); Samoa do Oeste (1962); Ilhas Cook (1965); Guiné Equatorial (1968); Ilhas Marianas (1975); Ilhas Comores (1974 e 1976), sendo que neste último caso a Ilha de Mayotte quis permanecer sob o domínio da França; etc. O conceito de autodeterminação é mais amplo do que o campo anticolonial. Este princípio teve um grande impacto para diminuir a visão estatal do DIP, criando uma noção de povo. Todas as linhas acima são de A. Cassese.

Após a 1ª Guerra Mundial o princípio da autodeterminação foi aplicado de modo "arbitrário" e só excepcionalmente as fronteiras políticas coincidem com as fronteiras étnicas. E mais, as populações não foram consultadas e povos com a mesma língua foram divididos em dois estados (Henry Bogdan — Histoire des pays de L'Est, 1994).

Em 1971, um parecer consultivo da CIJ, no caso da Namíbia, consagra o princípio da autodeterminação para todos os territórios não autônomos. Em outro parecer, em 1975, no caso do Saara Ocidental, a CIJ reafirma o que dissera anteriormente.

O princípio da autodeterminação é de aplicação política, e alguns exemplos podem ser dados com base em J. Charpentier: a) a independência de Bangladesh foi possível porque ela recebeu apoio da Índia; b) o fracasso de Biafra foi porque

a Nigéria teve o auxílio da Grã-Bretanha e da URSS; c) em 1967 a Grã-Bretanha fez um *referendum* em Gibraltar, que votou para continuar com ela, mas a ONU condenou o mencionado *referendum*; d) Mayotte por três vezes votou para ficar com a França, mas foi obrigada a integrar a República de Comores. Salienta o internacionalista francês que a vontade popular só é levada em consideração se for para acabar com o colonialismo. Já se afirma que o direito da autodeterminação dos povos não significa sempre a criação de um estado e que ele pode ser concedido a minorias. Por outro lado, tem sido afirmado que não há mais propriamente um direito à autodeterminação, mas um direito à descolonização. Em outras palavras, o que tinha um único sentido, passa a ter significados diferentes. Assim, no caso da invasão de Goa pela Índia, esta falou em descolonização. O mesmo ocorreu em relação às ilhas Malvinas, em que a Argentina também alegou o direito à descolonização e não admite a autodeterminação dos povos com o argumento de que a população não era autóctone. Acrescentou ainda, a Argentina, o direito à sua integridade territorial. Enfim, não se leva mais em consideração a vontade da população. Um outro exemplo é a Ilha de Tokelau, colônia inglesa, no Oceano Pacífico, mas administrada pela Nova Zelândia, que lhe prometeu independência no ano 2000, mas a ilha recusa qualquer independência.

O direito de autodeterminação tem sido mais político do que jurídico. Ele está consagrado na CIJ nos pareceres sobre a Namíbia e o Saara Ocidental. A sua origem mais longínqua parece estar na autodeterminação religiosa, que emancipou o homem da Igreja medieval e, posteriormente, o direito de emigrar para fugir ao "cuius regio, eius religio" (Jost Delbruck). Outros vêem a sua origem na burguesia, que o teria usado para lutar contra o feudalismo e para "a conquista do poder político" (Hanna Bokor-Szego). Outros (Otto Bauer) sustentam que a burguesia liberal o defendeu, porque as nações, ao rejeitarem o absolutismo, abriam novos mercados.

O DI não define o que é povo. A doutrina é que tem proposto definições: a) "toda forma particular de comunidade humana unida pela consciência e a vontade de constituir uma unidade capaz de agir em comum para o futuro" (H. Gros Espiell); b) para A. Cristescu, é um grupo social tendo uma identidade e características próprias e uma relação com um território.

O verdadeiro antecessor deste princípio é o das nacionalidades. A idéia de nacionalidade tem a sua origem em filósofos e escritores eslavo-búlgaros dos séculos IX, X e XI (R. Bermejo). Segundo o internacionalista espanhol, os princípios de nacionalidade e autodeterminação repousam em uma liberdade política que está além do Estado. Para J. Habermas, em Roma "Natio" era o nome da deusa do nascimento e da origem e era este termo aplicado aos povos selvagens sem organização política, e este significado ainda teria perdurado na I. Média. Vai ser na Revolução Francesa que o conceito de nação vai ser construído. O conceito de nação é extremamente variado entre os autores. Assim, Otto Bauer vê na nação "o conjunto de homens unidos numa comunidade de características próprias tendo por base uma comunidade de destinos". Para Max Weber ela "é uma comunidade de sentimento que se exteriorizaria adequadamente em um Estado próprio, portanto, uma nação é uma comunidade que tende a gerar normalmente um estado próprio". David Beetham observa que a concepção da nação de Max Weber tem três elementos: a) "existe um fator comum objetivo entre o povo que a distingue dos demais"; b) este fator é visto como uma fonte de valor, e assim

produz um sentimento de solidariedade contra os estrangeiros; c) esta solidariedade se expressa na criação de instituições políticas autônomas. Diz Robert Fossaert que a nação, "no discurso social, ela é o sedimento histórico de um viver-juntos multissecular, atualizado por múltiplos aparelhos ideológicos. A escola, a imprensa, os partidos, as igrejas, etc., repetem sem cessar aos franceses que eles são franceses e em que o são... a nação é o discurso do Estado (...)" Já foi observado que "a Nação só existe na negação; ela é constituída por oposição a um meio ambiente percebido como hostil ou ameaçador". Ela seria uma "comunidade de defesa" para proteger a "identidade do grupo". C. Lefort observa que ao se designar o inimigo faz-se ao mesmo tempo a unidade da nação. Para Hermann Heller ela é uma comunidade de cultura. Grande parte dos autores (Freund, Miaille) tem assinalado que a nação é uma criação do Estado (v. cap. XXI — Nacionalidade). Nos concílios as nações eram simples divisões geográficas. Assim, no Concílio de Constança (1414-1417) havia quatro nações: a) a alemã, que representava a Europa Oriental (alemães, húngaros, polacos); b) a francesa, que era formada pelos domínios do rei da França; c) a inglesa, que abrangia o Norte da Europa, incluindo a Escandinávia; d) a italiana. Posteriormente se admitiu a nação espanhola. No início do século XVIII a palavra nação era usada como sinônimo de Estado. A própria palavra nacionalismo surgiu em 1798, na França, Inglaterra e Alemanha, onde Herder foi o primeiro a usá-la. Inicialmente tinha um sentido pejorativo. O romantismo alemão (Schlegel, Novalis, Adam Muller) forjara um conceito de nação diverso do que foi elaborado na Revolução Francesa, que é o de um contrato formado através do livre consentimento. A Revolução Francesa está preocupada com a universalidade do homem, tanto que Burke a criticou por não levar em consideração a "tradição nacional". É na batalha de Valmy, em 1792, que o General Kellermann grita "Viva a nação". Antes se gritava: Viva o Rei, Viva São Denis, etc. Para os alemães a nação não é uma "idéia", mas uma "realidade viva" que tem raízes no passado (Pierre Milza). Strauss e Mommsen colocaram o prestígio da universidade alemã a serviço da vitória de 1870, e vai caracterizar a nação com fundamento na raça e língua para justificar a anexação da Alsácia e da Lorena. Enquanto os franceses (Fustel de Coulanges, Renan) vão fundamentar a nação no aspecto psicológico e voluntário. Os deputados da Alsácia e da Lorena, na Assembléia Nacional, declaram a sua fidelidade à França e que o tratado de Francoforte dispunha deles sem o seu consentimento. Daí as duas teses antagônicas: uma, para justificar a anexação; a outra, para negar a validade a ela (Alain Finkelkraut — La défaite de la Pensée, 1987). Pode-se lembrar que Fichte e Herder enfatizaram a importância da língua como base da nacionalidade. Herder (Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité, 1991), após afirmar que a natureza separara as nações, escreve que "a linguagem é o principal meio de educação do homem". Herder é quem vai criar o termo "Volksgeist", ou seja, um "particularismo" dentro da idéia de universalidade da Revolução Francesa. Dando importância à língua está Renato Ortiz (Cultura e Modernidade, 1991): "o primeiro desafio que o Estado-nação enfrenta diz respeito à sua unidade lingüística; a realização de sua organicidade implica uma luta sistemática contra os dialetos regionais". Em 1863, na França, só um quarto da população falava francês. Estes aspectos do pensamento alemão ainda sobrevivem nos dias de hoje, segundo alguns autores (Alain Joxe), assim a Alemanha teria reconhecido a Eslovênia e a Croácia legitimando a autodeterminação das etnias, aplicando o "direito de sangue" que

é a "fonte alemã da cidadania", enquanto o resto da Europa aplica o direito do solo, de origem francesa, que leva em consideração "a cidadania territorial das nações", bem como o respeito às minorias. A idéia de pureza étnica tem a sua origem no romantismo alemão, que se opunha à idéia de universalização do Iluminismo Francês e da Revolução Francesa. O romantismo elogiava a emoção e unidade de raça (William Pfaff — *Invitation to War, in Foreign Affairs*, 1993, Summer, págs. 97 e segs.). Friedrich Schlegel, nas suas "Lições Filosóficas" (1804-1806). é quem vai dar importância ao fator étnico. No século XIX os turcos haviam feito uma limpeza étnica em relação aos gregos e armênios (Andrew Bell-Fialkoff — *A Brief History of Ethnic Cleansing, in Foreign Affairs*, Summer, 1993, págs. 110 e segs.).

Para se sentir a dificuldade em se precisar o sentido da palavra nação, Hobsbawm salienta que o Dicionário da Real Academia Espanhola não usa as palavras estado, nação e língua antes da edição de 1884. Nessa edição, nação significava os habitantes de uma província ou reino. Para B. Anderson ela é uma "comunidade política imaginada", já que a maioria de seus membros nunca se encontrou e a identidade é assegurada por um modo particular de imaginar a comunidade. A palavra "natio", em Roma, era usada para grupos estrangeiros. O sentimento de nação na Inglaterra surge no século XVI, quando Henrique VIII passa a ser o chefe supremo da Igreja (1532). Na França os franceses tinham vários nomes: "françois" (Racine), "frances" (D'Alembert), "français" (Voltaire), etc. Os francos não eram franceses, mas o Papado e os Capetos falaram em legado franco (Liah Greenfeld — *Nationalism*, 1995); Para Yves Lacoste "A nação é... uma idéia geopolítica", sendo um "conceito geopolítico fundamental, porque toda nação é essencialmente questão de poderes e de independência, de língua e de território."

A idéia de nação vai dar origem ao denominado princípio nacionalidades, que pode ser resumido nas defesas do direito de toda nação se transformar em Estado. É a bandeira da unificação alemã e italiana. Eric J. Hobsbawm (*A Era do Capital 1848-1875*, 1977) mostra as contradições deste princípio: "o ponto significativo... é que a típica nação 'a-histórica' ou 'semi-histórica' era também uma pequena nação", e isto colocava o nacionalismo do século XIX diante de um dilema que tem sido raramente reconhecido. Pois os grandes defensores da 'nação-Estado' entendiam-na não apenas como nacional, mas também como 'progressista', isto é, capaz de uma economia, tecnologia, organização de Estado e força militar viáveis, ou, em outras palavras, que precisava ser territorialmente grande. Terminava por ser, na realidade, a unidade "natural do desenvolvimento da sociedade burguesa, moderna, liberal e progressiva". Daí Giuseppe Mazzini propor um mapa da Europa com onze nações apenas. Consideravam os povos pequenos como não sendo "nações-reais". Na Itália, quando da sua unificação, apenas 2,5% de sua população falavam o italiano no dia-a-dia (Hobsbawm). Lembra ainda o grande historiador inglês Hobsbawm que Friedrich List (século XIX) afirmava que uma nação precisava ter uma grande população e território extenso com recursos naturais, caso contrário ela não pode "promover à perfeição os vários ramos de produção". O princípio das nacionalidades só se aplica a nacionalidades de um certo tamanho. Na França, no fim do século XIX, na Bretanha, Provença, etc., usava-se intérpretes nos processos judiciais, tão grande era o número de pessoas que não falavam francês (Eugen Weber — *França Fin-de-Siècle*, 1988). O direito de autodeterminação tem sido mais político do que jurídico. Ele começou

a ser invocado no final da 1ª Guerra Mundial, após a Revolução Russa. Antes desta os aliados não o reivindicavam, tendo em vista que o Império Russo era multinacional e seu aliado. A própria expressão (autodeterminação), de origem alemã, foi divulgada no início do século entre os socialistas, mas só entrou em voga em 1917. Os tratados de paz de 1919 consagraram 12 plebiscitos, mas eles não foram previstos para a devolução da Alsácia-Lorena à França; a cessão de Eupen e Malmedy à Bélgica e o Tirol do Sul à Itália. Pode-se observar que os autores marxistas não tinham uma visão uniforme deste direito. Rosa Luxemburgo o considerava abstrato e metafísico, e a sua defesa é a do nacionalismo burguês. Não existiam nações homogêneas, mas classes. Considerava do ponto de vista econômico uma utopia a independência das pequenas nações. Trotsky defendeu a destruição do Estado nacional. Este, no futuro, só pode sobreviver como "realidade cultural, ideológica e psicológica". Considera, a autodeterminação, das nações como uma das condições para a "paz dos povos". Para Pannekoek e Strasser a nação pode ser comparada à religião, como uma ideologia que desaparecerá no socialismo. Para Otto Bauer deve ser mantido o Estado multinacional. Ele defende a solução da questão nacional em termos reformistas. Considera que através de um processo de evolução se atingirá a autonomia nacional. Ele afasta quase que completamente a luta de classes do campo da cultura nacional. Stalin considerava impossível a união de grupos nacionais diferentes. Lenine defendeu a liberdade de associação e o direito de autodeterminação, que só seria respeitado assegurando-se a liberdade de separação, que faz com que a união seja livre. Ele escreveu que "por autodeterminação das nações entende-se a sua separação estatal das coletividades nacionais estrangeiras, entende-se a formação de um Estado nacional independente". Em 1884, Dragomanov solicitou uma federação na Rússia dividida em regiões com base em fronteiras étnicas e com autonomia cultural. Creio que atualmente podemos considerar o direito de autodeterminação como pertencendo ao "jus cogens". Têm sido considerada, como um "complemento" da autodeterminação dos povos o princípio da integridade territorial. A doutrina da integridade territorial é européia e se encontra em Sully, Crucé, abade de Saint-Pierre e Rousseau, mas a sua aplicação prática foi feita no continente americano, com a conclusão de vários tratados no século XIX. É um princípio que é um corolário da condenação da guerra de agressão.

O leste europeu segundo, Maurice Duverger, vai ainda criar problemas mais graves do que os já existentes devido ao grande número de povos "estrangeiros" nos territórios dos estados que atingem a independência. Assim, por exemplo, na Letônia só 52% da população são formados por letões. Em Riga a população eslava representa 70%. Os trabalhadores de origem eslava representam 85% da mão-de-obra industrial e 90% dos quadros das empresas são russos. Vem da Rússia 100% do combustível, 50% da eletricidade, etc. (dados de 1992).

Victoria Camps assinala que "os nacionalismos são a religião de nossa época" e que eles correspondem ao direito de autodeterminação. Para Gellner o nacionalismo é uma invenção moderna ligada à Revolução Industrial, porque esta precisava de um espaço cultural homogêneo com uma comunicação sem as barreiras tradicionais. Gellner salienta ainda a importância do sistema de educação para a construção do estado-nação. Jean-Marc Ferry, após lembrar que a pluralidade nacional é compatível com a unidade política, salienta que o estado francês construiu a sua identidade nacional com a escola laica e com uma formação mais

política do que econômica com a adesão aos princípios republicanos, durante a III República. Autores ingleses têm chamado a atenção que para se construir um nacionalismo é preciso uma "cultura impressa" para se construir uma nação.

Tem sido observado que a autodeterminação é considerada incompatível com a intangibilidade das fronteiras (ex: Iugoslávia).

O princípio da autodeterminação acaba em alguns casos por ser atingido, tendo em vista a existência de algumas peculiaridades, como o caso de Paqueta que tem 3.500.000 habitantes e tem 750 línguas. O difícil é estabelecer os critérios de restrição.

A autodeterminação também está vinculada à idéia de governo representativo e daí se falar no seu aspecto democrático. A autodeterminação étnica ameaça a existência do estado daí ela ser repudiada. A secessão étnica pode estar consagrada no direito interno, mas não está no DIP.

Em relação aos enclaves a política da ONU é de que eles devem ser entregues aos estados. Assim Gibraltar em poder da Inglaterra à Espanha e Walvis Bay em poder da União Sul Africana à Namíbia.

A Carta de Banjul (Gâmbia) dos direitos do homem e dos povos, aprovada em 1981, em Nairobi, na Conferência de Chefes de Estado, na EUA, consagra que todos os povos têm o direito de dar assistência a um povo na sua luta por sua liberação. É proibido o uso da força para sufocar um povo que luta por sua independência.

10. Na Paz de Versalhes já havia a distinção entre grandes (com interesses gerais) e pequenas (com interesses especiais) potências. As primeiras participavam de todas as deliberações, enquanto as segundas só o faziam se o assunto fosse do seu interesse.

11. Landheer, expondo o pensamento de Huber, declara que "o princípio da igualdade jurídica do Estado é o resultado de um acordo pelo qual os Estados poderosos aceitam não estender a sua dominação" sobre os mais fracos. Ou poderíamos lembrar o que escreveu Tawney sobre a igualdade no liberalismo, em que ela acabou por significar "oportunidades iguais de chegar a ser desigual". Pode-se recordar que a liberdade produz "inevitavelmente a desigualdade e a igualdade também inevitavelmente não-liberdade" (Gerhard Leibholz). Na Revolução Francesa a igualdade é abstrata e não "a igualdade concreta de situação econômica efetiva" (Francis-Paul Bénéoit).

12. Os diversos casos de imunidade de jurisdição local serão dados no capítulo seguinte.

13. A imunidade absoluta está consagrada na decisão de Marshall (1812), no caso "The Schooner Exchange v. M'Faddon" (S. Sucharritkul). Tem sido afirmado que a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros foi colocada pela primeira vez nos tribunais anglo-saxões, "possivelmente por serem eles os primeiros a possuir um poder judicial independente" (Manuel A. Vieira).

13A. François Rigaux cita decisão de 1903 em que é consagrada a distinção entre atos públicos e privados na jurisprudência belga. Salienta que as decisões italianas são posteriores.

14. Anzilotti já observava que o Estado estrangeiro se encontra submetido à jurisdição do Estado territorial quando ele age como simples particular igual aos outros membros da comunidade do Estado territorial. A distinção entre "atos de

autoridade" e "atos de gestão" foi usada na França no século XIX, mas a sua origem está na Alemanha em período anterior à Revolução Francesa. "quando se distinguia entre o Estado com domínio e Estado com patrimônio. A este último correspondia o conceito do Fisco: e foi precisamente para poder submeter o Estado aos tribunais" (Alberto Ruiz Eldredge).

14A. Outros autores (Pierre Bourel) têm assinalado o abandono da distinção entre atos "jure imperii" e "jure gestionis" devido à sua imprecisão. O citado jurista defende uma distinção que tem a sua origem no D. Administrativo, onde se pode adotar dois critérios: a) finalista — considera-se o fim visado pelo Estado estrangeiro ao praticar o ato. A imunidade de jurisdição abrange "os atos realizados, tendo por finalidade um serviço público"; b) formalista — não haveria imunidade quando o Estado age nas formas do direito privado. A nosso ver esta distinção nada mais é do que uma reformulação da dos atos "jure imperii" e "jure gestionis", sendo ainda que o critério finalista é o único que apresenta uma real valia, vez que o formalista nos levaria a toda a imprecisão de se distinguir o "direito privado" de "direito público" para se caracterizar as "formas" de cada um.

15. A distinção entre atos de império e de comércio foi desenvolvida pela jurisprudência belga e italiana. Na verdade, a distinção entre tais atos deve ser feita em cada caso concreto (Brownlie).

16. Na Grã-Bretanha, em data recente, tem sido amenizada a idéia de imunidade absoluta. Em 1976 o Privy Council, no caso "The Philippine Admiral", afirma que não há imunidade de jurisdição no tocante a uma ação "in rem" sobre navio de Estado estrangeiro quando ele só foi utilizado para atividades comerciais. V., sobre a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, capítulo XXXV.

16A. A doutrina do ato de Estado foi desenvolvida para uma aplicação em relação à América do Sul e América Central, onde, com as constantes mudanças de governo, havia sempre alguém reclamando direitos sobre alguma mercadoria exportada para os EUA. Segundo Prosper Weil, o "act of state" surgiu em 1897, em nome da cortesia internacional, ou, ainda, em outras decisões, para evitar um "casus belli". Há em seu favor um forte argumento de ordem constitucional que é o dos tribunais não perturbarem as relações do Executivo com os governos estrangeiros.

16B. A doutrina do ato de Estado é aplicada pelos tribunais norte-americanos como norma do D. Constitucional norte-americano e não como norma do IP (Akehurst).

16C. É de se recordar que a Constituição de 1891 dava ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar litígios entre as nações estrangeiras e a União e os Estados. Este dispositivo teria sido inspirado na Constituição argentina de 1853 (José Rezek).

17. Existe mesmo um argumento de ordem política que é o de se evitar conflitos com os Estados estrangeiros.

18. O Tribunal do Sena em 1967 afirmou que as imunidades de jurisdição e execução são distintas e que até um governo não reconhecido goza de imunidade de execução. Outros (Batiffol) têm considerado que só há imunidade de execução quando há imunidade de jurisdição. Para nós a imunidade de execução é mais ampla do que a de jurisdição, e pode haver inclusive renúncia a esta e não àquela (esta foi a orientação consagrada em relação aos agentes diplomáticos). Brownlie salienta que a maioria dos Estados consagra uma imunidade absoluta de execução.

19. Este direito de conservação foi levado por alguns autores (Strupp) a um limite insustentável, ao admitirem o "estado de necessidade" no DI. Tem-se afirmado que o estado de necessidade vem se desenvolvendo desde o Renascimento como uma afirmação da soberania e conservação do Estado. Ele figura em Vitória, Suarez, Grotius, Wolff e Vattel. Um Estado, para defender a sua integridade, quando ela se encontra seriamente ameaçada, poderia violar as suas obrigações internacionais. Esta teoria (Kohler) serviu para justificar a violação da neutralidade belga pela Alemanha na 1ª Guerra Mundial. O "estado de necessidade" não pode ser admitido no DI por diversas razões: a) ele só seria utilizado pelo mais forte; b) não existe no DI, como no D. Penal, um tribunal para declarar a sua legitimidade ou não; c) um Estado, para defender a sua "conservação", acabaria violando igual direito de outros Estados. Todavia, o estado de necessidade encontrou, de modo excepcional, algumas consagrações na vida internacional: a) art. 23, g, da convenção sobre leis e usos da guerra terrestre concluída em 1907, onde se permite, por exemplo, destruir propriedades inimigas por "necessidade imperiosa da guerra"; b) o "lend and lease act" (empréstimo e arrendamento) dos EUA, que violava os princípios da neutralidade; foi alegado para a sua existência o estado de necessidade, diante da ameaça de Hitler pretender dominar o mundo; c) Anzilotti, no seu voto dissidente no caso Oscar Chinn, o consagrou. É de se assinalar que nem na guerra é ele admitido de um modo geral; no regulamento sobre leis e usos da guerra terrestre, anexo à 4ª Convenção da Haia (1907), estatui: "Os beligerantes não têm direito ilimitado quanto à escolha dos meios de prejudicar o inimigo." Charles Rousseau sintetiza a doutrina do Direito Internacional em três posições a respeito do estado de necessidade: a) "vê no estado de necessidade a justificação de um direito subjetivo fundado nas exigências de conservação do Estado" (Khuber, Hall, Wheaton, Strupp); b) vê "o estado de necessidade como uma circunstância de natureza a excluir ou limitar a responsabilidade internacional do Estado" (Ullmann, Oppenheim, Verdross, Sperduti); c) "analisa o estado de necessidade como uma circunstância excluindo a própria idéia de ilicitude" (Holtzendorff, Vitta, Ross, Ago, Wengler, Schwarzenberger, Paola-Anna Pillitu). Esta última posição é a que se aproxima da posição da Comissão de Direito Internacional em 1979. Pode-se dar alguns exemplos de necessidade: a) art. 4º, § 1º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), que estabelecer poder o cidadão ter a sua aplicação suspensa se houver ameaça excepcional à existência do Estado; b) invasão do espaço aéreo em caso de desgraça; c) ele se confunde muitas vezes com a legítima defesa; d) o princípio da necessidade no D. de Guerra. Entretanto, não existe estado de necessidade que justifique a violação de norma imperativa do DI. Observa Pillitu que o estado de necessidade é uma exceção à obrigatoriedade do Direito, bem como torna o ato "excepcionalmente lícito". Algumas outras observações podem ser acrescentadas com fundamento em Gutiérrez Espada: o estado de necessidade não pode ser alegado por quem o provocou. Ele distingue o estado de necessidade da necessidade militar, vez que o primeiro exclui a ilicitude de um comportamento, enquanto na segunda quer se afirmar a licitude de certos comportamentos dos beligerantes. Reconhece, entretanto, que o DI de Guerra admite o estado de necessidade para permitir a vitória contra o inimigo, bem como o estado de necessidade surge também no D. Humanitário. Salienta o internacionalista espanhol que o estado de necessidade desenvolveu-se na Alemanha, após a derrota de Napoleão, pelos juristas que fazem a apologia do uso da

força nas relações internas e internacionais e defendem a apologia do uso da força, tanto nas relações internas, como nas relações internacionais, fazendo a defesa da vocação da Alemanha para ocupar uma posição de liderança mundial. De qualquer modo, o estado de necessidade não pode ser invocado para justificar um ato de agressão. Salienta ainda o mesmo jurista que na prática tem sido consagrada a licitude de uma intervenção militar temporária e limitada, bem como localizada, para a proteção do seu nacional.

19A. Os autores dos séculos XVII e XVIII consideravam a legítima defesa como caso que justificava a guerra.

20. Ele já estaria consagrado nos Tratados de Osnabruck e Münster (1648) (Pierre Rain — Organisations de la Paix, 1946, pág. 39). O abade Grégoire, na sua Declaração dos Direitos dos Povos (1795), afirmava que o ataque a uma nação era um ataque a todas as outras. Na América teria figurado na doutrina do Ministro do Exterior do Uruguai, Baltasar Brum, em 1917, que em nota ao Brasil propõe que um ato realizado contra um dos países da América seja considerado um ato contra todos (*apud* Oliveiros Litrento).

21. Anteriores a ela, a Convenção de Montevidéu (1933) e as Declarações de Lima já estipulavam os deveres dos Estados no nosso continente. No mesmo sentido os projetos de codificação (Instituto de DI, União Jurídica Internacional) fixavam os deveres dos Estados. A própria declaração do abade Grégoire fixava os deveres dos povos.

22. É interessante observar que este dever já estava consagrado no Tratado sobre Conservação da Paz, assinado por Estados americanos em Lima, em 1864.

CAPÍTULO XX

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTADOS

198 — Introdução; 199 — Imunidade de jurisdição; 200 — Capitulações; 201 — Servidões internacionais; 202 — Garantias internacionais; 203 — Condomínio; 204 — Concessões; 205 — Arrendamento de território; 206 — Neutralidade permanente; 207 — Neutralização de território.

198. O Estado, como vimos, possui soberania, o que significa ter ele competência sobre o seu território, as pessoas e coisas que nele se encontram. Todavia, existem certas pessoas ou coisas, ou mesmo um trecho do seu território, em que ele não tem uma competência plena: são as denominadas restrições aos direitos fundamentais dos Estados.¹

Estas restrições têm geralmente uma origem convencional, como ocorre com a servidão, o condomínio e a neutralidade permanente, etc. Entretanto, algumas delas se originaram sob a forma de costume internacional, como ocorreu com as imunidades dos agentes diplomáticos.

Elas algumas vezes existem em nome do interesse da comunidade internacional.

199. O Estado tem como seu direito fundamental^{1A} o de exercer a sua jurisdição no território nacional. Existem certas pessoas e coisas que fogem à regra de se encontrarem sujeitas à jurisdição do Estado estrangeiro, apesar de se encontrarem no seu território. O fundamento destas imunidades é geralmente o de facilitar que as pessoas que dela se beneficiam possam bem desempenhar as suas funções (exemplo: agentes diplomáticos). Outras vezes a imunidade decorre do aspecto representativo do Estado estrangeiro (exemplo: navios públicos).

A conclusão a que se pode chegar é que o DI, por uma razão ou por outra, estabeleceu consuetudinariamente (na sua origem) diversas normas

que consagram a imunidade de jurisdição nos seguintes casos: a) chefe de Estado; b) ministro das Relações Exteriores; c) agentes diplomáticos; d) navios públicos; e) aeronaves públicas; f) tropas estrangeiras; g) funcionários internacionais, etc.³

200. O regime de capitulações⁴ foi estabelecido de forma convencional, e se desenvolveu em parte consuetudinariamente nos países do Oriente e visava que o estrangeiro fosse julgado conforme as suas leis pelos seus cônsules nacionais.⁵ No início, os tratados concediam vantagens comerciais, para no fim somente se referirem a imunidades judiciárias e fiscais. Este regime surgiu em virtude de as legislações dos países do Oriente apresentarem aspectos que eram inaceitáveis para os ocidentais: o seu aspecto religioso e muitas vezes a barbaridade das penas.⁶ Todavia, este regime foi aplicado até mesmo a países cristãos como a Bulgária, onde o Tratado de Berlim (1878) declarou que continuaria a existir a jurisdição consular.

As capitulações eram uma aplicação do princípio medieval da personalidade das leis, que consistia no fato de que um indivíduo, mesmo no estrangeiro, seria julgado conforme a sua lei nacional.

O primeiro tratado que estabeleceu este regime foi assinado por Jehan de la Forest (representante da França) e o sultão Solimão, o Magnífico, do Império Otomano, em 1535. Este regime perdurou na Turquia até o Tratado de Lausanne (1923).

O tratado de 1810 entre Portugal e Inglaterra estabelecia também que os britânicos no Brasil gozariam de extraterritorialidade e seriam julgados por juízes britânicos eleitos entre os residentes britânicos no Brasil (Neill Macaulay — Dom Pedro I, 1993).

O Brasil mesmo se beneficiou do regime de capitulações na Turquia (1858-1911) e na China (1881-1843).

Os tratados de capitulações levantaram um problema do DI: a Turquia considerava este regime como se fosse uma concessão unilateral e portanto revogável, enquanto os Estados do Ocidente consideravam como verdadeiros tratados, portanto não suscetíveis de revogação unilateral.

Segundo Ch. Rousseau, este regime não é mais aplicado atualmente.

201. O conceito de servidão⁷ não tem sido dado de maneira uniforme pela doutrina. Ela tem sido entendida em sentido restrito e em sentido lato. Em sentido restrito ela designaria aqueles casos em que o Estado estrangeiro exerce uma competência no território nacional.⁸ Em sentido lato, ela abrangeria o anterior e aqueles casos em que o Estado se compromete em favor de outro a não exercer a sua competência plenamente no território nacional. A orientação predominante é pela aceitação da palavra servidão no segundo sentido (Accioly, Delbez). Devemos salientar que a restrição de Rousseau parece-nos perfeitamente válida, uma vez que, se não restringirmos o conceito de servidão, acabaremos por colocar dentro deste instituto todas as restrições de origem convencional à soberania.

Todavia, feita esta observação, seguiremos na nossa exposição o conceito amplo de servidão, admitindo, assim, a servidão "in non faciendo".

O termo "servidão" foi utilizado pela primeira vez em uma relação jurídica de direito público, em um tratado entre John de Liechtenstein e a cidade de Speyer (1281), em que o primeiro permitia aos magistrados desta cidade entrarem armados no seu castelo. Esta noção penetrou no D. Público do Império Germânico (século XIV), devido à confusão entre D. Público e D. Privado que predominava naquela época. No século XVII, Vitriarius cria a expressão "servitus juris publici", e através do Direito Público, esta noção penetrou no DI. Wolff foi o primeiro a se utilizar desta noção, sendo seguido por Moser e Martens.

As servidões podem ser: positivas e negativas. As servidões positivas ("in patiando") são aquelas em que um Estado permite que um Estado estrangeiro exerça a sua competência no território nacional (exemplo: o direito de a França pescar na Terra Nova, consagrado no Tratado de Utrecht, 1713).

As servidões negativas ("in non faciendo") são aquelas em que o Estado não exerce plenamente a sua competência territorial (exemplo: a proibição que tinha a França de fortificar Dunquerque, imposta pelo Tratado de Utrecht, 1713). Sob outro ponto de vista, as servidões podem ser militares e econômicas, conforme o seu objeto. Outros falam em servidões particulares (entre dois Estados) e gerais (mais de dois Estados interessados).

No DI não existe a denominada servidão natural. Toda e qualquer servidão tem uma base convencional.^{9a} Não existe servidão instituída pelo costume internacional. Nem se admite a servidão "in faciendo", isto é, a servidão em que o "serviente" se obrigasse a fazer alguma coisa.

A servidão se distingue do arrendamento de território, porque ela tem por conteúdo faculdades limitadas.

As servidões, convém repetir, não se extinguem com a sucessão de Estados. Elas se transmitem ao sucessor, que deve respeitá-las. Nós podemos concluir que os elementos das servidões são: a) que as partes contratantes sejam Estados; b) que seja um direito permanente (permite distinguir as servidões das simples obrigações convencionais); c) que seja um direito real ou territorial (H. Reid).

As servidões terminam: a) pela renúncia do beneficiário; b) pela aplicação da teoria da "rebus sic stantibus"; c) pela guerra entre o dominante e o serviente; d) pelo termo extintivo (quando tiverem um prazo).

202. As garantias internacionais são outro caso de restrição aos direitos fundamentais dos Estados. Elas têm por base uma convenção e por finalidade assegurar a execução de um tratado (exemplo: a França teve diversas regiões ocupadas pela Alemanha como garantia de execução do Tratado de Francoforte, 1871).¹⁰

203. O condomínio¹¹ no DI normalmente tem uma base convencional. Ele pode ser definido como sendo o regime de um território que se

encontra submetido à competência de mais de um Estado. O grupo de Estados detentores desta competência se encontra em situação de igualdade jurídica.¹²

A palavra "condominium" foi introduzida no Direito através do DI. na obra de Fromann intitulada "Tractatio de condominio territorii" (1688). Nesta mesma época existia a co-propriedade de certos cantões pelos confederados suíços, bem como casos de co-propriedade em território do Império Romano-germânico (Lippstadt, Kurndorf, etc.). Foi, entretanto, em 1865 (Convenção de Gastein, relativa ao condomínio da Áustria e Prússia sobre os Ducados de Schlesvig-Holstein e Lauemburgo) que se utilizou pela primeira e única vez a palavra "condomínio" em uma convenção internacional para definir a situação de um território (A. Coret).

Entre os exemplos mais recentes de condomínio que a vida internacional registra: o arquipélago das Novas Hébridas, sob a França e Inglaterra, pelas Convenções de 1906 e 1914, e que alcançou a independência em 1980 sob o nome de Vanuatu; e o anglo-egípcio no Sudão (1898-1956).

Em 1988 as ilhas Virgens, no Caribe, estavam sob condomínio dos EUA e Grã-Bretanha (Jean Touscoz — Atlas Geoestratégique, 1988).

204. O termo "concessões"¹³ é empregado para mencionar os quarteirões ou áreas de uma cidade que são destinados para a morada dos estrangeiros.

Este regime se distingue das capitulações no sentido de que neste último não existe uma parte da cidade retirada à soberania do Estado. No regime de capitulações, a "imunidade" do estrangeiro é pessoal, enquanto que nas concessões ela encontra uma base territorial.

A China foi a grande vítima deste sistema. O Tratado de Nanquim (1842), que pôs fim à Guerra do ópio, obrigou a China ao estabelecimento do regime de concessões e serviu de modelo às futuras concessões que foram estabelecidas.¹⁴ A partir deste tratado passou a existir o "comércio ilegal" do ópio, realizado por navios ingleses e norte-americanos (Pierre-Étienne Will, in Marie-Claire Bergère e outros — La Chine au XX Siècle, 1989).

Para se ver a imoralidade da política internacional pode-se mencionar que John Quincy Adams denunciou a China por não aceitar que a Inglaterra vendesse ópio no seu território por estar violando o princípio cristão "amar o próximo" e que era "um enorme ultraje aos direitos da natureza humana" (Noam Chomsky — Deterring Democracy, 1991).

As concessões se classificavam em: a) *estrangeiras* — que poderiam pertencer à administração de um único Estado (nacionais), ou serem de diversos Estados (internacionais); b) *sino-estrangeiras* — que eram aquelas submetidas à administração chinesa e estrangeira (Escarra, Rousseau).

Estas concessões criavam dentro da China verdadeiros quistos, uma vez que os administradores tinham a sua política própria, exerciam a sua justiça, etc. Todavia, elas continuavam sendo território chinês, o que é

demonstrado pela existência de cônsules e o pagamento de uma soma anual ao governo chinês pelas potências ocidentais, que se beneficiavam deste sistema. Os beneficiários tinham competências limitadas nas suas concessões.

Este regime foi desaparecendo gradualmente, para acabar por terminar de modo definitivo com a 2ª Guerra Mundial.

205. Arrendamento de território é a cessão de competências que um Estado faz sobre um trecho do seu território a outro Estado. No arrendamento o território arrendado continua a fazer parte do território nacional. Entretanto, por determinado lapso de tempo, a jurisdição sobre ele será exercida por quem o tomou em arrendamento. Todos os autores são unânimes em afirmar que é fictícia a soberania do Estado sobre o território, porque na verdade ele deixará de fazer parte do Estado nacional. O arrendamento, no fundo, é uma cessão de território a título temporário.¹⁵

O arrendamento tem-se apresentado sob diversas formas: a) *diplomática* (Bósnia-Herzegovina, arrendada à Áustria-Hungria pelo Tratado de Berlim, 1878); b) *colonial* — Foi utilizado na África (no final do século XIX alguns territórios que dependiam do sultanato de Zanzibar foram arrendados à Inglaterra e à Alemanha por 50 anos); c) *econômico* — Foi empregado na China e a sua prática foi intensificada na última década do século XIX (Kiao-Tcheu foi arrendado à Alemanha por 99 anos em 1898); d) *estratégico* — É a sua forma mais moderna: consiste na cessão de bases militares (os EUA possuem bases em inúmeros países, como nas Filipinas, na Grã-Bretanha, etc.). A jurisprudência norte-americana tem considerado as bases dos EUA no exterior como território estrangeiro onde os EUA teriam uma competência restrita (Rousseau). Finalmente, podemos assinalar que o arrendamento de Hong Kong, que foi dado à Inglaterra pela China no século XIX, terminou em 1997, quando foi devolvido à China, nos termos do tratado concluído entre os dois países em 1984. Estabelece ainda este tratado que o regime capitalista será ali mantido até 2047. A título de curiosidade, pode-se mencionar aqui a situação de Macau, que é preciso frisar não se trata de arrendamento, que uma Declaração conjunta de Portugal e China em 1987 estipulou que Portugal ficará ali até 20/12/1999.

206. A neutralidade permanente¹⁶ tem uma origem recente na história do DI. Ela remonta ao Tratado de Amiens (1802), que estipulou, entre outras coisas, que as ilhas de Malta, Gozo e Comino seriam entregues à Ordem de São João de Jerusalém, com a condição de serem neutralizadas perpetuamente. Em 1815, no Congresso de Viena, foi neutralizada permanentemente a Suíça, que já era neutra de fato desde a Paz de Vestefália.^{16a}

Ainda neste mesmo ano a República de Cracóvia passou a ter o estatuto da neutralidade permanente, que perdeu até 1846. A República da Croácia, "cidade livre, independente, estritamente neutra", tinha um território de 1.164km² e 88.000 habitantes. O Executivo estava nas mãos de um Senado que era assistido por uma assembléia eleita em um sufrágio

restrito. Ela estava sob o protetorado da Rússia, Prússia e Áustria (Georges Castellan — *Histoire des Peuples d'Europe Centrale*, 1994). Em 1831 (Conferência de Londres), a Bélgica passou a ser neutra permanentemente; foi a condição imposta para que ela tivesse a sua independência reconhecida. Em 1867 (Tratado de Londres), o mesmo estatuto foi aplicado ao Luxemburgo. A neutralidade do Luxemburgo e da Bélgica desapareceu com a 1ª Guerra Mundial. Em 1929 (Acordos de Latrão, art. 24 do acordo político), o Vaticano foi neutralizado permanentemente. Em 1955, a Áustria, por uma lei constitucional, se declarou neutra permanentemente. Em 1962 (Declaração de Genebra), o Laos foi igualmente neutralizado. A violação da neutralidade do Laos ocorreu em 1971, com a invasão e bombardeio por parte dos EUA e Vietnã do Sul a fim de aí combaterem o vietcongue e Vietnã do Norte, que tinham no seu território uma de suas vias de penetração.

Estes foram os casos de neutralidade permanente na vida internacional,¹⁷ e nos dias de hoje subsistem apenas com este estatuto: Vaticano, Áustria e Suíça e, de um certo modo, o Laos.¹⁸ O número de Estados neutros permanentes tem aumentado. Assim, em 1981, Malta adotou por declaração unilateral a neutralidade permanente, que foi reconhecida pela Itália, URSS e Líbia. Em 1991, na Conferência de Paz de Paris, com a presença dos 5 Grandes, foi reconhecida a neutralidade do Camboja.

A neutralidade permanente é uma restrição à soberania estatal, daí diversos autores estudarem estes Estados entre os semi-soberanos.¹⁹ O Estado que possuir este estatuto fica sujeito a certos deveres, como o de não fazer a guerra (conserva o direito de legítima defesa), nem pode concluir tratados que o levem à guerra e o dever de imparcialidade na conduta das suas relações exteriores. Há quem sustente que a neutralidade permanente não é uma restrição à soberania, porque o Estado pode abandonar este estatuto; entretanto, pode existir um tratado de garantia da neutralidade e o Estado não poderá rompê-lo (Bengt Broms). Os autores têm considerado que o Estado neutro permanentemente não pode adquirir colônias; todavia, a Bélgica anexou o Congo em 1908.

Os demais Estados têm, em relação ao neutro permanente, o dever de não violar o seu estatuto de neutralidade.

A neutralidade permanente apresenta as seguintes características: *a*) ela é aplicada a Estados; *b*) é estabelecida convencionalmente;²⁰ *c*) é permanente (Rousseau). Ela surge sob duas formas: *a*) reconhecida (a Áustria, o Vaticano) e *b*) reconhecida e garantida (a Suíça, pelas grandes potências da época).

Esta última implica para os demais Estados não apenas o dever de respeitá-la, mas também o dever de defendê-la. Os Estados que dão garantia a uma neutralidade permanente são denominados de "Estados ou potências garantes". Todavia, todos os Estados, mesmo aqueles que não o reconheceram, têm o dever de respeitá-la, uma vez que o neutro deverá ser

também "neutro" em relação aos que não o reconheceram (Accioly). Para E. Castren a neutralidade permanente significa neutralidade em todas as guerras, o que mostra como este instituto está ligado à guerra.

A questão mais moderna que tem sido levantada pelos Estados neutros permanentemente é a de saber a compatibilidade deste regime com a sua participação em organizações internacionais de cunho político. A Suíça, por exemplo, considerou que violaria a sua neutralidade se entrasse para a ONU, o que já não ocorreu com a Áustria, que dela faz parte.²¹ A neutralidade da Áustria, conforme sua Constituição, se resume em dois pontos: não integrar uma aliança militar e não ter bases militares estrangeiras em seu território, e defender a neutralidade. A Áustria aceitou o sistema de defesa do tratado de Maastricht.

Um caso recente de neutralidade permanente é o do canal do Panamá, estabelecido pelo tratado de 1977 entre EUA e Panamá. É determinado que a neutralidade é permanente, existirá em tempo de paz e de guerra, devendo o canal ficar aberto a navios de todos os Estados, sem discriminação. O protocolo que consagra a neutralidade está aberto à adesão de todos os Estados.

Um caso recente de neutralidade é o da Costa Rica, quando em 1983 o seu presidente proclamou a neutralidade perpétua, ativa e não armada do país. Na verdade, esta neutralidade não pode ser considerada como tal, vez que a Costa Rica continua integrando o TIAR, e na proclamação a palavra "ativa" significa que ela não é imparcial no campo ideológico ou político, e que ela fica com as democracias ocidentais. Este caso mostra como os conceitos do DI podem ser desvirtuados.

207. A neutralização tem origem convencional e se distingue da neutralidade permanente no sentido de que ela é aplicada a territórios e é temporária.

A finalidade deste regime é normalmente a proibição para o Estado de "tomar medidas militares", sendo aplicado geralmente a "regiões fronteiras" (Rousseau). Diversas razões podem conduzir à neutralização; por exemplo, quando o território é contestado (o Pirara foi neutralizado no século XIX, uma vez que era reivindicado pelo Brasil e pela Inglaterra),²² quando há interesse de se dar segurança ao Estado vizinho (as ilhas Jônicas foram neutralizadas em 1863, porque os turcos temiam que elas se transformassem em ponta-de-lança da Grécia, a quem elas tinham sido entregues), quando há razões estratégicas (ilhas Aaland, em 1921), etc.

NOTAS

1. A interpretação restritiva das limitações à soberania só se impõe quando existirem dúvidas, sendo que se estas não existirem não se impõe a mencionada interpretação (Serge Sur).

1A. C. Wilfred Jenks — *International Immunities*, 1961, págs. 102 e segs.; Serge Lazareff — *Status of Military Forces under current International Law*, 1971; Walter L. Williams, Jr. — *Intergovernmental military forces and world public order*, 1971; Géraud de La Pradelle — *Armées*, in Dalloz — *Répertoire de Droit International*, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. I, 1968, págs. 160 e segs.; Manuel A. Vieira — *Derecho penal internacional y derecho internacional penal*, vol. I, 1969, págs. 77 e segs.; Roland G. Stanger — *The Status of Forces*, in Richard A. Falk e outros — *Essays on International Jurisdiction*, 1961, págs. 74 e segs.; M. Flory — *Les bases militaires à l'étranger*, in AFDI, 1955, vol. I, págs. 3 e segs.

2. As tropas estrangeiras se beneficiam de imunidade de jurisdição penal. Na 1ª Guerra Mundial aplicava-se a lei da bandeira para as tropas estrangeiras. Alegava-se que “o poder jurisdicional não pode ser separado do exercício do poder disciplinar que é uma parte essencial da organização militar” (Serge Lazareff). Esta prática de uma imunidade total foi usada ainda com as tropas norte-americanas durante a 2ª Guerra Mundial. Esta prática foi adotada no último conflito mundial não só pela Grã-Bretanha, mas também por outros países como a Bélgica, Austrália, Egito, etc. As autoridades francesas também concederam imunidade às tropas aliadas desembarcadas em seu território na 2ª Guerra Mundial. A tendência nos dias de hoje é de se estabelecer de certo modo jurisdições concorrentes. O acordo sobre tropas da União da Europa Ocidental de 1949 estabelece a jurisdição do Estado receptor quando o crime viola a sua legislação penal. O Estado receptor, em certos casos, pode transferir para os tribunais militares da tropa estrangeira determinados crimes como os praticados no exercício de suas funções oficiais, ou, ainda, os praticados diretamente contra as suas leis. Um sistema de jurisdições concorrentes foi também estabelecido no acordo entre EUA e Japão em 1961.

Na Organização do Tratado do Atlântico Norte, o Estado territorial tem o direito de exercer a sua jurisdição nos crimes punidos por suas leis e contra a sua segurança. Entretanto, os tribunais militares estrangeiros podem funcionar no território do Estado para julgar as pessoas submetidas a sua lei militar. A lei da bandeira é competente para as infrações praticadas por pessoas submetidas à autoridade militar e que violam as suas leis, e em especial os atos que atentem contra a sua segurança, e estejam compreendidos na legislação do Estado da bandeira. O Estado territorial pode renunciar à sua jurisdição.

Os autores (Lazareff) têm demonstrado a dificuldade em se distinguir uma violação da lei do Estado territorial e uma ofensa disciplinar, porque na verdade a violação da lei do Estado territorial é “ao mesmo tempo um delito disciplinar”. Alguns acordos procuram resolver isto com diferentes critérios: *a)* o do local do crime (EUA e Filipinas; EUA e Arábia Saudita); *b)* enumera os crimes que são da competência do Estado territorial (EUA e Líbia); *c)* o Estado nacional da tropa tem uma jurisdição geral, enquanto que o Estado territorial só reivindica a sua jurisdição quando o crime tem interesse especial para ele (EUA e Holanda); *d)* a jurisdição é do Estado territorial, que pode retirá-la quando for do interesse do

Estado de envio (acordos de Bruxelas); *e)* a jurisdição é baseada na natureza do Crime (OTAN). Assim no caso de jurisdições concorrentes o Estado nacional da tropa tem “the primary right” para exercer a jurisdição se o crime é contra a sua segurança, pessoas ou propriedades do Estado, ou, ainda, crimes que resultem da ação ou missão no desempenho da função (“official duty”). Nos demais casos o “primary right” de exercer a jurisdição pertence ao Estado territorial.

As tropas da ONU no Egito e no Congo estavam sujeitas ao seu Estado nacional. Este, entretanto, podia renunciar expressamente à sua jurisdição. Elas gozavam também de imunidade de jurisdição para os atos oficiais. Como se pode observar, as imunidades decorrem de um tratado, e quando esta não existir presume-se que elas advêm do consentimento do Estado (Ingrid Delupis). Uma questão que é debatida é no tocante de se saber se as forças armadas têm imunidade de jurisdição local quando a sua presença é contrária ao Direito Internacional. Alguns autores respondem no sentido afirmativo (Wengler, Guggenheim, Hackworth), enquanto outros respondem em sentido negativo (C. Hyde).

3. Esta enumeração não é exaustiva, ela contém apenas os principais casos. Outros podem ser acrescentados a título de exemplo: *a)* as sedes das Missões Diplomáticas e das organizações internacionais; *b)* os cônsules, pelos atos praticados no exercício de suas funções. Em alguns casos elas se estendem às pessoas que façam parte da família das categorias citadas (exemplo, agentes diplomáticos). O alcance e os limites destas imunidades serão estudados no capítulo dedicado a cada um destes temas, com exceção da imunidade e jurisdição do Estado estrangeiro, que vimos no capítulo anterior.

3A. C. H. Alexandrowicz — *The Afro-Asian World and The Law of Nations (Historical Aspects)*, in RdC, 1968, vol. I, t. 123, págs. 130 e segs.

4. A sua denominação se origina de “capitulare”, que significa fazer um tratado, que por sua vez se origina de “capitulum” (cláusula).

5. No Egito, foram estabelecidos tribunais mistos de estrangeiros e egípcios.

6. “A origem do sistema parece que se encontra no antigo costume, nas cidades comerciais, de conceder aos negociantes estrangeiros o privilégio de residir em partes separadas dessas cidades, independentes do poder local. Este costume, muito conhecido desde a Idade Média...” (Accioly). Tem-se mencionado também a existência de tratados estabelecendo o regime de capitulações no início do século XVI entre os governantes da costa oeste da Índia e os portugueses, em que a estes era dada a jurisdição penal em relação a seus nacionais. No século XVIII ainda os governantes da costa oeste da Índia deram concessões e o regime de capitulações aos mercadores maometanos (Prakash Sinha). Segundo Alexandrowicz, este era um antigo costume da Ásia, o de permitir que os comerciantes estrangeiros se governassem a si mesmos, e era reconhecido unilateralmente sem tratado.

7. F. A. Váli — *Servitudes of International Law*, 1968; Helen Dwight Reid — *Les Servitudes Internationales*, in RdC, 1933, vol. III, t. 45, págs. 5 e segs.; Georg Crusen — *Les servitudes internationales*, in RdC, 1928, vol. II, t. 22, págs. 5 e segs.

8. Charles Rousseau considera, com base na decisão da Corte Permanente de Arbitragem no caso das Pescarias do Atlântico Norte (1910), que só existe servidão quando houver “concessão expressa de um direito soberano”. Váli salienta que o conceito de servidão não se estende a simples obrigações impostas por tratados, nem às restrições de ordem costumeira.

8A. É o caso de se perguntar se os Estados encravados no território de um único Estado (Lesotho, encravado na União Sul-africana) não gozam de uma servidão natural. Parece-nos que a resposta deve ser afirmativa. Entretanto, em 1986, a África do Sul fez a ele um embargo comercial. Falou-se em "bloqueio terrestre", porque Lesotho auxiliava guerrilheiros do Congresso Nacional Africano. Lesotho teve de aceitar a imposição da África do Sul. O bloqueio levou a um golpe de estado no Lesotho (janeiro de 1986).

9. Todavia é de se assinalar que a servidão, tendo por base o tratado, ela só subsiste enquanto o tratado estiver em vigor.

10. Sobre este assunto, v. cap IX.

11. Alain Coret — Le Condominium, 1960; D. P. O'Connell — The Condominium of The New Hebrides, in BYBIL, 1968-69, págs., 71 e segs.

12. Diversos autores (Delbez, Verdross, Coret) distinguem o condomínio do co-império. O condomínio seria exercido sobre um território que não pertencesse a nenhum outro Estado, enquanto o co-império seria sobre um território pertencente a outro Estado. No co-império a competência territorial é exercida em proveito do Estado a quem pertence o território, enquanto no condomínio o benefício é dos "condomínios". No co-império, ao contrário do condomínio, não precisaria haver igualdade funcional. É apresentado geralmente como exemplo de co-império o controle franco-britânico sobre o Egito (1876-1883), quando ele ainda pertencia ao Império Otomano. Esta distinção, a nosso ver, não apresenta vantagens na prática, e os autores que a defendem não chegaram a um acordo sobre a diferença entre condomínio e co-império. As distinções que apresentamos acima são uma síntese das diferentes opiniões.

13. Jean Escarra — Le Régime des Concessions Étrangères en Chine, in RdC, 1929, vol. II, t. 27, págs. 5 e segs.; Jean Escarra — La Chine et le Droit International, 1931, especialmente págs. 80 e segs.

14. O sistema de concessões já teria existido nos "estabelecimentos da Liga Hanseática e das Repúblicas marítimas itálicas". Os estabelecimentos comerciais delas no estrangeiro tinham um verdadeiro regime de concessão e os quarteirões destinados aos hanseáticos eram muitas vezes cercados de muros. O mesmo ocorria com as colônias de Veneza, Gênova, etc., criadas no Oriente, e os seus nacionais (delas, Repúblicas) residiam em quarteirões separados. Na própria China ele seria anterior ao Tratado de Nanquim, que apenas teria desenvolvido este sistema (Escarra).

15. A jurisprudência, a respeito de considerar se o território arrendado é território estrangeiro ou não, é ainda hesitante. A Corte Suprema norte-americana decidiu que determinadas leis trabalhistas, que seriam aplicadas no território nacional e possessões, não deveriam sê-lo nas bases localizadas nas Bermudas, porque os EUA não exercem ali a sua soberania. Uma decisão da Corte Suprema de Cuba (1933) declarava que a "base norte-americana era território estrangeiro para um tribunal cubano" (O'Connell).

16. Bernard Bacot — Des Neutralités Durables, s.d.; Henry Stranner — Neutralité Suisse et Solidarité Européenne, 1960, R. J. Dupuy — Le Laos, Témoin de la coexistence pacifique, in ASDI, 1962, vol. VIII, págs. 3 e segs.; René Dollot — Essai sur la neutralité permanente, 1939, vol. I, t. 67, págs. 7 e segs.; Emmanuel Descamps — L'État Neutre à tire Permanent, 1912; Josef L. Kunz — Austria's

Permanent Neutrality, in The Changing Law of Nations, 1968, págs. 320 e segs. Sobre a ação norte-americana no Camboja: The Viet-nam War and International Law, edited by Richard A. Falk, vol. 3, 1972; Carlos Alfredo Lopez Guevara — "El Tratado del Canal de Panamá" e "El Tratado Concerniente a la Neutralidad del Canal y al Funcionamiento del Canal de Panamá", in IX Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, 1983, vol. II, respectivamente, págs. 229 e segs. e págs. 275 e segs.; Gonzalo Ortis Martin — Estatuto de la Neutralidad Perpetua de Costa Rica, in XI Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, 1985, págs. 281 e segs.; Georges-André Chevaloz — Le Défi de la Neutralité 1939-1945, 1995; Neutral States and the European Community, coordenado por Sheila Harden, 1994.

16A. A Suíça adotou em 1954 a "Interpretação Oficial da Neutralidade Permanente", que contém: a) o dever de se abster de dar início a uma guerra; b) dever de defender a sua neutralidade; c) dever de tomar medidas preventivas, que visa evitar dela se envolver em uma guerra. Não houve qualquer objeção por parte dos demais estados.

16B. Pode-se mencionar ainda o território de Moresnet (não era Estado): teve estabelecida a sua neutralidade (ou melhor, neutralização) permanente em 1815, sob a administração da Prússia e da Holanda, que permaneceu até 1919.

17. Na América, o Tratado de 1859 (Brasil, Argentina e Uruguai) estipulava a neutralidade perpétua do Uruguai, que seria garantida pelo Brasil e pela Argentina; todavia este tratado não entrou em vigor.

18. A neutralidade do Laos era *sui generis*, nas palavras de René-Jean Dupuy. A sua peculiaridade consiste no fato de que a neutralidade é imposta ao Estado, não interessando o governo que ela venha a ter, enquanto a neutralidade do Laos só subsistiria enquanto estivesse no poder o governo atual. É interessante observar que as negociações que resultaram na neutralidade do Laos assinalaram a primeira vez em que os EUA e a China Comunista participaram em comum de um ato internacional. Todavia, para evitar o reconhecimento pela assinatura de um tratado, foram feitas diversas declarações unilaterais. Ainda sobre o Sudeste Asiático, pode-se mencionar o Camboja, que fez na Conferência de Genebra de 1954 uma declaração de neutralidade, e em 1957 este *status* de neutro foi consagrado em uma lei. Havia um gabinete de coalizão permitindo a coexistência interna das diferentes correntes políticas. Em 1969-1970, o Camboja foi bombardeado pelos EUA sob o pretexto de que o vietcongue ali operava, bem como tropas do Vietnã do Sul invadiram certas áreas do seu território. Quanto ao Laos, é difícil de se falar na sua neutralidade atualmente, entretanto o acordo de Paris de 1973, que colocou fim à guerra do Vietnã, ainda menciona a neutralidade do Laos. Por outro lado, o seu governo não é mais "neutralista". Entretanto, em 1977 foi assinado um tratado de amizade e cooperação entre Vietnã e Laos. O Laos se tornou um satélite do Vietnã, e este país mantém tropas em seu território.

19. A neutralidade acidental não é uma restrição aos direitos fundamentais, porque o Estado pode abandoná-la quando assim desejar, o que já não ocorre com a permanente, que tem por base um tratado.

20. Houve caso de a neutralidade ser declarada unilateralmente: Islândia (1918-1940), por uma lei da Dinamarca. A Áustria teve o seu estatuto de neutra permanentemente por uma lei constitucional, que foi, entretanto, comunicada

aos EUA, URSS, Inglaterra e França, que, por meio de notas, "reconheceram a neutralidade e prometeram respeitá-la". Alguns autores, erroneamente, diante deste fato consideram que a Áustria não é neutra permanentemente como os demais Estados e falam em "neutralidade constitucional" (Díez de Velasco). Todavia, é de se lembrar que os atos unilaterais (comunicação da lei austríaca e as declarações dos grandes) são obrigatórios para os seus autores, gerando normas internacionais.

21. Esta questão será estudada no cap. ONU.

22. Neste caso, segundo Accioly, "o fim visado é subtraí-lo (o território) à jurisdição das partes que estabelecem a neutralização".

CAPÍTULO XXI ²³ INTERVENÇÃO¹

208 — Conceito; 209 — Formas; 210 — Legalidade; 211 — Intervenção coletiva; 212 — Intervenção de humanidade; 213 — Intervenção em guerras civis; 214 — Intervenção para proteção do nacional; 215 — Intervenção em defesa da democracia; 216 — Intervenção para a defesa de bens dos nacionais no estrangeiro; 217 — Intervenção econômica; 218 — Intervenção diplomática; 219 — Intervenção pelo reconhecimento e não-reconhecimento; 220 — Intervenção por subversão; 221 — Contra-intervenção; 221A — Direito de ingerência; 222 — Conclusão; 223 — Doutrina de Monroe; 224 — Tese Drago-Porter; 225 — Doutrina Brezhnev.

208. O conceito de intervenção não é dos mais fáceis de ser dado no DI. A própria origem da palavra não está ainda fixada. Alguns autores salientam que ela se originaria de "intus venire" (Chrétien, Pradier-Fodéré), outros falam que ela advém de "inter venire" (Kébedgy, Rivier).²

Outra questão a ser resolvida é a que diz respeito de sabermos se intervenção significa ingerência nos assuntos internos e externos ou apenas nos primeiros. Poucos doutrinadores defendem que só constitui intervenção a ingerência em assuntos internos. A grande maioria (Fauchille, Accioly) defende que constitui intervenção a ingerência tanto em assuntos internos como em assuntos externos. É de se observar que é difícil falar em intervenção em assuntos externos, vez que a política externa de qualquer Estado procura interferir na política externa do outro. Apesar desta observação, a maior dificuldade consiste em saber qual o tipo de ingerência que constitui uma intervenção: para uns (Phillimore), é toda e qualquer ingerência; para outros (Accioly), é a ingerência de aspecto ditatorial.

A moderna doutrina (Thomas e Thomas) internacionalista tem considerado que o ato de intervenção só se caracteriza quando reúne os

seguintes elementos: *a*) estado de paz; *b*) ingerência nos assuntos internos ou externos; *c*) forma compulsória desta ingerência; *d*) finalidade de o autor da intervenção impor a sua vontade; *e*) ausência de consentimento de quem sofre a intervenção. Deste modo, a definição de intervenção, nas palavras dos doutrinadores norte-americanos, seria: "a intervenção ocorre quando um Estado, ou grupos de Estados, interfere, para impor a sua vontade, nos assuntos internos ou externos de outro Estado soberano ou independente³ com o qual existem relações pacíficas e sem o seu consentimento, com a finalidade de manter ou alterar o estado de coisas". Entretanto, como já assinalava Rougier, os limites entre "sugestões amigáveis" e "atos coercitivos" são difíceis de se fixar.

Devemos observar que não aceitamos a validade de uma intervenção em guerra civil mesmo quando ela é solicitada pelo governo legal. A nosso ver o consentimento é irrelevante para legitimar uma intervenção, vez que existe um dever de todo e qualquer governo ou mesmo de revoltosos de não solicitarem intervenção de Estado estrangeiro. Enfim, haveria uma violação do princípio de autodeterminação.

A Convenção de Havana de 1928 sobre lutas civis e o seu protocolo adicional de 1957 impõem aos terceiros Estados uma série de deveres a fim de evitar intervenção em guerra civil (v. capítulo Guerras Civis).

A matéria de intervenção é extremamente dinâmica, como todo o DIP, e inúmeras modificações vêm ocorrendo. Uma delas é que não se tem considerado mais intervenção a ingerência nos assuntos externos dos Estados. Considera-se "normal" que um Estado procure alterar a política externa de outro. A própria Convenção de Viena sobre relações diplomáticas proíbe a estes agentes apenas de se imiscuírem nos "assuntos internos" do Estado que os recebe. Para haver intervenção é preciso que ela atinja área da jurisdição doméstica do Estado, e esta é ainda bastante imprecisa (Rosalyn Higgins).

A intervenção pôde assumir formas tão variadas que pode ir do uso da força armada até a realizada por "ataques verbais", isto é, uma propaganda hostil.

209. A intervenção pode assumir diversas formas. Pelo número dos seus autores, pode ser: *a*) individual e *b*) coletiva. Ela pode ser, quanto ao modo pelo qual é realizada: *a*) diplomática; *b*) armada⁴ e *c*) econômica. Ela se apresenta: *a*) aberta e *b*) oculta (propaganda).⁵ Ela pode ser ainda: *a*) positiva; e *b*) negativa (contra-intervenção).

210. A questão da legalidade ou ilegalidade é no fundo uma disputa entre os grandes e pequenos Estados. Os primeiros defendendo a sua legalidade em determinados casos (defesa do nacional, etc.) e os últimos fazendo da não-intervenção um princípio absoluto. Poucos autores (Kamptz,⁶ Battur) defenderam a legalidade da intervenção como um princípio geral;⁷ a grande maioria dos europeus (Hall, Oppenheim) a defenderam apenas como válida em certas exceções, como veremos abaixo.⁸

O primeiro autor a enunciar o princípio da não-intervenção foi Kant, no "Ensaio Filosófico sobre a Paz Perpétua" (1795).^{8A} Este princípio encon-
trou a sua maior afirmação no continente americano, onde foi consagrado em inúmeras ocasiões; na Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, Montevideu, em 1933 (art. 8º); protocolo adicional (art. 1º) da Conferência de Consolidação da Paz (Buenos Aires, 1936);¹⁰ na Conferência Pan-americana de Lima (1938); nas Declarações dos Princípios da Solidariedade Americana (art. 2º) e de Princípios Americanos (art. 1º); na Ata de Chapultepec (letra *b*) e na Declaração do México (§ 3º), ambas em 1945; protocolo de 1975 (revisão do TIAR — S. José); na Carta da OEA, no seu artigo 18. Este último texto merece ser reproduzido:

"Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem."

Estas manifestações não foram as únicas, pelo contrário, diversas doutrinas consagram a não-intervenção (Monroe, Drago, etc.). Houve mesmo, por meio indireto, repúdio à intervenção, em diversos outros momentos, como nas Conferências Pan-americanas de Washington (1889) e México (1901), em que se afirmou a igualdade entre nacionais e estrangeiros a fim de evitar as intervenções norte-americanas em nome da defesa do seu nacional.¹¹ O Protocolo de Cartagena das Índias (Colômbia), de dezembro de 1975, que reforma a Carta da OEA, proíbe a intervenção, bem como os Estados americanos devem cooperar entre si, independentemente de seus sistemas político, econômico e social.

O princípio de não-intervenção é um corolário dos direitos fundamentais dos Estados, especialmente do direito à soberania e do direito à igualdade jurídica. Deste modo, de maneira indireta o princípio da não-intervenção foi consagrado na Carta da ONU ao se afirmar a igualdade jurídica dos Estados (art. 2º, alínea 1ª), bem como que nos assuntos da jurisdição doméstica dos Estados nem a própria ONU poderá intervir (art. 2º, alínea 7ª).

O Brasil, EUA, Suíça, Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda e Austrália não consideram a intervenção como crime internacional (Lyal S. Sunga).

Alguns autores (Vellas) têm assinalado que o princípio de não-intervenção após a 2ª Guerra Mundial sofreu grandes alterações. A primeira delas é a das chamadas zonas de influência,^{11A} em que é proibida a intervenção de qualquer grande Estado que ameace a "influência monopolística" da grande potência sob cujo controle a zona de influência esteja.

Assim, tem-se verificado a existência de várias zonas de influência: *a)* dos EUA na América (intervenções em Cuba, em 1962, e São Domingos, em 1965); *b)* da URSS na Europa Oriental (intervenção na Hungria em 1956 e na Tcheco-Eslováquia em 1968); *c)* Grã-Bretanha na Commonwealth (intervenção na Malásia de 1964 a 1966); *d)* França na África Francesa (intervenção no Gabão em 1964).^{11b} *e)* China no Sudeste Asiático, onde procura estabelecer uma zona de influência. Estas intervenções são frequentes, e as registradas acima são apenas as militares. Salienta Franck e Weisband que os supergrandes necessitam mudar o seu pensamento a respeito dos denominados movimentos radicais, porque nem todo movimento na América Latina significa a criação de um satélite da URSS.

A segunda das alterações é o neocolonialismo, em que não há uma intervenção militar, mas as antigas colônias ficam em "uma subordinação política ou econômica contrariamente ao princípio de não-intervenção". Esta expressão foi criada pela primeira vez por Jean-Paul Sartre e parece designar especialmente as "formas econômicas de domínio dos fortes sobre os fracos". O neocolonialismo é uma realidade, mas não deixa de ser também um tema para unificar a população após a independência a fim de que se lute contra ele (André Hauriou).

Alguns doutrinadores (Aguilar Navarro) têm observado, com certa razão, que a intervenção pode ser usada para efetuar determinadas correções e cita a junta militar chilena como ilegal perante o DIP, que atualmente apresenta, entre outras características, a de ser democrático e social. Esta tese é válida em um plano do "dever ser" quando a sociedade internacional se apresenta realmente integrada. Entretanto, nos dias de hoje ela traria imensos riscos para os subdesenvolvidos, vez que os Grandes acabariam por considerar os seus governos "ilegais", com a finalidade de estabelecerem o domínio sobre eles.

Na prática, quando os Estados renunciam à intervenção individualmente, eles a substituem por intervenção coletiva. Na verdade é extremamente difícil se definir intervenção, e qualquer relacionamento entre dois Estados acaba sempre por produzir a interferência do mais forte nos assuntos do mais fraco. Talleyrand dizia que a não-intervenção é algo metafísico e que significava quase que o mesmo que intervenção. Na prática é de se repetir a observação de Chomsky e Herman de que os meios oficiais norte-americanos só consideram um assunto como exclusivamente interno de um Estado quando os interesses dos EUA não estão ameaçados para justificar uma intervenção. Virally observa com razão que é impossível se proibir toda forma de intervenção como a realizada sob a forma de pressão.

Philippe Bretton assinala que para se saber se uma intervenção é lícita ou não é necessário analisar as circunstâncias de fato em que ela ocorreu, o seu objeto, meios e fins.

211. É de se assinalar que a intervenção coletiva empreendida sob os auspícios da ONU¹² não possui a ilicitude da intervenção que aqui estamos

tratando. Ela é encarada como uma ação de polícia internacional visando a manutenção da paz e da segurança internacionais. Este tipo de intervenção é feito no interesse da sociedade internacional e não no interesse egoístico de um ou vários Estados. Todavia, a própria Carta da ONU assinala que ela não será feita nos assuntos da jurisdição doméstica dos Estados.¹³

212. A prática internacional consagrou a intervenção com diversos fundamentos, ora para a defesa dos direitos do homem, ora para a defesa do seu nacional, etc. Nenhuma destas razões justifica uma intervenção nos dias de hoje. Sob o ponto de vista jurídico, esta questão tem aspecto quase que meramente histórico.

A intervenção de humanidade foi aquela realizada com a finalidade da defesa dos direitos do homem. A sua validade foi admitida por diversos "clássicos" do DI, como Francisco de Vitória, Hugo Grotius e Borchard. Outros a criticaram, como Rougier, que considerava ter ela também interesses políticos. A sua utilização foi feita, acima de tudo, no século XIX (exemplo: em 1860 a França interveio no Líbano sob o fundamento de que ali se cometiam atrocidades por motivos religiosos). M. Akehurst explica esta prática, afirmando que no século XIX o DI não proibia que os Estados maltratassem os seus súditos, daí surgindo a intervenção humanitária.

No presente século, apesar da grande luta em favor da proteção internacional dos direitos do homem, não é lícita esta intervenção. Os direitos do homem, de um modo geral, não têm ainda uma proteção internacional (com exceção do âmbito do Conselho da Europa, mas também sem admitir a intervenção). Nenhuma organização internacional, seja ela qual for, poderá intervir para a defesa dos direitos do homem. Tais direitos são encarados como tendo a sua aplicação e fiscalização fazendo parte da jurisdição doméstica dos Estados.¹⁴ A própria ONU só poderia intervir se a sua violação acarretasse uma ameaça à paz e à segurança internacionais. O fundamento de uma ação desta natureza seria não propriamente a violação dos direitos do homem, mas da própria paz e segurança internacionais.

Nesta matéria parece-nos que uma nova visão deve ser exposta. É que os direitos do homem estão se internacionalizando. É suficiente lembrar que os Pactos da ONU já entraram em vigor. Por outro lado, o governo Carter dos EUA passa a realizar intervenção diplomática visando a defesa dos direitos do homem. Os direitos do homem passam a ser uma arma ideológica do Oeste contra o bloco comunista. Esta atitude pode servir de pretexto para a prática de abusos. Entretanto, como condenar a intervenção diplomática para a defesa dos direitos do homem se ela tem o apoio da opinião pública do Estado que a sofre? Os direitos do homem constituem uma das mais elevadas finalidades do DIP. É óbvio que o ideal é que qualquer ação para defesa dos direitos do homem partisse de organizações

internacionais, especialmente da ONU, mas ainda não chegamos a esta era, apesar de reconhecermos que tal matéria não pode mais pertencer à jurisdição doméstica dos Estados. Podemos considerar os direitos do homem como sendo matéria costumeira e portanto tendo ocorrido a internacionalização, mas cabe ao Estado que se considera vítima agir pela proteção diplomática, através de organizações internacionais ou, ainda, se for possível, nos tribunais internacionais, mas nunca se admitir a intervenção, ato ilícito, por um Estado.

Alega Christiane Alibert que a intervenção humanitária está na moda: União Sul-africana em Angola (1972), Bélgica e França no Zaire (1964 e 1978), Síria no Líbano (1976), EUA na República Dominicana (1965^{14A}), França na República Centro-africana (1979), etc. Apesar de alguns autores, como Aroneanu, defenderem tal intervenção quando ela for realmente de humanidade, nós a criticamos por ser uma violação da autodeterminação do Estado e servir de pretexto para encobrir interesses próprios que nada têm a ver com os direitos do homem. Por outro lado, quem defende este tipo de intervenção são uns poucos Estados ocidentais que sempre tiveram a oposição dos antigos países socialistas e do terceiro mundo (B. Comforti). Em 1994 a França, autorizada pelo CS, realizou intervenção humanitária em Ruanda para acabar com os assassinatos.

Como diz Mario Bettati a ingerência humanitária pode ser vista como uma aplicação do princípio da subsidiariedade. O princípio de livre acesso às vítimas não tem aspecto colonialista. E ela só ocorre se o estado não consegue resolver sozinho os seus problemas humanitários. Maurice Flory observa que a "diversidade de situações" torna difícil a definição de assistência humanitária. Esta se caracteriza pela neutralidade. Contudo, na prática, muitas vezes os estados usam a sua ação para fins políticos. A neutralidade significa que não pode haver defesa de uma das partes, mas não significa silêncio na defesa dos direitos das vítimas (Thomas G. Weiss e Cindy Collins). A própria imparcialidade é vista por uma das partes como sendo parcialidade. A soberania não pode ter uma função amoral e violar os direitos fundamentais" (Francis Deng). É de se recordar que o CICV só atua se há o consentimento das partes.

A doutrina tem falado em "local" emergenciais (ex.: guerra) e "silent emergencies" (ex.: 13 a 14 milhões de crianças morrem no mundo por ano de pobreza).

Em 1983, Nils Thedin propôs no UNICEF que as crianças fossem tratadas como "conflict free zone". Este conceito foi aplicado pela primeira vez em El Salvador quando em pleno conflito foi realizada a vacinação das crianças durante três meses.

Atualmente se tem utilizado para a assistência humanitária a expressão "emergências complexas" que combina conflitos internos com grandes deslocamentos de pessoas, fome, falência de instituições, etc.

Nem sempre a assistência humanitária é respeitada. Assim, na Libéria, em 1996, os senhores da guerra se apoderaram de caminhões e mercadorias para utilizarem na guerra. Em consequência, várias Ongs deixaram de atuar na região.

Marc Sautet (Um Café para Sócrates, 1998) diz que "ingerir-se é penetrar onde não se tem o direito de entrar". O dever de ingerência não tem qualquer "razão de ser". Ela só é realizada onde a civilização moderna não penetrou". André Conte-Sponville (com Luc Ferry — La Sagesse des Modernes, (1998) afirma que "humanitário não conhece amigos e inimigos, nem culpados e inocentes ele só conhece as vítimas".

213. A licitude da intervenção em guerras civis foi bastante discutida na doutrina. Uns a admitiram quando fosse requerida por uma das partes empenhadas na guerra civil (Phillimore), outros sustentavam a sua validade apenas quando solicitada pelo governo "de jure" (Woolsey).^{14B}

Este tipo de intervenção era o praticado pela Santa Aliança, uma vez que uma das partes a solicitava, isto é, a monarquia contra a qual se havia iniciado a guerra civil. Ora, nos dias de hoje, com a afirmação do direito à independência dos Estados, ela surge como inconcebível. Deste direito fundamental dos Estados decorre, como já vimos, um direito de autodeterminação. A intervenção, neste caso, seria uma violação do direito de autodeterminação, uma vez que o auxílio prestado a qualquer das partes faria com que este direito não se manifestasse. Por outro lado, a intervenção de um acaba por provocar a contra-intervenção de outro, o que aumenta o conflito. Casos relativamente recentes de intervenção em guerra civil, a pedido do governo legal, foram os dos EUA no Vietnã na década de 60 e o da URSS no Afeganistão em 1979.^{14C}

O DI proíbe que um Estado incremente guerra civil em outro Estado. Assim a Convenção de Havana de 1928, sobre deveres e direitos dos Estados, em caso de lutas civis, estabelece uma série de normas que veremos adiante, em que o terceiro Estado deve se abster da participação nela. A mesma orientação é encontrada no protocolo de 1957, adicional a esta convenção, que no art. 5º estabelece: "Cada Estado contratante deve, em áreas sujeitas à sua jurisdição e dentro dos poderes concedidos por sua Constituição, usar todos os meios apropriados para evitar que qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, participe deliberadamente na preparação, organização ou condução de uma empresa militar que tem por finalidade iniciar, promover ou apoiar uma guerra civil em outro Estado contratante, tenha sido o governo deste último reconhecido ou não." Assim são proibidos: a entrega de armas e dinheiro, o envio de equipamentos, o transporte de membros de uma expedição militar, etc.

Autores norte-americanos (Falk) assinalavam que o princípio de não-intervenção em guerra civil beneficiava o bloco comunista. Um dos fatores para isto seria o comunismo ser um "partido revolucionário transnacional, bem como porque o comunismo é intervencionista". O mesmo tem sido dito do capitalismo.

Entretanto, isto não impede a condenação da intervenção, vez que um ilícito não justifica outro.

Quanto à ação da ONU nas guerras civis, v. cap. XXV e Guerras Civis. Na Carta da OEA não existe fundamento para esta intervenção.¹⁵

Acrescentamos que as decisões sobre uma intervenção são tomadas nas altas esferas do governo, em segredo, de modo a que a opinião pública só venha a se manifestar posteriormente à sua realização...

Algumas considerações finais podem ser formuladas sobre esta matéria, que tem nos dias de hoje uma grande importância, tendo em vista que a maioria dos Estados que compõem a sociedade internacional é de subdesenvolvidos e não tem uma unidade nacional. Em consequência, eles são extremamente "permeáveis" à influência e ingerência estrangeiras.

É de se observar que é proibida a intervenção para auxiliar uma parte em luta que tenha violado os princípios fundamentais do DIP. Assim, seria ilícito auxiliar o governo da União Sul-africana.

Por outro lado, as denominadas guerras de libertação nacional (guerra de independência, etc.) têm sido consideradas justas, e a intervenção, apesar dos riscos que ela contém, não deve ser considerada um ilícito.

Não se pode admitir a intervenção a pedido de um governo legal, porque este pode ser um governo títere. Por outro lado, o governo que solicitar auxílio a governo estrangeiro está renunciando à soberania, e para tal ele necessitaria ter o consentimento popular (Charpentier, Bennouna). Por outro lado, vários países, ao perderem o seu império, como a França, impunham às antigas colônias acordos que os autorizavam a intervir para a defesa do governo. É curioso que eles não estabeleciam qual o órgão do Estado que deveria solicitar a intervenção. Assim, em 1964, no Gabão o seu presidente estava prisioneiro e os diplomatas do Gabão solicitaram à França que intervisse, e ela atendeu. Estes acordos começaram a ser revistos a partir de 1972 (Bennouna).

Pode-se ainda acrescentar que o denominado princípio de não concorrência, isto é, não existir a intervenção de mais de um Estado, só se justifica em caso da intervenção da ONU. Este princípio é uma decorrência da divisão do mundo em áreas de influência, como talvez vise também evitar uma guerra de maiores proporções.

214. A intervenção para a defesa do seu nacional encontrou acolhida em inúmeros internacionalistas (Hershey, Oppenheim). Para alguns autores o estado se encontrava em situação de legítima defesa. Este motivo fundamentou uma série de intervenções dos EUA no continente americano (exemplo: Nicarágua, 1909). Ele servia para encobrir, muitas vezes, interesses meramente econômicos.

Este tipo de intervenção é justificado, pelos seus defensores, com base no argumento de que o Estado tem o dever de proteger o seu nacional no estrangeiro e que o Estado onde se encontra o estrangeiro também tem o dever de protegê-lo. Enfim, a intervenção para a defesa do seu

nacional se fundamentaria em um dever do autor da intervenção e na violação de outro dever por parte de quem a sofre.

A existência dos dois deveres acima descritos não pode ser negada; todavia, a intervenção não é o meio legítimo para fazer com que sejam cumpridos. O DI criou dois institutos para que um Estado defenda o seu nacional no estrangeiro sem necessitar do recurso à intervenção: a proteção diplomática e a responsabilidade internacional.

A outra crítica a esta intervenção é que, se ela fosse reconhecida como legítima, só poderia ser exercida pelos Estados mais fortes.

A prática internacional não a tem admitido, e uma prova disto é que as violações cometidas pelos países do bloco soviético do direito dos estrangeiros não acarretaram qualquer intervenção.¹⁶

215. Na América, alguns raros autores têm defendido a legitimidade da intervenção para a defesa da democracia. No século passado a sua legitimidade foi defendida pelo argentino Alberdi Larreta, ao formular a sua doutrina (v. capítulo XVII), sustentou a validade de uma intervenção coletiva neste caso; todavia, a sua concepção foi rejeitada pela maioria dos Estados americanos.

Durante muito tempo pensou-se que a democracia era um "instrumento de garantia da harmonia internacional", mas agora se verificou que "a auto-afirmação e agressividade nacionais podem prosperar precisamente em um terreno democrático" (Karl Mannheim).

Esta forma de intervenção só encontra alguma defesa ainda hoje no nosso continente porque a Carta da OEA fala por duas vezes em democracia representativa (no preâmbulo e no art. 3º, letra d). Na verdade, a Carta da OEA, nos dispositivos acima mencionados, está redigida de forma a não gerar qualquer obrigação para os Estados membros. É a democracia representativa um simples ideal do continente americano. A sua violação não justifica qualquer intervenção. Em 1954, a X Conferência Interamericana da OEA, reunida, em Caracas, afirma que toda atividade comunista no continente americano será considerada uma intervenção nos assuntos internos do continente, o que veio a dar legitimidade ao plano de ação da CIA para a derrubada de J. Arbenz na Guatemala, ainda em 1954. O Protocolo de Cartagena das Índias (Colômbia) de 1975, que reforma a Carta da OEA, coloca ainda entre os Propósitos da OEA "promover e consolidar a democracia representativa", mas acrescenta: respeitando o princípio de não-intervenção.

A interpretação acima se encontra de acordo com a prática do nosso continente, sendo que diversas ditaduras foram ou são membros da OEA (Stroessner no Paraguai, Jiménez na Venezuela, etc.). A própria Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores em Santiago do Chile (1959) condenou as ditaduras, mas também aí se decidiu que não poderia haver medidas coletivas para expulsão de ditadores. Em outra Reunião de

Consulta (Punta del Este, 1962) se decidiu contra o governo cubano, não por ser ele uma ditadura, mas por seu aspecto subversivo. Esta foi a razão alegada.¹⁷

Na verdade, devemos defender que a forma de governo é assunto do domínio reservado dos Estados e que a democracia representativa é um simples ideal. Entretanto, há autores (Oscar Schachter) que com certa razão consideram que quanto mais se desenvolver a projeção internacional dos direitos do homem mais haverá tendência para a existência de um direito de intervenção para a derrubada de um governo ilegítimo.

216. Este fundamento (para a defesa dos bens do seu nacional) para a intervenção foi muito utilizado no século XIX. Todavia, nos dias de hoje ele não possui qualquer razão de ser. O DI prevê para o caso de um Estado violar os direitos de propriedade dos estrangeiros sobre bens no seu território: a responsabilidade internacional.

217. A intervenção por meios econômicos constitui a moderna modalidade de intervenção. Ela é muitas vezes difícil de ser configurada devido ao fato de o DI admitir que o Estado pode fixar livremente as diretrizes da sua política econômica em relação aos demais. Todavia, nos casos em que esta política econômica tem por finalidade obrigar o Estado a uma determinada atitude, ela passa a constituir uma intervenção e deve ser condenada. Esta forma de intervenção teria sido utilizada, segundo alguns, pelos EUA, a fim de que a Argentina rompesse relações com o Eixo durante a 2ª Guerra Mundial, conforme fora resolvido na Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1942, que estipulara este rompimento como uma recomendação para os Estados americanos. Todavia, os EUA alegaram que não havia intervenção. É verdade que o DI não impede a um Estado de auxiliar apenas os seus aliados (no caso foi o Brasil) e negar auxílio aos que não o são.

A ONU poderá aplicar sanções econômicas a um Estado (art. 41) no caso de ameaça e ruptura da paz, bem como de agressão; contudo, neste caso não se configura a intervenção.

No âmbito da OEA, o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (art. 8º) prevê que o Órgão de Consulta poderá adotar medidas de cunho econômico, em caso de agressão ou de ameaça à paz.

Devemos salientar que a assistência bilateral não constitui um ato de intervenção, vez que os Estados que a recebem têm autonomia de vontade. Entretanto, para evitar uma intervenção a assistência aos Estados deveria ser dada por um organismo internacional (Vellas).

Finalmente, a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (1974) estabelece, no art. 32: "Nenhum Estado poderá aplicar medidas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza, nem fomentar a aplicação de tais medidas, com o objetivo de coagir outro Estado para dele obter a subordinação do exercício de seus direitos soberanos ou dele conseguir vantagens de qualquer natureza."

218. A intervenção por meio de agentes diplomáticos não é lícita como as demais, seja quando for uma ingerência nos assuntos internos ou nos assuntos externos. A mediação e os bons ofícios, todavia, não constituem uma intervenção.

A Convenção de Viena sobre relações diplomáticas (1961), no seu art. 41, estatui que os agentes diplomáticos têm "o dever de não se imiscuir nos negócios internos" do Estado junto ao qual estão acreditados. Todavia, mais explícito é um trecho da Convenção sobre funcionários diplomáticos do continente americano (Havana, 1928), cujo art. 12 é do seguinte teor:

"Os funcionários diplomáticos estrangeiros não poderão intervir na política interna ou externa do Estado em que exerçam as suas funções."

219. O reconhecimento ou o não-reconhecimento pode se transformar em uma forma intervencionista. Exemplo típico de intervenção nos assuntos de um Estado (Colômbia) foi o reconhecimento precipitado do Panamá pelos EUA.

O não-reconhecimento do governo visando se imiscuir nos assuntos internos de um Estado é o mais comum. Na América, em diversas oportunidades, se afirmou o não-reconhecimento de governos surgidos de movimentos revolucionários.¹⁸

Esta forma de intervenção deve ser abandonada no tocante aos Estados, uma vez que eles existem independentemente do reconhecimento, bem como tem sido criticada a prática do reconhecimento prematuro. Quanto ao reconhecimento de governo, a América tem rejeitado o controle do modo pelo qual surgem os governos.

A respeito do não-reconhecimento, deve-se assinalar que ele está consagrado no caso da conquista, o que constitui uma verdadeira regra do DI e, por conseguinte, não configura uma intervenção.

220. A denominada intervenção subversiva é uma das modernas formas de intervenção e visa derrubar o governo que se encontra no poder. Ela é difícil de ser caracterizada, vez que grande parte dos países consagram a liberdade de expressão bem como muitas vezes ela é feita por particulares sem responsabilidade dos governos. Geralmente é feita por meio de propaganda e de subvenção a grupos políticos.

Em 1947 a Assembléia Geral em uma resolução condenou a propaganda sediciosa e em 1949 e 1950 solicitou aos Estados que não fomentassem guerra civil em outro Estado.

Existem várias razões que dificultam a regulamentação da propaganda: a) a divisão do mundo em ideologias diferentes; b) devido aos sistemas diferentes de governo, é difícil fixar um critério para se saber por qual propaganda é ele responsável; c) ela atua contra as ditaduras; d) geralmente a sua finalidade é manipular a própria opinião pública do Estado onde

ela é feita: *e*) a aplicação de uma regulamentação pode se tornar arbitrária (Falk).

Esta forma de intervenção deve ser igualmente condenada, vez que viola a autodeterminação dos Estados. A subversão tem sido utilizada por todos os Grandes. Pode-se acrescentar que não tem sido denunciada a subversão realizada em favor da luta contra o colonialismo.

221. A contra-intervenção é aquela destinada a terminar com uma intervenção realizada por um Estado nos assuntos de outro. A história registra a sua prática, como a realizada pelos EUA em relação à França para terminar com a intervenção realizada por este país no México (1861).

A doutrina (Hall) a considera como válida; todavia, não se pode admitir a sua legitimidade, vez que nenhum Estado pode se arrogar individualmente o direito de ser juiz na sociedade internacional para se imiscuir nos assuntos que pertencem exclusivamente ao Estado, vítima da intervenção.

Entretanto, se existe no mundo internacional uma estrutura intervencionista, surge, em consequência, a contra-intervenção (Falk).

A contra-intervenção tomou uma nova forma dentro das organizações internacionais, que é a legítima defesa coletiva. Na Carta da ONU ela está consagrada no art. 51, e no sistema interamericano se encontra estipulada no art. 3º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca do Rio de Janeiro e no art. 28 da Carta da OEA. A identificação da contra-intervenção com a legítima defesa coletiva pode ocorrer, mas não em todos os casos, por exemplo, na assistência militar dada por um Estado a um governo estrangeiro legítimo, a pedido deste. É intervenção mas não é legítima defesa.

221A. O direito de ingerência ou, como já falam outros, dever de ingerência visa dar uma assistência humanitária às vítimas de catástrofes naturais ou de conflitos internos. Esta assistência seria dada por Estados, organizações internacionais ou, ainda, organizações não-governamentais. Pode-se dizer que estas últimas são as mais interessadas e, entre estas, a "Médecins du Monde". Afirma-se que as organizações não-governamentais só agem a pedido das vítimas e atuam junto aos homens e não em relação aos povos. Tais organizações são quase todas de origem ocidental e apresentam uma vocação humanitária. A tese é que a assistência humanitária é um dos direitos do homem, vez que ela contribui aos direitos à vida e à saúde. Regis Debray afirma que a nova religião ou o novo mito é "direitos do homem". Os meios de comunicação são considerados fundamentais para que haja uma solidariedade, bem como para financiar as organizações não-governamentais. François Ewald afirma que com a assistência humanitária se está criando um novo direito: "o direito de escapar à morte". Os "pais" do denominado direito ou dever de ingerência, ou assistência humanitária, são Bernard Kouchmor e Mario Bettati.

Conferências não-governamentais têm defendido este "dever", assim a Resolução sobre o Reconhecimento do Dever de Assistência Humanitária

e do Direito a esta Assistência, adotada pela 1ª Conferência Internacional de Direito e Moral Humanitário, reunida sob a égide de "Médecins du Monde" e da Faculdade de Direito de Paris Sul, em 1987, determina: *a*) considera que a assistência humanitária é essencial para os direitos de respeito à vida e à saúde; *b*) o Homem tem direito à assistência humanitária e assim deve ser reconhecido; *c*) o homem tem o direito de solicitar esta assistência; *d*) o Estado tem que respeitar os direitos das vítimas.

Tem-se lembrado ainda que a assistência humanitária não é intervenção, conforme afirmou a CIJ no caso das atividades militares e paramilitares dos EUA na Nicarágua.

Em 1981, a Jordânia propôs a "nova ordem humanitária internacional" na AG em que uma resolução consagra que se deve aperfeiçoar a proteção humanitária e fala em convênios a serem concluídos por órgãos governamentais, intergovernamentais e não-governamentais.

Em 8/12/88, por iniciativa da França, a AG aprova resolução intitulada "Assistência humanitária às vítimas das catástrofes naturais e situações de urgência da mesma natureza". Ela consagra a atuação das organizações não-governamentais de modo imparcial e neutro e o princípio de acesso às vítimas.

Em 1991, a AG, na Declaração sobre a Nova Ordem Internacional Humanitária, afirma que cabe ao próprio Estado coordenar e colocar em funcionamento o auxílio humanitário que lhe for fornecido, no seu território.

A atitude da ONU não é muito coerente e em 1992 o CS "exigiu" que os organismos humanitários tivessem acesso aos campos de prisioneiros da ex-Iugoslávia.

Bettati considera que ela complementa o direito humanitário, porque atua em casos que não são conflitos armados.

A ação humanitária tem que ser neutra, mas a intervenção, segundo Bettati, desta neutralidade não deve ser muito rígida e as ONG médicas alegam que ela é paralisante, o que acarreta graves consequências. Enfim, a neutralidade não pode levar à inação, vez que a saída de uma organização humanitária de uma região pode levar ao caos (Jean-Christophe Rufin — *L'empire et les nouveaux barbares*, 1991). Outra reivindicação é de que é necessária a criação de "corredores de urgência" em que houvesse um direito de passagem inocente.

A assistência, segundo Bettati, deve ser limitada no tempo, no espaço e no objeto (sanitário), e também por uma deontologia para a distribuição da assistência.

A idéia de ingerência significa que o Estado não é o único a poder socorrer suas vítimas. Este instituto se fundamenta nos direitos humanos, principalmente, no direito à vida.

O Presidente Mitterand declarou, em 1989, que a não-ingerência cessa quando há o risco de não-assistência.

Ela visa uma "eficácia da ação" e surge a velha oposição entre direito e justiça, e acrescenta Pierre Bringuier que as resoluções em que se pretende fundamentar este direito também afirmam a soberania dos Estados e elas apenas têm força recomendatória. Este jurista salienta uma contradição neste direito de assistência: é que ele não pode se fundamentar no direito, vez que então deixaria de ser uma ingerência, o que é proibido para ser um direito que é permitido. A prioridade de socorro cabe ao Estado, e as ações das organizações têm apenas um aspecto subsidiário. Em vez de "direito de ingerência" prefere a expressão "direito de iniciativa".

Em 1990 a AG aprovou resolução consagrando os "corredores de urgência humanitária" por iniciativa da França, permitindo, a título transitório, acesso às vítimas de uma catástrofe natural. Touscoz afirma que as resoluções não consagram o "direito de ingerência" das ONG, mas reconhece que é o início de proteção das ONG. Em 1991 o CS solicitou "corredor de urgência" para socorrer os curdos e para esta missão os EUA enviaram 13.000 homens. Acabaram por serem criados enclaves humanitários. Tais corredores foram também aplicados na Croácia e no Sudão.

Os médicos sem fronteiras surgem na guerra de Biafra em 1968-1969 devido a um apelo do CICV para que os médicos fossem atender aos biafreses. Quando o CICV se retira da região, os médicos se recusam a sair. No conflito do Afeganistão, tais médicos recebem a denominação de "French Doctors".

Os internacionalistas franceses (P.-M. Dupuy) distinguem intervenção de ingerência considerando que aquela é feita por meio da força armada e que no século XIX a intervenção humanitária era denominada de "intervenção de humanidade". A conclusão que podemos apresentar é que o direito de ingerência é extremamente perigoso para os países do 3º Mundo, vez que a defesa dos direitos do homem pode encobrir outros interesses. Acresce ainda que direitos do homem, além de ser uma noção jurídica, também é uma noção eminentemente política.

Concordamos com K. Wellems quando ele afirma que os direitos do homem não pertencem mais à jurisdição doméstica dos Estados, conforme já afirmou a CIJ. Entretanto, é ilícita a intervenção que use da coerção. Observa ainda o internacionalista holandês que os direitos devem ser aplicados no âmbito dos seus próprios tratados e com os mecanismos aí previstos. Entretanto, alguns autores (Adam Roberts) têm salientado que os direitos do homem podem estar intimamente ligados à paz, e a ONU levar a efeito uma ação coercitiva. Não se aplicaria aqui o art. 2º, alínea 7, da Carta da ONU. A nosso ver direitos do homem é matéria de jurisdição doméstica sob controle internacional. Por outro lado, o direito ou dever de ingerência não está codificado em nenhum local. As intervenções ditas humanitárias têm causado inúmeras vítimas, como a dos EUA no Panamá, em 1989. Humanitário é conceito impreciso. Os Estados não devem ter tal direito. A própria ONU via a situação com muita cautela, tendo em

vista a composição do CS, que não representa de fato a sociedade internacional.

Para finalizarmos de modo sucinto este inciso podemos concluir afirmando que concordamos com Hedley Bull, John Vincent e Richard Falk, de que no atual sistema de DI não há o direito de intervenção para a defesa dos direitos do homem. Este fundamento pode ser encontrado no direito natural, mas não no direito positivo.

222. A intervenção é na verdade uma prática política e que não desapareceu por completo da vida internacional. A sua utilização demonstra o predomínio do político sobre o jurídico.

Levando-se em conta existir intervenção por outros meios que não a força armada, podemos observar que a maioria dos Estados que se tornaram independentes nos últimos 25 anos o conseguiram por meio de intervenção (Falk). Por outro lado, salienta este internacionalista norte-americano, "a intervenção deve passar a ser coletiva". Esta é a posição sustentada pelos EUA. Para nós ela deve ser um monopólio da ONU.

Estudamos os principais argumentos que foram invocados em favor da intervenção e seus diferentes tipos para verificarmos que nenhum deles é válido nos dias de hoje. A única "intervenção" válida é a empreendida sob os auspícios da ONU; as demais organizações (OEA) possuem apenas o direito a uma "intervenção econômica e à legítima defesa coletiva". Na verdade, nestes casos não se deve falar em intervenção, mas em ação de polícia internacional, ou, no caso de "intervenção econômica", em sanções econômicas (Tratado Interamericano de Assistência Recíproca).¹⁹

223. A Doutrina de Monroe²⁰ está consubstanciada na mensagem do Presidente James Monroe ao Congresso norte-americano em 2 de dezembro de 1823.²¹ Ela é formada pelo que está contido nos §§ 7º, 48 e 49, desta mensagem.

O § 7º afirma que o continente americano não pode ser objeto de uma colonização futura devido à independência dos Estados que o formam.

Os §§ 48 e 49 afirmam o isolacionismo norte-americano em relação às questões européias, bem como que qualquer intervenção das potências européias na América para aqui instalarem o seu sistema político seria considerada uma ameaça à segurança norte-americana.

a) Princípio de não-colonização

A formulação deste princípio visava evitar penetração russa na América. A Companhia Comercial Russa chegara a expandir as suas atividades até a Califórnia espanhola (1816). Em 1821 (revogado em 1824), um *ukase* (edito imperial) declarava que o czar, como proprietário da costa noroeste da América, excluía, em um raio de cem milhas italianas a serem contadas da costa, os navios de comércio estrangeiros. O domínio russo se estenderia, pelo *ukase*, até o paralelo de 51º de latitude norte. O Secretário de Estado John Quincy Adams, em julho de 1823, comunicou ao Barão Tüyll que os

EUA contestariam o direito da Rússia à região reivindicada e qualquer nova colonização na América. Esta comunicação foi transmitida a Canning, que não concordou com ela, uma vez que a América se encontrava aberta à colonização. Esta é a origem do princípio de não-colonização na Doutrina de Monroe.

Este princípio, segundo Calhoun, que fizera parte do Gabinete de Monroe, significava a proibição de qualquer nova colonização a título originário (ocupação). Não seriam proibidas as aquisições a título derivado e seria respeitado o *status quo*. A "res nullius" do nosso continente ficava reservada aos países americanos.

O princípio de não-colonização evoluiu em três aspectos: 1) as potências européias passaram a não poder adquirir qualquer território nas Américas, mesmo por via convencional. Esta nova formulação foi consagrada nas: a) Doutrina Polk (1845 e 1848),²² que proíbe aquisição de território por país europeu no nosso continente, mesmo que seja por meio convencional. A proibição de transferência de colônias na América é anterior a Monroe. Assim, em 1811 o Congresso norte-americano, ante ameaça de a Inglaterra ocupar a Flórida, declara não aceitar a referida transferência e que em certos casos os próprios EUA ocupariam o território. Entretanto, em 1878, a Suécia vendeu a ilha de Saint-Barthélemy, nas Antilhas, para a França sem que houvesse protesto dos EUA; b) Doutrina Grant (1870)²³ — esta nada mais fez do que tornar a doutrina anterior mais explícita, assinalando que mesmo a pedido da população interessada um Estado europeu não pode anexar território americano; c) Doutrina Olney (20-7-1895) ou Cleveland (17-12-1895)²⁴ — proíbe que um Estado europeu adquira território pelo aumento de uma colônia já existente; 2) os particulares que não forem naturais da América não podem empreender a colonização de qualquer território da América. Esta formulação tem a sua origem na Doutrina Lodge (1912),²⁵ que foi aprovada no Senado norte-americano e proibia as aquisições ou arrendamento de portos por particulares estrangeiros que possam vir a ser considerados como testas-de-ferro dos Estados estrangeiros. Wilson (1913) afirma que a interdição não é apenas referente aos pontos estratégicos, mas a todo o continente; 3) as colônias européias na América passam a ser intransferíveis.²⁶ Neste sentido se manifestaram os EUA e a Convenção de Havana (1940), entre os Estados americanos, que chegou a criar uma "Comissão Interamericana de Administração Territorial" para governar estas colônias, que, entretanto, não foi aplicada.

O princípio de não-colonização da Doutrina de Monroe teve, apesar dos seus exageros, o mérito de evitar que novas partes das Américas fossem submetidas à colonização européia. Todavia, a Inglaterra ocupou as ilhas Falklands ou Malvinas (1833)^{26a} e estendeu os seus domínios nas Honduras Britânicas (1835). Nestes dois casos, os EUA se omitiram, em virtude de

se encontrarem sob a influência da Doutrina Adams (1823 e 1826), que declarava ser a Doutrina de Monroe de aplicação por parte do interessado. Nestes casos, caberia à Argentina e às Honduras aplicá-las.

b) Princípio de não-intervenção

Este princípio foi incluído na Doutrina de Monroe em virtude da ameaça da Santa Aliança, que no Congresso de Verona (1822) decidira intervir na Espanha. Temia-se que houvesse uma tentativa de reconquista das colônias espanholas na América. A idéia de não-intervenção européia na América é encontrada em diversos estadistas norte-americanos anteriores a Monroe, como Jefferson (1808)²⁷ e Madison (1811).²⁸

Canning, diante da decisão do Congresso de Verona (a Inglaterra dele se retirou), propôs ao embaixador norte-americano (Rush) a realização de um tratado em que os dois países afirmassem a impossibilidade de a Espanha recuperar as suas antigas colônias. Esta proposta foi enviada por Monroe a Jefferson e Madison, que se manifestaram a seu favor. Entretanto, o Secretário de Estado Adams era favorável a uma doutrina própria dos EUA, e este ponto de vista predominou. Este episódio fez com que Camilo Barcia Trelles observasse: "A Doutrina de Monroe foi sugerida por Canning, norte-americanizada por Adams e aceita não sem resistência por Monroe." Alguns autores (Whitaker) têm, entretanto, sustentado que o princípio de não-intervenção é de autoria do próprio Monroe.

Rousseau assinala que inicialmente este princípio significava que os Estados europeus: a) não poderiam "estender seu sistema político (a Pentarquia) ao continente americano"; b) não poderiam atentar contra a soberania dos Estados do nosso continente; c) nem poderiam suprimir as nossas liberdades.

Os EUA, perante as intervenções européias, adotaram atitudes conforme os seus interesses de momento: ora protestavam contra elas (intervenção francesa no México), ora silenciavam (intervenção da Inglaterra e França nas Repúblicas do Rio da Prata, em 1845), ora as admitia, considerando que elas eram lícitas (Inglaterra, Itália e Alemanha na Venezuela, em 1902).

Este princípio se transformou, contudo, em uma prática intervencionista dos EUA no nosso continente. Desde 1885 o governo norte-americano começara a receber críticas pela sua política de defesa do continente. Neste mesmo ano John Fiske publicou o seu livro "Manifest Destiny", onde afirma que os EUA deverão espalhar a sua influência por todas as regiões do mundo onde não existia uma civilização adiantada. Josiah Strong escreve que os EUA deverão dominar a América Latina. John Burgess (1890) anuncia que os anglo-saxões deverão "organizar" os povos não civilizados. Em 1890 A. Mahan publica "A influência do poderio naval na História", onde mostra a "vontade de poderio e a sede de prestígio do povo americano" (Pierre Milza). Blaine (1889-1892) defendeu a política de bases

navais para os EUA. Dentro desta orientação os EUA passam a seguir a política do "Destino Manifesto", que seria formulada por Elihu Root perante o Senado (1912), com as seguintes palavras: "Nosso destino manifesto, como controlador dos destinos de toda a América, é um fato inevitável e lógico..."

A expressão "manifest destiny" parece ser devida ao jornalista John Sullivan em 1845 (v. o magnífico trabalho de Orlando Bitar — O Presidente dos Estados Unidos e o controle dos atos internacionais de sua competência, *in* Revista de Ciência Política, vol. 3º, nº 2, 1969, págs. 72 e segs.). Este jornalista escreveu: "o destino do povo americano é de conquistar o continente que a Providência lhe destinou". "A teoria do destino manifesto de que o povo americano foi feito por Deus para criar um novo modelo de sociedade remonta ao século XVII com os puritanos", mas ganhou a sua expressão com O'Sullivan (Denise Artaud).

As intervenções no nosso continente se sucederam: a) intervenções de ordem estratégica, que ficaram restringidas à zona das Caraíbas, onde ou havia a anexação (Porto Rico, Tratado de Paris de 1898), ou era o Estado submetido a um controle (Cuba — Emenda Platt, 1901);²⁹ b) "intervenções de polícia" — é o Presidente Theodore Roosevelt o seu verdadeiro idealizador. É a política do "big stick" (bengalão).^{29A} Na sua mensagem de 6 de dezembro de 1904, afirma que os EUA deverão exercer um poder de polícia internacional, quando um Estado da América Latina se mostra incapaz de proteger os estrangeiros (especialmente os norte-americanos) que se encontram no seu território. Diversas intervenções foram assim justificadas, por exemplo, na Nicarágua (1909, 1912 e 1928). Foi esta a política de Theodore Roosevelt (1901-1909), de Taft (1909-1913) e Coolidge (1923-1929); Esta política será abandonada de modo oficioso em 1930 e oficialmente em 1933; c) "intervenções de ordem financeira" (diplomacia do dólar) — visavam defender os bens de particulares norte-americanos no estrangeiro. Elas acabavam por submeter as vítimas da intervenção a um rígido controle financeiro (exemplo: o Haiti, em 1915,³¹ entregou a administração civil e militar, as finanças, a alfândega, o Banco do Estado ao controle norte-americano). A diplomacia do dólar ocorreu nas administrações de Theodore Roosevelt, William Taft e Woodrow Wilson. Ela criou verdadeiros "protetorados financeiros" (Plano de Olton). A expressão "diplomacia do dólar" é uma criação do Secretário Knox no governo Taft. É de se lembrar que na década de 30 F. Roosevelt inaugura a "política da boa vizinhança" em relação à América Latina.^{29B}

A última formulação desta prática intervencionista é a denominada Doutrina Johnson, formulada por este presidente em um discurso proferido na Universidade de Baylor (1965), onde afirmou que a distinção entre guerra civil e guerra internacional perdeu a sua validade; que deveria haver intervenção da OEA nos casos de ameaça do comunismo na América. Em 1965 os EUA fizeram uma intervenção na República Dominicana com o

fundamento de ali defender e evacuar os estrangeiros, evitar o comunismo e o derramamento de sangue. A Doutrina Johnson nada mais é do que uma justificativa deste ato. Tal doutrina fala em OEA, mas na verdade a OEA só chegou à República Dominicana para ratificar a atitude norte-americana. Foi, infelizmente, a volta do bengalão e do destino manifesto, apenas encobertos pela OEA.

E mais a não distinção de guerra civil e guerra internacional é perigosa porque pode internacionalizar certos conflitos. Por outro lado, a OEA não tem poderes para realizar tais intervenções.

c) Princípio isolacionista

Edmundo Walsh assinala que o isolamento na vida política norte-americana surgiu pela primeira vez em uma decisão do Congresso em 1783. Em 1794 uma lei deu à neutralidade americana um estatuto legal. Em 1796, George Washington, no seu discurso de despedida (Farewell Address), aconselha um isolacionismo norte-americano. A mesma idéia é encontrada em um discurso de Jefferson (1801). Nova legislação sobre a neutralidade foi elaborada em 1818. É de se recordar que, em 1776, Thomas Paine escrevia que os EUA não deviam se imiscuir nos assuntos europeus.

Este princípio inserido na Doutrina de Monroe se encontra na tradição do pensamento americano, mas ele possuía uma razão material para ser consagrado: militar e economicamente os EUA ainda não tinham forças para competir com os Estados europeus.

Segundo este princípio, os EUA não interfeririam nos assuntos europeus.

O isolacionismo norte-americano desde meados do século XIX deixou de ser respeitado: em 1849 os EUA mandaram um observador à revolução húngara, o que provocou protesto da Áustria; em 1898 (Tratado de Paris, que pôs fim à guerra com a Espanha) adquiriram as Filipinas e a ilha de Guã, na Ásia; em 1898 submeteram o Havaí; em 1899, em uma nota de Hay, defenderam a política de porta aberta que visava a penetração comercial dos EUA na China; em 1900 participaram da repressão aos boxers; em 1895 e 1902 enviam navios à Turquia,³⁰ em 1885 participaram da Conferência Africana de Berlim; em 1906, da de Algeciras; em 1899 e 1907, das Conferências de Haia. Participaram da 1ª Guerra Mundial e do soerguimento da Alemanha. Participaram da 2ª Guerra Mundial e elaboraram o Plano Marshall de auxílio à Europa.

A última formulação do isolacionismo, ou seja, o seu abandono, foi feito pelo presidente Truman (Doutrina Truman), em 1947, que afirmou perante o Congresso que defender os povos livres é defender a segurança americana.^{30A}

Em 1957 foi formulada a Doutrina Eisenhower, consistindo em que o presidente dos EUA podia tomar medidas militares para defender o Oriente Médio.

Na verdade, os EUA jamais praticaram o isolacionismo total, o próprio discurso de Washington condenava as alianças permanentes, mas admitia alianças temporárias em circunstâncias extraordinárias (R. Tucker). Arthur Schlesinger Jr. observa que os EUA nunca foram isolacionistas em comércio e cultura e que ele apenas se isola em relação a alianças e lutas externas.

d) Valor da Doutrina de Monroe

Esta concepção tem um valor meramente político. Os EUA sempre se opuseram a que ela se transformasse em um princípio jurídico. Esta oposição se manifestou na Conferência Pan-americana de Santiago do Chile, quando os latino-americanos tentaram englobá-la em uma declaração continental, não o conseguindo graças à citada oposição.

Existe mesmo uma grande dificuldade em se saber qual é a Doutrina de Monroe: os EUA a defendem na sua última formulação e os latino-americanos na sua formulação inicial.

A interpretação de que ela é um princípio político e portanto variável, conforme a vontade norte-americana, é a que tem predominado. As Cartas da ONU e da OEA não se referem a ela.³¹ Finalmente, é de se lembrar que no caso da quarentena de Cuba, em 1962, os EUA ainda invocaram para defender a sua política a Doutrina de Monroe.

e) Conclusão

A conclusão que podemos apresentar é que a Doutrina de Monroe permitiu aos Estados americanos a consolidação de sua independência.³² Por outro lado, como salientou Hans J. Morgenthau, que ela, ao excluir os Estados europeus da América, "é a mais ampla proclamação de uma esfera de influência nos tempos modernos".

Todavia, de uma doutrina não-intervencionista ela acabou por se transformar em bandeira intervencionista dos EUA, que não respeitavam a soberania dos Estados deste continente. Este país se erigiu em tutor das Américas sem possuir qualquer título jurídico para isto e sem qualquer controle internacional. Diante deste fato é que os latino-americanos encaram esta doutrina com profunda desconfiança. R. J. Vincent observa com razão que a Doutrina de Monroe era não-intervencionista quando consagra o isolacionismo, mas quando ela falava em não-intervenção da Europa na América ela era intervencionista, vez que os EUA não tinham título jurídico para proceder deste modo. Everett Kane assinala que a palavra que caracteriza as relações entre EUA e América Latina é "intervenção" e que de 1898 a 1933 poucos membros do corpo de fuzileiros navais não

visitaram a América Latina como membro de uma força expedicionária. Para Carlos Pereyra, entre 1900 e 1933, os EUA fizeram mais de 40 intervenções armadas no continente.

Salienta Connell-Smith que "a Doutrina de Monroe forneceu a base ideológica do sistema interamericano e ainda foi um maior obstáculo ao seu desenvolvimento efetivo".

Salienta Wolf Grabendorff que a Doutrina de Monroe chegou ao fim e daí o envolvimento da Alemanha na América Central. Tem sido assinalado que não há mais comunhão de interesses da América Latina com os EUA.

Infelizmente, com o governo Reagan voltam os EUA a realizar intervenção no nosso continente. Assim, em 1983 os EUA auxiliam o governo de El Salvador contra os revoltosos, dão auxílio aos revoltosos que lutam contra o governo sandinista na Nicarágua e desembarcam tropas em Granada. Nesta última intervenção armada também forneceram um pequeno contingente de tropas: Antigua, Dominica, Sta. Lucia, Barbados, San Vicente e Jamaica. O pretexto utilizado pelos EUA, falso como sempre, foi a proteção do seu nacional (cerca de 1.000 pessoas) e ainda a solicitação da OECO (Organização Econômica do Caribe Oriental: Antigua, Dominica, Montserrat, St. Kitts-Nevis, Santa Lucia, Granada e Granadinas). Entretanto, a invasão foi defendida, acima de tudo, por Jamaica e Barbados, que não integram esta organização, e ainda forneceram tropas. O governo de Granada havia assegurado a integridade dos norte-americanos e permitido que dois diplomatas americanos fossem vê-los, e só 30 desejaram ser repatriados. Os demais se sentiam em segurança. Por outro lado, a OECO só atua em caso de agressão externa se as suas decisões são tomadas por unanimidade. Não foram convidados para a reunião em que se decidiu a invasão: St. Kitts-Nevis, Montserrat e Granada. Pode-se acrescentar que os EUA não fazem parte da OECO (*Veja* — 2/11/83). Por outro lado, Granada pertence à Commonwealth e o seu governo era reconhecido pela Grã-Bretanha. Se a intervenção chocou profundamente a América Latina, ela serviu também para mostrar o papel subalterno da Grã-Bretanha em relação aos EUA, ao aceitar a invasão de um membro da Commonwealth sem qualquer protesto ou medida de defesa em favor de Granada.

A prática intervencionista norte-americana continuou com a intervenção realizada no Panamá, em 1989, com os seguintes fundamentos: a) defender a integridade do tratado que rege o Canal do Panamá; b) prender o presidente Noriega, por ser acusado de participar do tráfico de drogas; c) defender cidadãos norte-americanos; d) restaurar a democracia; e) legítima defesa. O Canal do Panamá foi fechado pela primeira vez na História. Ele passará para o controle do Panamá em 1999. A OEA condenou a intervenção dos EUA por vinte votos a um.

224. A tese Drago-Porter³³ tem a sua origem no bloqueio da Venezuela, onde foram bombardeados La Guaira, Maracaibo e Porto Cabello, em

1902, por uma esquadra de navios da Itália, Alemanha e Inglaterra. O fundamento deste ato dos países europeus era que a Venezuela não efetuava o pagamento de indenizações a italianos, alemães e ingleses, que tinham sofrido danos com os movimentos revolucionários no país sul-americano, bem como não pagava as amortizações e juros dos empréstimos contraídos para a construção de estradas de ferro e outras obras públicas.

Esta intervenção europeia fez com que Luis María Drago, ministro das Relações Exteriores e Culto da Argentina, enviasse, através do seu embaixador em Washington, uma nota ao Departamento de Estado dos EUA, em que sustentava a não-intervenção nos casos de cobrança das dívidas públicas pelas seguintes razões: a) ela violaria a soberania e igualdade dos Estados; b) ela era contrária à Doutrina de Monroe, uma vez que tais intervenções poderiam resultar em aquisições territoriais por parte dos países europeus para que a cobrança fosse efetiva; c) que os credores sabem que tratam com uma entidade soberana.³⁴

Esta doutrina foi apoiada em 1905 pelo presidente Theodore Roosevelt.

Em 1906 ela foi trazida à discussão na Conferência Pan-americana realizada no Rio de Janeiro; todavia, como o assunto era de interesse não apenas dos Estados americanos, mas também dos europeus, resolveu-se adiar a sua discussão para a 2ª Conferência de Haia (1907).

Na Conferência de Haia³⁵ a Doutrina Drago foi aprovada com o apoio dos EUA, cuja delegação tinha a chefia do general Horace Porter, que nela introduziu alterações. Luis María Drago esteve presente nesta conferência.

A Convenção, conhecida pelo nome dos seus autores, Drago-Porter, estipulou: a) a proibição do uso da força para a cobrança de dívidas contratuais "reclamadas ao governo de um país pelo governo de outro país, como devidas a seus nacionais";³⁶ b) a intervenção só se justificaria nos seguintes casos: 1 — quando o Estado recusasse submeter o litígio à arbitragem; 2 — o não cumprimento da decisão arbitral.³⁷

Esta convenção é uma conciliação entre a prática intervencionista europeia e norte-americana com o não-intervencionismo latino-americano.³⁸

Para Gonzalo Biggs (A Crise da Dívida Latino-Americana e alguns precedentes históricos, 1987) a Doutrina Drago defendia uma imunidade absoluta do Estado, que só poderia ser demandado judicialmente com o seu consentimento, porque, em caso contrário, seria colocada em risco a existência do Estado.

A Convenção Drago-Porter está atualmente sem valor, vez que ela consagra a intervenção e a Carta da ONU proíbe o uso da força armada por parte dos Estados, e a própria ONU só age no interesse da paz.

225. A teoria soviética de intervenção foi formulada, logo após a invasão da Tcheco-Eslováquia³⁹ por tropas do Pacto de Varsóvia em 1968, por

Kovalev, que escreveu: "cada Partido Comunista é responsável não somente por seu próprio povo, mas também por cada país socialista e, ainda, pelo movimento socialista como um todo... Nenhuma decisão adotada por povos de países socialistas deveria prejudicar, quer o socialismo em seu próprio país, quer os interesses fundamentais dos outros países socialistas...". Pouco depois no mesmo ano Leonid Brezhnev, secretário-geral do Partido Comunista da URSS, afirmou: "Não há dúvida de que os povos das nações socialistas e os partidos comunistas têm e devem ter liberdade para determinar o ritmo do desenvolvimento de seus próprios países. Contudo, nenhuma de suas decisões pode prejudicar o socialismo em seus próprios países nem os interesses fundamentais dos demais países socialistas ou o movimento operário internacional que desenvolve ampla luta pelo socialismo. Isso significa que cada partido comunista é responsável não apenas perante o seu próprio povo, como também perante todos os países socialistas e perante o movimento comunista como um todo." Em consequência, teria sido então fornecida "assistência militar à Tcheco-Eslováquia".

Como se pode observar por esta teoria, os últimos vestígios da soberania estatal desaparecem em favor dos interesses do comunismo. Na verdade, esta doutrina nada mais é do que uma defesa dos interesses da URSS. Bretton e Chaudet salientam com toda razão a semelhança entre a Doutrina Brezhnev e a Doutrina Johnson, no sentido de que ambas visam limitar a soberania dos Estados, uma em nome da defesa do socialismo e outra em nome da luta do anticomunismo.

Em 1989 a doutrina Brezhnev foi substituída pela doutrina Sinatra ("I did it my way"), isto é, "eu agi da minha maneira", o que deu liberdade aos Estados satélites. A denominação de doutrina Sinatra vem de uma entrevista de Guennadi Guerassimov, porta-voz de Gorbachev, na cadeia de tevê norte-americana ABC, em novembro de 1989. A frase cantada por Sinatra está na canção "My Way", de Revaux, François e Anka.

NOTAS

1. Ann Vann Wynen Thomas-A. J. Thomas Jr. — La non Intervention, 1959; Isidro Fabela — Intervención, 1959; Pitman B. Potter — L'intervention en droit international moderne, in *RdC*, 1930, vol. II, t. 32, págs. 611 e segs.; Arrigo Cavaglieri — L'Intervento nella sua definizione jurídica, 1913; Jean Tanoviccano — De l'Intervention, 1884; Antonio Valverde — La intervención, 1902; Augusto Barcia — La política de non intervención, 1942; Pierre Trollet — Essai sur l'Intervention en Droit International Public, 1940; Karl Strupp — L'Intervention en matière financière, in *RdC*, 1925, vol. III, t. 8, págs. 5 e segs.; E. S. Fawcett — Intervention in International Law, in *RdC*, 1961, vol. II, t. 103, págs. 344 e segs.; Ellery C. Stowell — La Théorie et la pratique de l'intervention, in *RdC*, 1932, vol. II, t. 40, págs. 91 e segs.; Richard A. Falk — Legal Order in a Violent World, 1968; James N. Rosenau — The Scientific Study of Foreign Policy, 1971, págs. 275 e segs.; Yves Pimont — La subversion dans les relations internationales contemporaines, in *RGDIP*, Juillet-Septembre, 1972, n° 3, págs. 768 e segs.; Adrian Gulke — Force, Intervention and Internal Conflict, in *The Use of Force in International Relations*, edited by Northedge, 1974, págs. 99 e segs.; Jack D. Ruebensad — Substitutes for Force: The Example of Subversion, in *The Use of Force in International Relations*, edited by F. S. Northedge, 1974, págs. 124 e segs.; John Norton Moore — Toward an Applied theory for the Regulation of Intervention; Derek W. Bowett — The Inter relation of Theories of Intervention and Self-Defense; Oran R. Young — Systemic Bases of Intervention; James N. Rosenau — Foreign Intervention as Adaptive Behavior; Ian Brownlie — Humanitarian Intervention; Richard B. Lillich — Humanitarian Intervention: A Reply to Dr. Brownlie and a Plea for Constructive Alternative; Jerome Alan Cohen — China and Intervention: Theory and Practice; William E. Butler — Soviet Attitudes Toward Intervention. Todos os trabalhos citados sem indicação de data são da obra: *Law and Civil War in The Modern World*, organizada por John Norton Moore, 1974; Noam Chomsky e E. S. Herman-Bains de Sang, 1975; R. J. Vincent — Non intervention and International Order, 1974; Mohamed Bennouna — Le Consentement a l'Ingérence Militaire dans les Conflits Internes, 1974; A. Fatouros e outros — Covert Intervention and international Law, in *American Society of International Law — Proceeding of the 69th Annual Meeting*, April 24-36, 1975, págs. 192 e segs.; Thomas M. Francé e Edward Weisband — Regional Interventionism by Super Powers: A Study of Words And Acts as Inchoate Law-Making, in *Essays on International Law in Honour of K. Krishna Rao*, edited by M. K. Nawaz, 1976, págs. 241 e segs.; N. A. Ouchakov — La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit international contemporain, in *RdC*, 1974, vol. I, t. 141, págs. 1 e segs.; G. Arangio Ruiz — Human Rights and Non-Intervention in the Helsinki Final act, in *RdC*, 1977, vol. IV, t. 157, págs. 195 e segs.; Ian Brownlie — International Law and the use of Force by States, 1963, págs. 338 e segs.; William Everett Kane — Civil Strife in Latin America: A Legal History of U.S. Involvement, 1972; sobre a intervenção em Granada v. artigos de Chrystopher C. Joyner, John Norton Moore, Detlev F. Vagts, Francis A. Boyle e outros, in *AJIL*, January 1984, vol. 78, n° 1, págs. 131 e segs.; Christiane Alibert — Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945, 1983; Jane Tereza de Oliveira — O Princípio de Não-intervenção no Sistema das Relações Interamericanas, 1986 (mimeo.); Não intervenção, autodetermina-

ção y democracia en America Latina, coordenador Pablo Gonzalez Casanova, 1983; Lori Lislser — Damarosch — Politics across Borders: Non-intervention and Non-forcible Influence over Domestic Affairs, in *AJIL*, vol. 83, n° 1, January, 1989, págs. 1 e segs.; Intervention in World Politics, coordenador Hedley Bull, 1986; Ved P. Nanda — The Validity of United States Intervention in Panama under International Law, in *AJIL*, April 1990, vol. 84, n° 2, págs. 494 e segs.; Tom J. Farer — Panamá: Beyond the Charter Paradigm, in *AJIL*, april 1990, vol. 84, n° 2, págs. 503 e segs.; Anthony D'Amato — The Invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny, in *AJIL*, april 1990, vol. 84, n° 2, págs. 516 e segs.; Jacques Noel — Le principe de non-intervention: théorie et pratique dans les relations inter-américaines, 1981; Oscar Schachter — Is there a Right to Overthrow an Illegitimate Regime?, in *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Developpement*, Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 423 e segs.; Joe Verhoeven — Non-Intervention: "Affaires Intérieures" ou "Vie Privée"?, in *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Developpement*, Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 493 e segs.; Ernesto J. Rey Caro — El principio de no intervención en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, 1991 (separata); Mario Bettati e Bernard Kouchner — Le Devoir d'Ingérence, 1987; Mario Bettati — Souveraineté et Assistance Humanitaire, in *Mélanges René-Jean Dupuy*, 1991, págs. 35 e segs.; Pierre Bringuier — A Propos de l'Ingérence Humanitaire, in *Perspective du Droit International et Européen*, Mélanges Gilbert Apollis, 1992, págs. 21 e segs.; James P. Rowles — U.S. Covert Operations Against Nicaragua and their Legality under Conventional and Customary International Law, in *The University of Miami Inter-American Review*, 1986, vol. 17, n° 3, págs. 407 e segs.; James P. Rowles — "Secret Wars", Self-Defense and the Charter. A Reply to Professor Moore, in *The American Journal of International Law*, vol. 80, n° 3, July 1986, págs. 568 e sep.; James P. Rowles — Nicaragua versus The United States: Issues of Law and Policy, in *The International Lawyer*, vol. 20, n° 4, 1986, págs. 1.245 e segs.; Mutations Internationales et Évolution des Normes, coordenado por Cao-Huy Thuan e Alain Ferret, 1994; Patricia Buireette — Droit/Devoir d'Ingérence, in *Nouvel Ordre Mondial et Droits de L'Homme. La guerre du Golfe*, coordenador: Paul Tavernier, 1993; Cynthia Weber — Simulating Sovereignty, Intervention, the State and Symbolic Exchange, 1995; Albert Brunois *et alii* — Souveraineté de L'état et interventions internationales, 1996; Charles Zorgbibe — Le Droit d'Ingérence, 1994; Arthur Schlesinger Jr. — Back to the Womb?, in *Foreign Affairs*, July-August 1995, págs. 2 e segs.; Jean-Christophe Rufin — L'aventure humanitaire, 1994; Mario Bettati — Action humanitaire d'État et diplomatie, in *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique*, Mélanges Marcel Merle, 1993, págs. 249 e segs.; Alain Pellet — Droit d'ingérence ou devoir d'assistance humanitaire, 1995; Aide Humanitaire Internationale: Un Consensus Conflicted. Coordenador: Marie-José Domestici — Met, 1996; ANNTONIO Remiro Brotons — No Intervencion versus Ingerencia Humanitaria y Principio Democratico. "in" *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1996-1997, vol. VII, págs. 105 e segs.; Thomas G. Weiss e Cindy Collins — Humanitarian Challenges and Intervention, 1996; Adans Roberts — Humanitarian Action in War, 1996; Emmanuel Spiry — Interventions humanitaires et intervention d'humanité; la pratique française face au droit international; "in" *RGDIP*, T. 102/ 1998/2, págs. 407 e segs.; Georges Abi-Saab — Some Thoughts on de Principle of Non-Intervention. "in" *International*

Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy, coordenado por Karel Wellens. 1998, págs. 225 e segs. Francisco-Sánchez — Apellaniz — La Intervención en el Sistema Interestatal anterior a Las Naciones Unidas. "in" Hacia un Nuevo Orden Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco. 1993, págs. 639 e segs.

2. A própria prática das intervenções remonta à Antiguidade, e tem sido repetida até os dias de hoje.

3. Thomas e Thomas falam em "soberano e independente"; todavia fizemos pequena alteração, porque temos nos utilizado das duas palavras como sinônimas.

4. Mônaco observa com razão que a intervenção armada é "conceitualmente muito vizinha da verdadeira e própria guerra". Todavia, devemos salientar que tal intervenção não faz surgir o direito de guerra, por exemplo, no tocante à neutralidade.

5. John B. Whitton — Propaganda and International Law, *in* RdC, 1948, vol. I, t. 72, págs. 545 e segs.

6. Este foi um defensor da Santa Aliança e sua política intervencionista.

7. A intervenção nos assuntos de outro Estado foi consagrada no Protocolo de Troppau (Rússia e Áustria), em 1820, que visava a manutenção do *status quo* europeu. A Santa Aliança interviria para suprimir as revoluções liberais. Anteriormente a Revolução Francesa consagrara o princípio da intervenção em favor da liberdade dos povos.

8. Alguns autores norte-americanos (von Glahn) têm-se referido à chamada "abatement Theory" em que "a justificação da intervenção é abater (*abatement*) um incômodo internacional intolerável". Ela ocorreria quando um Estado vizinho se encontra em anarquia, e a intervenção visa restaurar a ordem. Este argumento teria sido utilizado pelos EUA em 1898 (intervenção em Cuba) e pelo Japão em 1932 (conquista da Manchúria).

8A. Para Hedley Bull o primeiro autor a propor de modo claro a regra de não-intervenção foi Christian Wolff, que condenava a intervenção inclusive em caso humanitário.

9. A primeira tentativa para a adoção deste princípio foi feita no Congresso do Panamá (1826).

10. Foi a primeira vez que os EUA "aderiram" ao princípio de não-intervenção. Este princípio deu por sua vez origem ao da segurança coletiva do hemisfério, que a nosso ver deu uma "tutela" aos EUA sobre o continente americano.

11. É de se salientar que o princípio de não-intervenção foi também definido por doutrinadores asiáticos como o Prof. Tachi, do Japão. Este, porém, após a 1ª Guerra Mundial, reivindicou para si os mesmos direitos na Ásia que os EUA tinham no continente americano.

11A. A noção de "esferas de influência" já é encontrada no tratado anglo-alemão de 1886 a respeito de Zanzibar (Jean-Louis Miége — Expansion Européenne et Décolonisation, 1973, pág. 181). Uma manifestação da idéia de zona de influência é denominada Doutrina Sonnenfeldt, elaborada por Helmut Sonnenfeldt, conselheiro de H. Kissinger, em 1975, sobre as relações entre EUA e URSS. Ela parte da idéia que uma "unidade orgânica" entre a URSS e a Europa Oriental contribuiria para a paz. Assim os EUA deveriam "favorecer as relações entre a Europa Oriental e a URSS". Esta doutrina foi abandonada pela administração Carter em fevereiro de 1977.

11B. As intervenções francesas no Camerum, Congo-Brazzaville, Gabão e Maurítania entre 1960 e 1964 visavam dar estabilidade aos governos que estavam no poder (Dominique Moisi).

12. A OEA se arrogou também este direito no caso da República Dominicana, que estudaremos no capítulo referente a esta organização.

13. Sobre a interpretação do art. 2º, alínea 7ª, ver capítulo sobre a ONU.

14. Esta interpretação parece encontrar forte apoio na prática internacional, uma vez que os Estados nem protestam pela violação dos direitos do homem. A AG, entretanto, tem condenado o "apartheid" na União Sul-africana.

14A. No caso da República Dominicana, também foi invocada a proteção do nacional. Escreve Zorgbibe que a intervenção de 30.000 homens dotados de blindados é desproporcional, para proteger 8.000 estrangeiros, e quando todas as facções militares do país tinham 25.000 homens.

14B. Salienta Bennouna que no DI Clássico o que justificava realmente a intervenção não era o consentimento das partes, mas o direito de autoproteção de quem realizava a intervenção.

14C. Vários motivos foram levantados para explicar a ação da URSS no Afeganistão: a) receio do fundamentalismo islâmico; b) procura de nova saída para o Oceano Índico; c) a razão preponderante parece ter sido evitar um golpe contra-revolucionário que eliminaria um dos protegidos da URSS (Ph. Bretton).

15. Todavia, é de se acrescentar que recentemente a OEA interveio na guerra civil dominicana (sobre o assunto: capítulo OEA).

16. Entretanto, a recente intervenção norte-americana na República Dominicana teve por fundamento a defesa do seu nacional.

17. Na Conferência de Caracas (1954) uma resolução considerou que a dominação de um Estado pelo comunismo ameaça a paz no continente americano.

18. Sobre este assunto: capítulo XVII.

19. É de se repetir, a título de conclusão, a observação de Percy H. Winfield de que "intervenção tem uma embaraçosa imprecisão de sentido". Ou ainda, como diz Rosenau: "o estudo da intervenção é o estudo do não convencional na política internacional...".

20. Linneu de Albuquerque Mello — As doutrinas Americanas de Monroe, Drago, Tobar e Estrada, *in* Revista Jurídica, vol. 9, 1946-1948, págs. 241 e segs., Gilbert Chinard — Les Origines Historiques de la Doctrine de l'Isolation aux États Unis, *in* RdC, 1937, vol. I, t. 59, págs. 229 e segs.; Camilo Barcia Trelles — Doctrina de Monroe y Cooperación Internacional, 1931; idem — La doctrine de Monroe dans son développement historique, *in* RdC, 1930, vol. II, t. 32, págs. 397 e segs.; T. B. Edington — The Monroe Doctrine, 1905; Hector Pétin — Les États-Unis et La Doctrine de Monroe, 1900; Louis Guilaîne — L'Amérique Latine et l'Impérialisme Américain, 1928; De Barral-Montferrat — De Monroe à Roosevelt (1823-1905); Eduardo Prado — A Ilusão Americana, 1933; Carlos Pereyra — El Mito de Monroe, 1959; Samuel Flagg Bemis — A Diplomatic History of The United States, 1955, especialmente págs. 202 e segs.; Pierre Renouvin — Le XIX^e Siècle, vol. II, 1955, págs. 42 e segs., *in* Histoire des Relations Internationales (t. VI); Edmund-A. Walsh — L'évolution de la diplomatie aux États-Unis, *in* RdC, t. 69, 1959, vol. III, págs. 153 e segs.; Simon Planas-Suárez — L'extension de la Doctrine de Monroe en Amérique du Sud, *in* RdC, 1924, vol. IV, t. 5, págs. 271 e segs.;

Gordon Conell-Smith — *The Inter-American System*, 1966; Arthur P. Whitaker — *Os Estados Unidos e a Independência da América Latina*, 1966; Pierre Queuille — *L'Amérique Latine — La Doctrine de Monroe et le Panaméricanisme*, 1969, págs. 129 e segs.; Pierre Milza — *Les Relations Internationales de 1871 à 1914*, 1968; Ph. Bretton e J.-P. Chaudet — *La Coexistence Pacifique*, 1971, págs. 242 e segs. e 296 e segs.; Robert W. Tucker — *De l'isolationnisme américain*, 1973; D. S. Constantopoulos — *The Significance of The Truman Doctrine for Greece and The Free World*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1972, n.ºs 1-4, págs. 234 e segs.; Frederick Merck — *La Doctrina Monroe y el Expansionismo Norteamericano*, 1968; John Lewis Gaddis — *The Cold War — Was the Truman Doctrine a Real Turning Point?*, in *Foreign Affairs*, January, 1974, vol. 52, n.º 2, págs. 386 e segs.; Luis García Arias — *Origen y significación de la doctrina de Monroe*, in Luis García Arias — *Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes*, vol. I, 1971, págs. 49 e segs.; Ernest J. Rey Caro — *A 150 Años del Mensaje de Monroe*, 1975; Denise Artand — *Les États-Unis et leurs arrière-cour*, 1995.

21. É interessante observar que alguns doutrinadores dão à Doutrina de Monroe uma origem latino-americana. Assim, Yepes considera que Monroe foi largamente influenciado pelo Ministro da Colômbia em Washington, Manuel Torres, que lhe teria sugerido a célebre doutrina (v. Arthur P. Whitaker).

22. Em 1845, a origem da sua formulação estava no desejo que tinham os diplomatas ingleses e franceses de que seus Estados incorporassem a Califórnia. Em 1848 a sua finalidade foi afastar a Inglaterra e a Espanha da Província de Yucatan. Nesta ocorrência uma revolta, e as suas autoridades a haviam oferecido ao mesmo tempo aos EUA. Inglaterra e Espanha. Ainda em 1845 James Polk restringiu a aplicação da doutrina de Monroe ao continente norte-americano.

23. Ela foi dirigida a S. Domingos, que pretendia fazer concessões na Baía de Samana a Estados europeus. Em 1861 a República Dominicana foi incorporada à Espanha por atos de seu Presidente, e os EUA apenas protestaram. Em 1865, após uma luta, a República Dominicana volta a ser independente. Em 1866, os EUA impediriam que a República Dominicana voltasse à Espanha, como era desejo da sua população. Outras razões motivavam ainda Grant, como a compra das Índias Ocidentais dinamarquesas, sobre o que fora concluído com tratado em 1867 e que o Senado não ratificara.

24. Ela foi dirigida à Inglaterra, que aumentara a Guiana Inglesa às expensas da Venezuela.

25. Ela foi feita em virtude de o Japão tentar obter concessões na Baía de Madalena (México) através de particulares.

26. Esta última formulação surgiu quando a França foi ocupada durante a 2ª Guerra Mundial e se temia que a Alemanha viesse a dominar as suas colônias.

26A. Em 1831, incidentes criados com navios dos EUA levaram a uma intervenção nas Malvinas. Em 1833, os EUA entregaram as ilhas à Grã-Bretanha por pressão desta (Helio Jaguaribe — *Novo Cenário Internacional*, 1986).

27. Temendo uma ocupação de Cuba ou México pela França ou Inglaterra.

28. Diante do receio de a Flórida vir a ser ocupada pela Inglaterra.

29. Esta emenda permitia aos EUA intervir em Cuba para defenderem a sua independência, as liberdades individuais e a existência de um "governo adequado". Esta emenda foi inserida na Constituição de Cuba e também autorizava a inter-

venção dos EUA sempre que as vidas e bens dos norte-americanos estivessem ameaçados.

29A. Roosevelt repetia um provérbio africano: "Falem suavemente e levem consigo um grosso bastão" (Pierre Milza).

29B. É de se repetir uma observação de Celso Furtado (Os ares do mundo, 1991): "a doutrina da não-intervenção nos assuntos internos dos demais países do Hemisfério, formalizada no governo de F. D. Roosevelt, não fora assimilada em nenhum segmento da população norte-americana. Ora, a partir do momento em que um povo se investe do direito de intervir nos assuntos internos de outro, tudo passa a depender do arbítrio e dos critérios do mais forte. Essa tela de fundo é habilmente disfarçada, construindo-se para encobri-la uma retórica de conteúdo moralista. A intervenção nunca seria inspirada pelo propósito de 'fazer mal' a este ou àquele povo".

30. A primeira vez porque missionários americanos tinham sofrido danos e a segunda porque uma americana fora raptada.

30A. A Doutrina Truman partiu de um "equivoco" ao considerar que a URSS pretendia "conquistar o mundo". Só após a elaboração desta doutrina é que se descobriu que "Stalin só era 'revolucionário' para efeito na política interna russa e que ele desencorajara os partidos comunistas da França, Itália, Grécia e China de tomarem o poder" (John Lewis Gaddis). Os autores estão atualmente mais ou menos de acordo de que a guerra fria foi uma criação norte-americana.

31. O art. 21 do Pacto da Liga das Nações erroneamente a classificou como "aliança regional". Alguns autores (Álvarez) tentaram ver na Doutrina de Monroe um princípio jurídico, opinião difícil de ser sustentada, devido às constantes transformações desta doutrina e a não aceitação disto pelos EUA. Para Charles Zorgbibe a Doutrina de Monroe entrou no Pacto da SDN para significar que este não a modificava. É uma posição contraditória dos EUA, proque Wilson criticara as "alianças tradicionais", mas defendia a "aliança pan-americana".

32. Mesmo este aspecto tem sido negado por alguns estudiosos da Doutrina de Monroe, como Camilo Barcia Trelles, que escreveu: "Os EUA, em 1823, não salvaram a independência da América; atuaram como o chefe de um pelotão de fuzilamento que dá o golpe de misericórdia ao que já é quase cadáver; não é possível salvar aquilo que não periga. Como admitir a possibilidade de intervenção com a oposição da Inglaterra?"

33. Linneu de Albuquerque Mello — *As Doutrinas Americanas de Monroe*. Drago, Tobar e Estrada, in *Revista Jurídica*, vol. 9, 1946-1948, págs. 241 e segs.; H. A. Moulin — *La Doctrine de Drago*, s.d.; idem — *La Doctrine de Drago*, extrait de la *Revue Générale de Droit International Public*, 1907; S. Pérez Triana — *La Doutrina Drago*, 1908; Clóvis Beviláqua — *A Nota Drago*, in *Revista da Faculdade Livre de Direito da Bahia*, 1910, págs. 79 e segs.; Sir John Fischer Williams — *International Law and International Financial Obligations Arising from Contract*, in *Biblioteca Visseriana*, t. II, 1924, págs. 13 e segs.

34. A Tese Drago tem as suas raízes em Carlos Calvo, que combateu a intervenção, sob qualquer forma, por motivos econômicos ou por prejuízos causados em guerra civil aos nacionais no estrangeiro. Considerava que isto era um abuso das grandes nações.

35. Nesta Conferência o Brasil, através de Rui Barbosa, combateu a Doutrina Drago. Rui Barbosa, apesar de favorável a ela, seguiu as instruções do Barão do

Rio Branco. Este último temia que a defesa da doutrina afastasse os capitalistas estrangeiros do Brasil.

36. A expressão "dívidas contratuais" tem sido interpretada como abrangendo toda e qualquer dívida do Estado, inclusive as dívidas públicas (ex.: emissão de bônus), de que falava Drago, isto é, aquelas dívidas não passíveis de execução contraídas a título soberano, podendo o devedor, entre outras coisas, fixar a forma de pagamento (Moulin).

Neste mesmo sentido está a opinião de Strupp, que observa que as dívidas públicas são contratos de empréstimos e, portanto, são contratuais. Strupp, ao contrário de Moulin, considera que na Convenção Porter não estão incluídas as dívidas oriundas de atos delituosos.

37. A idéia de arbitragem nestas questões figurou, em 1903, em uma nota do Secretário de Estado norte-americano Hay em resposta à nota de Drago. A arbitragem veio a ser consagrada no nosso continente na Convenção sobre Reclamações Pecuniárias (Buenos Aires, 1910), onde os Estados americanos se obrigam a submeter a arbitragem "as reclamações por danos e prejuízos pecuniários" que não sejam resolvidas amigavelmente.

38. Drago, em Haia, não se opôs à arbitragem, mas não aceitava que se fizesse intervenção em momento algum.

39. Karl E. Birbaum — *Peace in Europe, East-West Relations 1966-1968 and The Prospects for a European Settlement*, 1970, págs. 17 e segs.; Ph. Bretton e J.-P. Chaudet — *La Coexistence Pacifique*, 1971, págs. 272 e segs.

CAPÍTULO XXII

RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS¹

226 — *Definição e elementos*; 227 — *Fundamento*; 228 — *Espécies*; 229 — *Natureza*; 230 — *A proteção diplomática*; 231 — *A prescrição da reclamação*; 232 — *Atos do Poder Executivo*; 233 — *Atos do Poder Legislativo*; 234 — *Atos do Poder Judiciário*; 235 — *Atos de particulares*; 236 — *Guerra civil*; 237 — *Circunstâncias que excluem a responsabilidade*; 238 — *O abuso de direito*; 239 — *Reparação*.

226. A responsabilidade internacional do Estado é "o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito, segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido" (Rousseau, Basdevant).

Pela definição acima podemos verificar que a responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno: a) ela é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo; o DI praticamente não conhece a responsabilidade penal (castigo, etc.);² b) a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito; é necessário, no plano internacional, que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou, ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito é que virá a ser responsabilizado.³

Estas são as características clássicas da responsabilidade internacional e que mereceram algumas correções como fizemos.

● Outras características podem ser apontadas: a) é um instituto consuetudinário (a tentativa de codificação da SDN na Conferência de Haia, em 1930, fracassou);^{3A} b) ela tem um aspecto político (surgiu para "evitar a guerra e limitar o emprego da força").^{3B} Tem sido ainda apontado que quando um fato ilícito é especialmente grave, o interesse não fica limitado ao Estado vítima, mas atinge a toda a sociedade internacional ("apartheid", genocídio).

Ela apresenta os seguintes elementos: a) ato ilícito; b) imputabilidade; c) prejuízo ou dano.

A ilicitude de um ato tem de ser conforme o DI. A responsabilidade internacional tem por base a violação de uma norma internacional. Tem sido ainda assinalado (Reuter) que a responsabilidade pode ocorrer sem que haja um fato ilícito, que seriam as atividades lícitas que apresentam riscos excepcionais (exploração nuclear) e, em consequência, o dano deixaria de ser uma condição da responsabilidade.

A imputabilidade é o nexo que liga o ilícito a quem é responsável por ele. ● autor do ilícito nem sempre é diretamente responsável por ele perante a ordem internacional; deste modo o Estado é o responsável por ato praticado por seus funcionários. [A imputabilidade, assim sendo, não se confunde com a autoria do ato ilícito.] ● Os atos são imputáveis porque eles estão vinculados à soberania e ocorreram em seu nome (B. Stern).

A existência de um prejuízo causado pelo ilícito tem sido considerada um dos elementos necessários para que se configure a responsabilidade internacional (Reuter, Cavaré).⁴ Este pode ter um aspecto moral ou patrimonial e pode ter sido causado a um Estado ou a um particular. A responsabilidade internacional visa a sua reparação.^{4A} Nas mais diferentes questões internacionais os Estados sempre apontam um prejuízo a ser reparado. ● dano é o fato gerador da responsabilidade.

A Comissão de DI da ONU tem consagrado algumas modificações no que foi escrito acima. Assim ela prefere falar em "atribuição", em lugar de imputabilidade. A atribuição a um Estado de um ato não é uma "operação legal do DI", o que este faz é imputar ao Estado as consequências legais de tal ato (G. Arangio — Ruiz). Por outro lado, o prejuízo é considerado um pressuposto e não entra na definição de responsabilidade. Anzilotti já sustentava que toda a responsabilidade internacional tira a sua razão de ser apenas da violação do direito, e que esta é sempre um dano. Ela considera que há um fato internacionalmente ilícito^{4B} quando existe um comportamento (ação ou omissão) atribuível ao Estado conforme o direito internacional e este comportamento é uma violação de obrigação internacional.^{4C} Para a Comissão de DI a responsabilidade internacional tem dois elementos: a) violação de uma obrigação internacional do Estado (elemento objetivo); b) a atribuição desta violação ao Estado (elemento subjetivo). No caso da responsabilidade por um ato não proibido pelo DI, para que ela exista é preciso que haja um dano. Já no caso de o ato praticado ser ilícito, a responsabilidade poderia existir, não sendo necessário um dano, porque o Estado "vítima sofreu um prejuízo jurídico", isto é, ele tem interesse em ver o DI respeitado. A Comissão de DI em lugar de ato ilícito prefere a expressão fato ilícito, que é a violação de um direito. A discussão sobre esta questão é imensa: a) Verdross, J. Combacau e Robert Jennings consideram que não existe prejuízo jurídico; b) em sentido contrário: Jenks, Reuter; c) Bollecker-Stern afirmam que a questão do prejuízo

jurídico "não poderia ser levantada por um Estado qualquer, mas por uma Autoridade Internacional", o que inexiste na nossa matéria. A CIJ tem negado em alguns casos, Camerun Setentrional e Sudoeste Africano, o "prejuízo jurídico". Não há no DIP uma "ação popular". Entretanto, no caso da "Barcelona Traction", a CIJ afirma o interesse dos Estados em verem o DI respeitado.

No caso de um crime internacional, todos os Estados têm interesse e não é necessário que surja a noção de "interesse jurídico". A noção de crime está ligada à de ordem pública.

Para Brownlie o crime internacional é a violação de uma norma de "jus cogens" do DI. A Comissão de DI, contudo, não fixou ainda uma posição sobre a correspondência entre obrigação "erga omnes", "jus cogens" e crime do Estado. ● s crimes internacionais se caracterizam pelo fato de toda a comunidade internacional poder reclamar, isto é, mesmo aquele estado que nao tenha sofrido um dano.

● observa com razão M. Chemillier-Gendreau que a "flexibilidade" das normas jurídicas internacionais acarreta um "enfraquecimento" da responsabilidade internacional, bem como que a responsabilidade ser só do Estado vem da territorialização do DIP.

227. A idéia de responsabilidade está na base de qualquer forma de vida social. Deste modo, esta noção penetrou, como não podia deixar de ser, em todos os ramos da ciência jurídica, inclusive no DI. Georges Scelle salienta, com razão, que esta noção corresponde "a uma necessidade de equilíbrio social, de retribuição, de justiça, sendo esta a razão de o seu fundamento ser ético". Para Cohn a palavra "responsabilidade" se vincula à palavra "resposta".

Na ordem jurídica internacional ela tem a mesma razão de ser. Nenhum sistema de direito pode existir sem atribuir aos seus sujeitos deveres ao lado de direitos. Ela surge, como já vimos, quando o Estado viola uma norma internacional, isto é, quando o Estado viola o dever que tem de respeitá-la. Para Basdevant o valor prático de uma ordem jurídica "depende da eficácia e da extensão das regras sobre responsabilidade". Ou, ainda, a CIJ, no caso da "Barcelona Traction", considera a responsabilidade um corolário da soberania. ● ou, ainda, a responsabilidade é "uma parte essencial" da "constituição da comunidade internacional" (Paul Reuter).

228. A responsabilidade internacional pode ser de diversas espécies: direta e indireta, comissão e omissão, convencional e delituosa.

A responsabilidade do Estado é direta quando se trata de ato ilícito cometido pelo seu governo, um órgão ou seus funcionários.

Ela é indireta quando o ilícito foi cometido por uma coletividade que o Estado representa na ordem internacional. É o caso de um ilícito cometido por uma coletividade sob tutela (no tempo da SDN por um território sob mandato) ou um Estado protegido, em que o responsável na ordem internacional é a potência administradora ou o Estado protetor.⁶

A responsabilidade é por comissão quando o ato ilícito resulta de uma ação; e omissiva quando resulta de uma omissão, isto é, quando um Estado deixa de praticar um ato obrigatório pelo DI.

Ela é convencional quando tem a sua origem na violação de um tratado internacional, e delituosa quando ela surgir da violação de uma norma consuetudinária (Cavaré).

Para a Comissão de DI o crime internacional é a violação de uma obrigação internacional para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional, e a sua violação é considerada crime. Tais como: genocídio, "apartheid", agressão, escravidão, etc. Delito internacional é todo fato internacionalmente ilícito que não seja crime internacional. A idéia de crime internacional está ligada à de "jus cogens". Vários Estados se opõem à responsabilidade penal do Estado (França, Israel, Alemanha). No caso de crime, a relação de responsabilidade se estabelece com todos os Estados, enquanto no caso de delito só com o Estado lesado. No anteprojeto da Comissão de DI são previstas, em caso de crime, as seguintes sanções: a) não reconhecer a situação como legal; b) não dar assistência ao autor do crime. A situação fica sujeita à Carta da ONU no que ela estabelece para a manutenção da paz (Marina Spinedi). Afirma Karl Zemanek que nem toda violação do "jus cogens" é crime internacional, mas que todo crime internacional é violação do "jus cogens".

229. No DI existem duas grandes correntes sobre a natureza da responsabilidade: a subjetiva (teoria da culpa) e a objetiva (teoria do risco).⁷ Aguiar Dias, ao analisar estas teorias, que se manifestam também na responsabilidade de direito interno, salienta que elas chegam quase sempre aos mesmos resultados nas principais questões, uma vez que "estão guiadas inconscientemente pela idéia de se saber quem deve suportar o dano".

A mais antiga delas é a teoria da culpa, que, já existindo no D. Romano, foi levada para o DI por Gentil e desenvolvida por Hugo Grotius. Esta teoria se explica historicamente por duas razões: a) a reação contra a teoria da responsabilidade coletiva germânica; b) o príncipe encarnava o Estado. A culpa do Estado era a culpa do príncipe, daí se aplicar a culpa (elemento psicológico) a uma pessoa jurídica (Estado).⁸

A teoria da culpa afirma que um Estado, para ser responsável perante o DI, necessita não apenas violar uma norma internacional, mas violá-la com culpa.

Entretanto, a grande questão consiste em se saber qual o alcance da palavra "culpa" no DI. Os doutrinadores não chegaram a uma conclusão: uns consideram que ela abrangeria o "dolus malus" e a negligência (Lauterpacht); outros exigem que haja o elemento intencional (Miele) e ainda outros (Le Fur, Salvioi), a consideram como sendo a realização de um ato ilícito, que é a violação de uma norma internacional (estes autores chegaram com esta formulação praticamente à teoria objetiva). Podemos

concluir que a palavra "culpa", no DI, deve ser tomada em sentido amplo, isto é, culpa em sentido estrito e o dolo.

Esta concepção penetrou em grande número de internacionalistas e foi durante muito tempo a dominante. Observa Michel Virally (La pensée juridique, 1960) que a intenção, a vontade e a consciência para que surja a responsabilidade é algo moderno, porque primitivamente ela surgia pela aparência que tinha.

Esta teoria é passível de diversas críticas: a) ela não pode ser aplicada em relação às pessoas jurídicas a não ser por meio de uma ficção, uma vez que a culpa é um elemento psicológico; b) como elemento psicológico, ela é, muitas vezes, de difícil comprovação; c) ela não explica a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários incompetentes para a sua prática, etc.⁹

A denominada moderna teoria da culpa (Strisower) procura responder à primeira crítica formulada acima. Deste modo, ela se refere apenas à "culpa do órgão ou do indivíduo cujo ato obriga o Estado". Ela está na base de algumas decisões da jurisprudência internacional. Todavia, ela não responde à segunda crítica formulada acima, que permanece ainda válida.

A teoria objetiva, ou do risco, é relativamente recente. Triepel foi o primeiro internacionalista a criticar a teoria da culpa. Contudo, foi Anzilotti que a rejeitou de maneira definitiva.¹⁰ O Estado é responsável porque violou uma norma internacional. A responsabilidade internacional surge sempre que existir um nexo de causalidade entre o ilícito e o Estado. Não há necessidade de se recorrer ao "elemento psicológico para a caracterização da responsabilidade."¹⁰ Uma questão que tem sido discutida é se na responsabilidade objetiva deve ser admitida como excludente de responsabilidade o caso fortuito e a força maior. A tendência predominante é no sentido de uma resposta afirmativa, vez que a teoria do risco apenas elimina a culpa na autoria do ilícito, e mais, se eles estiverem previstos no texto internacional. Faço aqui uma analogia com o Direito Brasileiro.

Esta teoria tem sido aplicada aos novos ramos do DI que tratam da exploração nuclear e cósmica. Ela foi estendida aos danos causados por alto risco por W. Jenks e Goldie (Gilles Cottureau). Deste modo, no caso de danos nucleares, a responsabilidade é sempre dos exploradores do empreendimento.¹¹ Pode-se afirmar que o Estado tem uma responsabilidade suplementar se o explorador nuclear não tiver meios para indenizar. O Estado tem a obrigação de exercer uma fiscalização sobre as atividades nucleares realizadas em seu território ou sob sua bandeira (Pierre-Marie Dupuy). Deste modo, a responsabilidade objetiva foi consagrada na: a) convenção sobre responsabilidade civil por danos nucleares (Viena, 1963); b) convenção sobre responsabilidade civil no domínio da energia nuclear (Paris, 1960); c) Declaração de Princípios Legais concernente às atividades do Estado na exploração e uso do espaço exterior (Assembléia Geral da

ONU. 1963): *d) tratado sobre a exploração do espaço* (ONU. 1967), etc. No direito espacial a responsabilidade é do Estado lançador do engenho, mesmo quando o lançamento foi feito por particular.^{11A} A convenção de 1972 relativa à responsabilidade internacional por danos causados por engenhos espaciais, consagra no art. 2º a responsabilidade objetiva, estabelecendo que o Estado de lançamento é responsável por danos causados por engenho espacial na superfície terrestre e no art. 3º consagra a responsabilidade por culpa quando o engenho espacial causa dano a outro engenho espacial. Nas convenções sobre poluição dos mares por hidrocarbonos, de 1969, e 1971, a responsabilidade objetiva é adotada, mas do seguinte modo: o destinatário da responsabilidade objetiva é uma pessoa privada e a responsabilidade do Estado é supletiva se o regime estabelecido nas convenções não funcionar. Tem-se discutido se algumas das convenções sobre poluição consagram ou não a responsabilidade objetiva (v. nota no capítulo LII). A aplicação da teoria do risco no caso de danos causados a estrangeiros foi rejeitada na Comissão Jurídica Interamericana em 1962, porque isto prejudicaria os países que têm "instabilidade financeira crônica", prejudicando assim os menos desenvolvidos (Cançado Trindade).

Esta teoria objetiva, se nós excetuarmos a exploração nuclear e cósmica, onde ela se justifica perfeitamente, é possível formularmos a ela algumas observações, tais como: que ela não se encontra consagrada na jurisprudência internacional, que ainda adota predominantemente a teoria da culpa, bem como que ela traz uma grande insegurança para o Estado, vez que os casos de responsabilidade cresceriam. Entretanto, autores como Jenks e Goldie, adotando uma posição prospectiva, já sustentam a responsabilidade objetiva dos Estados, no plano internacional, por atividades que impliquem riscos excepcionais (v. nota IB do capítulo LII). Philippe Cahier observa que é suficiente que haja um dano resultante de uma "atividade estatal perigosa" para haver responsabilidade. Não há necessidade de existir um ato ilícito. O Estado é responsável para reparar danos causados por atos lícitos, mas que tenham "riscos excepcionais". Thalmann propõe que se consagre a responsabilidade objetiva em caso de danos de vizinhança, vez que muitas vezes a atividade praticada por um Estado é legal, mas as suas conseqüências são nocivas. Entretanto, os vizinhos devem suportar os resultados de uma atividade se eles não ultrapassam os "limites de tolerância entre vizinhos" (Iftene Pop). A experiência de Tchernobyl mostra que a vida internacional não se desembaraçou da necessidade de uma prova de negligência na origem do dano (Pierre-Marie Dupuy).

Se compararmos as duas teorias acima, chegaremos à conclusão de que a teoria do risco é a melhor delas, porque dá maior segurança às relações internacionais. O ilícito será sempre reparado. Ela não faz referência ao elemento psicológico, difícil de ser verificado. A própria teoria da culpa, ao ser consagrada na jurisprudência internacional, precisou que

se fizesse referência à "diligência devida", que é uma noção mais objetiva e, por conseguinte, de mais fácil apuração. A noção de "diligência devida" foi elaborada pela primeira vez no Direito Internacional nas regras de Washington (tratado de 1871) relativas ao caso Alabama.

A jurisprudência internacional consagra ainda predominantemente a teoria da culpa (que protege mais ao Estado); entretanto, em inúmeras decisões já foi adotada a teoria do risco.

230. Já vimos que, em regra geral, a responsabilidade internacional opera de Estado a Estado. Deste modo, quando o lesado é o indivíduo ou uma sociedade, é necessário que o seu Estado nacional o proteja, endossando (teoria do endosso ou proteção diplomática) a sua reclamação, isto é, tornando-a sua (do Estado).

A proteção diplomática é de formação costumeira e da jurisprudência internacional. Parece que surgiu no século XIX e início do XX e teve o seu primeiro moderno expositor em Heffter. Ela já fora exposta, contudo, por Vattel. Anteriormente a proteção diplomática era por meio da força (Díez de Velasco).

Alguns autores (H. Shawcross) consideram a proteção diplomática benéfica para os países subdesenvolvidos, porque estimula os investimentos privados ao dar maior confiança ao investidor estrangeiro. Já os autores do Terceiro Mundo a consideram um pretexto para a ingerência de Estados estrangeiros.

A proteção diplomática é discricionária, isto é, ela só é concedida se o Estado quiser. Na Alemanha é considerada obrigatória em relação aos alemães, mas há um amplo campo de apreciação. Ela é dada nas relações oficiais entre os Estados, enquanto a proteção consular é junto as autoridades locais.

A proteção diplomática^{11B} só se realiza mediante o preenchimento de certas condições: a) nacionalidade do autor da reclamação; b) esgotamento dos recursos internos; c) o procedimento do autor da reclamação.

a) A condição da nacionalidade do reclamante é a que levanta maiores problemas. O Estado só pode proteger diplomaticamente o seu nacional, ou o membro de uma coletividade que ele representa na ordem internacional (ex.: o Estado protetor é quem protege diplomaticamente os membros do Estado protegido).¹² "A reclamação deve ser nacional desde a sua origem" ("a claim must be national in origin"). Esta regra surge no século XVIII e é divulgada no século XIX. A jurisprudência internacional sobre esta regra não é uniforme. Ora tem considerado que o particular não precisa ter a nacionalidade do Estado que o protege no momento do ilícito, mas basta tê-la no momento em que o Tribunal foi constituído (Tribunais Arbitrais Mistos após a 1ª Guerra Mundial); ora considera como devendo ter o indivíduo a nacionalidade do Estado no momento que sofreu o dano; ora, que basta ele ter a nacionalidade do Estado quando

for apresentada a demanda. Todavia, uma vez apresentada a reclamação, ele não pode mudar de nacionalidade. Somente em casos excepcionais é que a jurisprudência internacional amenizou esta última regra (ex.: em caso de transferência forçada de território).

No caso em que o reclamante tiver dupla nacionalidade, deve-se fazer ainda uma observação que já está consagrada desde o século XIX (caso Knocke): é no sentido de que a proteção diplomática não se exerce contra o Estado de que o indivíduo é nacional.¹³

Finalmente, sobre a nacionalidade do reclamante, pode-se assinalar que ela é fixada pelo direito interno do Estado. Todavia, o juiz internacional poderá analisar se ela foi concedida dentro dos cânones internacionais, isto é, se a nacionalidade foi dada a um indivíduo que tem algum elo com o Estado que a concedeu (caso Nottebohm). É a denominada teoria da nacionalidade efetiva.

Nos casos de dupla nacionalidade, a proteção diplomática caberá ao Estado de quem o indivíduo possui a nacionalidade efetiva.

É de se assinalar que em alguns casos existe a proteção diplomática de quem não é seu nacional; no caso de rompimento de relações diplomáticas, é uma terceira potência que faz a proteção, ou ainda, em caso de guerra, é o Estado neutro que protege os nacionais dos beligerantes. Outras exceções podem ser mencionadas: a) Israel, em 1952, em um tratado, conseguiu que a Alemanha Ocidental indenizasse os judeus que sofreram danos na Alemanha nazista. O Estado de Israel só foi criado em 1948 e os judeus eram alemães, poloneses, etc.; b) um caso de proteção contra o Estado de que é nacional foi a Alemanha nazista protegendo na Liga das Nações as minorias alemãs; c) o tratado de Maastricht diz que um Estado pode proteger súditos de outro Estado em um terceiro, quando este não tenha aí representação diplomática.

As sociedades comerciais também podem ser protegidas diplomaticamente.^{13A} O critério da sua nacionalidade tem variado: o da sede social (o mais antigo)¹⁴ e o do controle (o mais moderno).¹⁵ O critério do controle tem sido o mais adotado em tempo de guerra, isto é, a sociedade terá a nacionalidade dos acionistas que realmente tenham o seu controle.^{13A} Em 1942 o Departamento do Tesouro adotou a teoria do controle em caso de "crise nacional", e que é aplicada a toda empresa controlada por norte-americanos ou por pessoas que exerçam as suas atividades principais nos EUA. Ela está também consagrada no "International Emergency Economic Powers Act" de 1977. Um outro critério é adotado pelos EUA e pela Inglaterra, o do lugar da incorporação, isto é, o local em que ela foi constituída. O "Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, Third" determina que uma empresa está sujeita às leis do Estado em que ela é constituída. O critério da sede social é consagrado na França e na Bélgica. O mais comum é que o local da incorporação do centro de

exploração seja o da sede social, mas na Itália os dois critérios são combinados de modo alternativo. O critério da sede social ou do centro de exploração satisfaz a efetividade da nacionalidade das sociedades (Maryan Green). Todavia, a jurisprudência internacional em tempo de paz tem procurado conciliar os dois critérios. A aplicação rígida de um deles pode conduzir à injustiça (ex.: o Estado A adota na sua legislação o critério da sede; em consequência, uma sociedade com sede no seu território, mas com acionistas do Estado B, que adota a tese do controle, poderia ser protegida em relação ao Estado A, que a considera sua nacional). Hoche-pied declara que a teoria do controle só tem sido aplicada excepcionalmente, uma vez que a sua utilização não é fácil de ser feita, porque em alguns casos é difícil assinalar de quem é o controle. A Inglaterra, por exemplo, na questão de saber a nacionalidade das sociedades, tem adotado mais como critério aplicar o direito em que a sociedade foi constituída. Salienta, entretanto, Valatt que a prática britânica não permite a proteção de cidadão inglês como acionista, quando a sociedade comercial não tem a nacionalidade inglesa. Como exceções a este princípio o internacionalista inglês apresenta as seguintes: se a sociedade foi extinta ou nacionalizada e ainda quando o Estado de que ela é nacional não a defende. A Argentina nega proteção diplomática às sociedades comerciais afirmando que elas não possuem nacionalidade. Esta tese foi sustentada, já no século XIX, por Bernardo Irigoyen (Juan Carlos Puig). Finalmente, observa D. Carreau, que a CIJ não tem exigido que a nacionalidade das sociedades comerciais seja efetiva como ela faz para o indivíduo.

Nos EUA,^{13B} Grã-Bretanha e França, para ser realizada a proteção diplomática de uma sociedade é necessário que pelo menos 50% do capital sejam controlados por seus nacionais. Esta era a opinião dominante nas grandes potências, seus doutrinadores admitindo inclusive a proteção do acionista.^{13C} Em 1970, a CIJ, no caso da "Barcelona Traction Light and Power Company Limited", negou que existisse o direito de proteção diplomática do acionista pelas seguintes razões: a) abriria a porta a reclamações concorrentes; b) todo investimento no estrangeiro comporta riscos; c) as ações são facilmente transferíveis, o que traria uma insegurança ao mundo internacional. É o direito interno que determina a situação jurídica da sociedade e de seus acionistas. Em 1910 a Grã-Bretanha recusou-se a proteger diplomaticamente ingleses que eram acionistas majoritários da "Compagnie Générale des Caoutchucs" (era francesa) em relação ao Brasil. Esta tese é correta e beneficia os países em vias de desenvolvimento receptores de capital estrangeiro, que sob o manto de proteção diplomática do acionista por parte das grandes potências acabariam por perder a sua soberania no setor econômico.

Pode-se acrescentar que o Protocolo de Cartagena das Índias (1985), que modifica a Carta da OEA, estabelece no artigo 35 que as empresas transnacionais e o investimento privado estrangeiro estão submetidos à

legislação do Estado que os recebe e submetidos à jurisdição de seus tribunais.

Dinstein defende que na era dos investimentos internacionais em grande escala o dano a uma subsidiária de multinacional traz prejuízo à matriz e que neste caso deve haver proteção diplomática. Não é a nossa opinião.

Geck afirma que os estados não têm o direito de proteção diplomática no D. Comunitário, porque o indivíduo tem capacidade judiciária e pode responsabilizar a Comunidade ou um estado "por fato ilícito que viole o D. Comunitário". Todavia, nada impede que o estado faça um "acompanhamento" do seu nacional (Fausto de Quadros).

Existe uma proteção diplomática que não é fundamentada na nacionalidade, mas que é funcional, por exemplo, a da ONU em relação a seus funcionários.

b) A proteção diplomática só pode ocorrer quando os recursos internos oferecidos pelo Estado tiverem sido esgotados, por exemplo, o recurso ao Judiciário até a última instância.¹⁵⁰ Esta regra se encontra pacificamente aceita na jurisprudência internacional desde a segunda metade do século XIX. Contudo a sua origem é encontrada por Cançado Trindade no século IX: quando tratados entre entidades soberanas limitavam a aplicação da represália aos casos de denegação de justiça, o indivíduo tinha primeiro que recorrer à justiça. Nos séculos XIV e XV as represálias só podiam ser aplicadas após o recurso aos tribunais internos.

O seu fundamento é duplo: 1) evitar reclamações prematuras; 2) "a presunção de que os recursos internos do Estado são capazes de dar satisfações aos estrangeiros" (Cavaré, Visscher). As próprias expressões inglesas "local redress" ou "local remedies" demonstram o que foi afirmado. Ele estaria ligado à idéia de soberania e teria sido um "baluarte para salvaguardar a autonomia das jurisdições internas" (G. Strozzi).

Ela se aplica a todo e qualquer dano provocado por qualquer órgão. A sua aplicação, contudo, não ocorre: 1) quando não há recursos internos a serem esgotados; 2) quando o recurso não terá qualquer resultado; 3) quando os responsáveis pelo ilícito "são as mais altas autoridades". Estes dois últimos casos podem ser exemplificados com os governos de forma ditatorial violenta, em que ele, governo, é o responsável pelo ilícito.¹⁶

Esta condição de esgotamento de recursos internos não se aplica quando o ilícito foi praticado diretamente contra um Estado estrangeiro (Jiménez de Aréchaga).

Alguns autores recentes (G. Strozzi) têm assinalado que os tribunais arbitrais não consagram este requisito, apesar de um acordo entre os Estados interessados poder estabelecê-lo. Salienta que a prática moderna mostra a impossibilidade de se exigir cumprimento deste requisito. Entretanto a CIJ, em 1959, no caso Interhandel, afirmou que o requisito de esgotamento dos recursos internos "é uma norma definitivamente no di-

reito internacional consuetudinário". Por outro lado, ele figura no projeto de Roberto Ago. Sobre a aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos em matéria de direitos do homem, v. capítulo XXIX.

c) A conduta do reclamante é outra condição para que exista a proteção diplomática. A vítima do ilícito deverá ter as suas "mãos limpas" ("clean hands"). Se o indivíduo violou o direito interno ou internacional, ou, ainda, demorou demasiadamente para apresentar a sua reclamação, ele não preenche esta terceira condição. A jurisprudência arbitral não consagrou este requisito quando o indivíduo viola o direito interno. Em poucos casos aplicou este requisito quando violou o DIP. Poucas decisões consagram este terceiro requisito. Alguns autores (Borchard, Cheney Hyde) declaram que se o indivíduo não tem as mãos limpas não existe a obrigação do seu Estado de exercer a proteção diplomática. No plano doutrinário vários autores têm considerado este requisito necessário: Rousseau, Delbez, Cavaré, etc.

Alguns autores (Vellas) têm acrescentado, com razão, a existência de mais uma condição para a proteção diplomática, isto é, a reclamação não deve constituir já coisa julgada no plano internacional.

A proteção diplomática faz com que a reclamação individual passe a ser do Estado, isto é, nacional. Tal fato acarreta diversas consequências: a) o Estado a apresentará quando bem entender, podendo, inclusive, abandoná-la; b) a indenização porventura recebida será por ele distribuída conforme quiser.¹⁷ Em sentido contrário se manifestou G. Scelle, de que existe uma obrigação para o Estado exercer a proteção diplomática.

Nos EUA, França, Inglaterra e Austria criaram-se jurisdições internas para apreciar os recursos interpostos pelos indivíduos para cobrarem do seu Estado nacional a indenização que este recebeu do Estado autor do ilícito internacional praticado contra ele, indivíduo.

A proteção diplomática, segundo alguns, seria passível de renúncia; é a Cláusula Calvo, que será estudada adiante.

É interessante observar que vários autores da África e da Ásia consideram que a responsabilidade internacional atende ao imperialismo com a proteção que é dada aos estrangeiros. Eles sustentam que deve existir uma igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, negando, em consequência, o "minimum standard of justice" como norma de DI (v. capítulo XXXV).

231. A prescrição, no caso da responsabilidade, merece menção especial.

Os doutrinadores positivistas negam a sua existência no DI, alegando que não existe norma internacional consagrando-a. Entretanto, a prescrição é um instituto da ciência do direito e não é um privilégio de tal ou qual ramo do direito. A sua própria finalidade, que é a de trazer segurança às relações jurídicas, faz com que a consideremos como existindo também no DI.

A jurisprudência internacional não é uniforme. A orientação mais recente é no sentido de admiti-la; todavia, de modo restrito, isto é, se ela for invocada por uma das partes e quando houver fortes argumentos para aceitá-la. A apreciação da sua existência ou não, na ausência de normas fixadas pelas partes, é da competência discricionária do juiz ou árbitro internacional.

232. O Poder Executivo é o grande responsável pela maioria dos ilícitos que dão origem à responsabilidade internacional.

Todo e qualquer funcionário do Estado, ao cometer um ilícito violando norma internacional, acarreta a responsabilidade, isto é, a aceitação de uma tese que inicialmente foi adotada apenas na Europa continental.¹⁸ Esta responsabilidade deriva do fato de que os funcionários são verdadeiros representantes do Estado para que trabalham.

Os atos ilícitos internacionalmente praticados por funcionários incompetentes também acarretam a responsabilidade do Estado. Esta posição decorre do fato de que o Estado não pode ser eximido da responsabilidade, por ter o funcionário violado as próprias normas internas. Esta consideração baseia-se na quase impossibilidade que haveria para o estrangeiro de saber exatamente se o funcionário violara ou não as normas internas do Estado. Além do mais, se o Estado tira vantagens dos seus funcionários, deve ter também os ônus ocasionados por eles. Um funcionário age como órgão do Estado. No caso do funcionário que age fora da sua competência, a responsabilidade do Estado só surge se os atos do funcionário não "são notoriamente estranhos às suas funções e que com uma diligência razoável a vítima (não) poderia evitar o dano" (Tenekides). Anzilotti considerava que neste caso devia se aplicar a responsabilidade objetiva para se responsabilizar o Estado.

O funcionário acarreta a responsabilidade do Estado praticando ato ilícito no território nacional, bem como em território estrangeiro.

233. O Poder Legislativo, por meio de seus atos e omissões, pode acarretar a responsabilidade estatal. Ela ocorre nos seguintes casos: a) se o Legislativo aprova leis contrárias às normas internacionais; b) se o Legislativo, por omissão, não revogou uma legislação contrária às normas internacionais, ou se o Legislativo deixa de aprovar a legislação indispensável para que o Estado cumpra com as suas obrigações internacionais.¹⁹

Podemos mencionar o caso "Alabama", em que a Inglaterra foi responsabilizada, não tendo sido considerada justificativa a alegação de que ela não dispunha de legislação para reprimir a violação de sua neutralidade por seus nacionais.

234. O Poder Judiciário, apesar da independência que possui no D. Constitucional, acarreta, em determinados casos, a responsabilidade internacional do Estado. É que a mencionada independência é para o direito interno e não para o DI. Neste último, o Estado surge como única pessoa e responsável pelos atos de qualquer um dos seus órgãos.

Este caso de responsabilidade ocorre quando existe uma denegação de justiça, que pode ser tomada em dois sentidos.²⁰ Em sentido estrito, é quando o estrangeiro não tem acesso aos tribunais do Estado. Em sentido amplo abrange: a) o aparelho judiciário deficiente (ex.: lentidão); b) a decisão judicial que for manifestamente injusta.²¹ Pode-se acrescentar que a história da denegação de justiça está "intimamente vinculada à da regra do esgotamento dos recursos internos".

O que foi acima observado decorre do fato de que todo Estado deve ter o seu mecanismo judiciário com um funcionamento dentro de um *standard* internacional.

A responsabilidade ocorre ainda quando há decisão judicial que viola uma norma internacional (p. ex.: um tratado concluído pelo Estado). Em casos especiais, pode haver responsabilidade do Estado por uma decisão judiciária contrária ao direito interno. (E. Jiménez de Aréchaga).

O Estado, entretanto, não é responsável pelo erro de boa fé cometido por um tribunal, pelo mau julgado.

235. Diversas teorias surgiram através da História a respeito da responsabilidade do Estado por atos cometidos por particulares. A mais antiga delas tem origem na Idade Média, é a da solidariedade do grupo social, em que o Estado, sendo uma coletividade solidária, responde pelo ilícito cometido por qualquer de seus membros. Neste período da História o indivíduo que tivesse sido lesado no estrangeiro e não tivesse aí obtido uma reparação, tinha o direito de se ressarcir com os bens dos estrangeiros (nacionais do Estado onde sofrera o dano). O soberano dava a ele as chamadas "lettres de représailles". Estas "cartas" serão progressivamente substituídas pela proteção diplomática. No século XVII, Hugo Grotius, procurando diminuir a responsabilidade do Estado e de acordo com a teoria da culpa, afirma que o Estado só seria responsável se ele tivesse culpa no ilícito praticado.

Atualmente, não se sustenta que o Estado é responsável pelos atos de particulares, sejam nacionais ou estrangeiros, cometidos no seu território. A responsabilidade derivará da atitude do próprio Estado. Não é o ato do particular que acarreta a sua responsabilidade, mas a própria atitude estatal em face do evento. O ato ilícito do particular não acarreta necessariamente a responsabilidade do Estado, mas apenas pode ocasioná-la se o Estado não cumprir com os seus deveres perante a ordem internacional.

Partindo destas observações preliminares pode-se observar que o Estado só é responsável se deixar de cumprir dois deveres: o de prevenir o ilícito e o de reprimi-lo.

O Estado é responsável pela ordem pública, e deve mantê-la. Ora, se ele tem conhecimento de que se vai produzir o ilícito contra o estrangeiro, ele tem o dever de preveni-lo. Esta proteção que os Estados devem dar aos estrangeiros no seu território varia com a situação dos estrangeiros. Deste modo, os representantes oficiais devem ter maior proteção do que os simples particulares estrangeiros.

Ocorrido o ilícito, o Estado tem o dever de reprimi-lo. E se o Estado se recusa a julgar ou a punir o seu autor, ou, ainda, dá anistia rapidamente, estas atitudes são consideradas conivência, ou, ainda, que o Estado aprovou o ilícito, acarretando, em consequência, a sua responsabilidade.

Todavia, o Estado não é responsável se o estrangeiro foi o provocador do ilícito, ou quando o Estado o aconselhou a se retirar do seu território e ele não o fez.

As observações acima servem para o caso de seqüestro de diplomatas em que o Estado não é responsável quando exerce o dever de prevenção e o dever de repressão. No tocante à questão do Estado ter ou não a obrigação de atender às condições impostas pelos seqüestradores a fim de libertarem o diplomata, a prática internacional tem sido divergente, sendo que a maioria dos Estados tem considerado não existir esta obrigação a fim de desestimular a prática deste crime.

236. Em caso de guerra civil ou revolta,²² a responsabilidade do Estado tem sido encarada de maneira diversa pelos doutrinadores americanos e europeus. Os primeiros, por serem originários de países de imigração e onde é comum a existência de revoluções e guerras civis, sustentam que o Estado não é responsável pelos danos causados aos estrangeiros em uma guerra civil. Os europeus, de países de emigração e onde as guerras civis são raras, sustentam a responsabilidade do Estado.

Diversas teorias podem ser mencionadas: a) Wiesse (é uma exceção ao que dissemos acima, vez que é peruano) sustenta a responsabilidade do Estado com fundamento de que ele não cumprira o seu dever de manter a ordem pública e seria presumida a sua culpa; b) Brusa expôs a teoria da expropriação alegando que o Estado se compromete implicitamente a proteger os estrangeiros quando os admite no seu território. Ora, o Estado, ao dispor dos bens do estrangeiro ou ao praticar atos lesivos contra ele, deve indenizá-lo; c) Fauchille (teoria do risco) alega que o Estado, ao tirar vantagens dos estrangeiros como habitantes do seu território, deverá ter também os ônus da existência destes estrangeiros no seu território. É a aplicação do adágio "ubi emolumentum ibi onus debet esse"; d) Podestá Costa, com a teoria do "interesse comum" ("comunhão de fortuna"), vê exatamente o outro lado da teoria de Fauchille. O estrangeiro faz parte da comunhão nacional, e os danos por ele sofridos são "cobertos pela sua virtual nacionalização". Dentro deste raciocínio, ocorreria a irresponsabilidade do Estado.²³

A doutrina tem-se manifestado no sentido de considerar as revoltas ou guerras civis como caso de "força maior". É a concepção aplicada pela maioria dos doutrinadores (Accioly, Rousseau). No Brasil, ela vem sendo consagrada desde 1839, quando a França reclamou por danos provocados a seus súditos por uma revolta no Ceará e o Ministro dos Negócios Estrangeiros (Antônio Peregrino Maciel Monteiro), na sua resposta, considerou

os danos como resultantes de um caso de força maior. Todavia, a jurisprudência internacional tem consagrado a responsabilidade do Estado nos casos em que ele falta com a "diligência devida" ou mesmo quando provocou o conflito de modo consciente.

Os autores têm estudado o presente assunto fazendo uma divisão dos danos, causados aos estrangeiros, conforme os atos que os originaram:

- a) danos oriundos de combates: não há responsabilidade. É caso de força maior;
- b) danos ocasionados por medidas do governo "de jure" — a responsabilidade do Estado somente existe se forem as medidas tomadas discriminatoriamente contra estrangeiros;
- c) danos ocasionados pelos revoltosos: 1 — se os revoltosos não foram reconhecidos como beligerantes,²⁴ não há responsabilidade do governo "de jure", vez que eles são considerados como meros criminosos e os seus atos são atos de particulares; 2 — se os revoltosos foram reconhecidos como beligerantes, o governo "de jure" é irresponsável pelos atos dos revoltosos em relação a quem os reconheceu.

Entretanto, alguns autores (Castberg) têm considerado que se o reconhecimento como beligerantes for dado pelo governo legal, este deverá ser responsabilizado porque: a) ele confessa que não tem mais o controle sobre a situação; b) os revoltosos passam a ser "estrangeiros", vez que foram quebrados os "laços de lealdade" e a luta passa a ter características de guerra internacional. Esta posição não é correta porque os "laços de lealdade" foram rompidos no início da luta (Castrén), bem como o reconhecimento como beligerantes pode ter sido dado pelo governo legal por aspecto humanitário, por exemplo, se só ele dá o reconhecimento. Assim sendo, os atos dos revoltosos não acarretam a responsabilidade do governo legal, entretanto, se este der reparações aos seus nacionais, elas deverão ser estendidas aos estrangeiros, sendo difícil se provar a negligência do governo. Devemos assinalar que o governo legal é ainda responsável quando podendo evitar os atos dos revoltosos contra os estrangeiros, não o fez. Os revoltosos com o governo legal não são responsáveis pelos atos de combate. Entretanto, se os revoltosos forem os vencedores, tem-se considerado que eles são responsáveis pelos atos praticados contra os estrangeiros sem necessidade militar ou discriminatoriamente pelo governo legal e por eles mesmos. Argumenta-se que a responsabilidade deles pelos atos do governo legal é o princípio da identidade e continuidade do Estado, apesar da mudança de governo. Não importa nesta questão saber se os revoltosos foram ou não reconhecidos como beligerantes. Esta posição, que nos parece injusta, leva os revoltosos, se vencedores, a serem respon-

sáveis por atos praticados contra eles, bem como faz com que o DI estimule a vitória dos revoltosos, que passa a ser mais vantajosa para os estrangeiros.

É de se assinalar, contudo, que o governo legal pode acarretar a responsabilidade do Estado ao anistiar os revoltosos derrotados. Tem-se considerado que, com a "anistia", o governo legal deu tacitamente uma aprovação aos atos dos rebeldes (jurisprudência), ou, ainda, ela é considerada como não tendo o governo meios para a repressão, isto é, ele não estaria tendo a "diligência devida" (doutrina). Esta questão da anistia dos revoltosos se apresenta muitas vezes de um modo difícil, porque ela é, em certos momentos, necessária para a paz. Em 1865, o governo norte-americano concedeu a anistia, mas não assumiu a responsabilidade de reembolsar os particulares que sofreram danos (M. Akehurst).

Finalmente, pode-se assinalar que a jurisprudência tem consagrado a responsabilidade do Estado em caso de danos causados a estrangeiros por simples particulares durante revoluções (Pierre-Marie Dupuy).

(237) Existem certas circunstâncias que excluem a responsabilidade do Estado.²⁵

Os danos provocados a um Estado em relação ao qual outro Estado exerce o seu direito de legítima defesa não dá origem à responsabilidade. O mesmo ocorre com os danos provocados por um Estado ao fazer represálias a outro.

A Comissão de DI e a doutrina (Sicilianos — em quem nos fundamentamos) têm consagrado a expressão *contramedidas*. É uma expressão que já existe na prática internacional desde 1915 e foi utilizada, nos anos 50, por G. Fitzmaurice em seu relatório sobre Direito dos Tratados. Esta expressão tem sido utilizada em relação ao fato ilícito. Exemplos de *contramedidas*: suspensão ou denúncia de tratados, represálias e legítima defesa. Elas são faculdades jurídicas.

A expressão *contramedida* foi utilizada porque há os que pretendem reservar a palavra *sanção* para as medidas tomadas por organizações internacionais.

As *contramedidas* são fatos ilícitos e isto pode ser deduzido do fato de que elas figuram nas circunstâncias que excluem a responsabilidade do Estado. Elas são uma reação pacífica a uma medida anterior e derroga o direito. Elas só devem ser aplicadas quando há um fato ilícito prévio. A sua existência decorre do fato de a sociedade internacional não ser institucionalizada. O Estado é juiz em causa própria e assim assume o risco do fato contra o qual ele reage não vir a ser considerado um ilícito. Alguns incluem entre elas a retorsão, outros a excluem, porque ela é lícita.

Já nos trabalhos preparatórios da Conferência de Haia de 1930 se considerava a *legítima defesa como excluindo a responsabilidade*.

A Comissão de DI usa em relação às *contramedidas* a palavra de que são "legítimas" (ex.: legítima defesa, medidas econômicas). Tem sido observado que esta palavra tem uma conotação ética. Parece que a intenção

é proibir que elas violem o "jus cogens". Por outro lado, devem ser proporcionais, o que muitas vezes é difícil de ser apreciado. São consideradas ilícitas as que violam os direitos do homem; no Mercado Comum Europeu, as que atingem obrigações comunitárias de origem convencional e reações armadas (v. capítulo *Sanções. Contramedidas*).

Gutiérrez Espada faz as seguintes distinções: a) na força maior os órgãos que representam o Estado sofrem uma força irresistível que independe de sua vontade e os conduzem à violação do DI; b) no caso fortuito o Estado não tem meios para tomar precauções a fim de evitar a violação do DI. Gilles Cottreau neste caso afirma que as circunstâncias são tais em que o Estado não se apercebe de que pratica um ilícito; c) no perigo extremo o Estado viola o DI com a finalidade de evitar uma tragédia para ele.

Ago admite na Comissão de DI o consentimento do Estado desde que não viole norma de "jus cogens", o caso fortuito, a força maior, a "distress" (desgraça), quando o autor do ilícito que "representa" o Estado agiu para salvar sua vida ou de pessoas que lhe foram confiadas; ou, ainda, quando "o fato constitui uma medida legítima segundo o DI" contra um Estado que tenha praticado anteriormente um ato ilícito.

No anteprojeto da Comissão de DI o estado de necessidade pode ser invocado nos seguintes casos: a) o fato seja o único meio de salvaguardar um interesse essencial do Estado contra um perigo grave e iminente; b) o fato não tenha afetado gravemente um interesse essencial do Estado para com o qual se tenha uma obrigação. O estado de necessidade não pode ser invocado nos seguintes casos: a) em relação a uma norma imperativa de DI Geral; b) se o próprio Estado contribuir para que haja o estado de necessidade; c) se a obrigação estabelecida não excluir a aplicação do estado de necessidade. K. Zemanek afirmou com razão que o problema do estado de necessidade é que há uma norma de "jus cogens" que proíbe o recurso à força. E mais, é de difícil controle. Jean Salmon observa que a força maior, o caso fortuito, estado de desgraça e estado de necessidade têm em comum que o sujeito de DI é obrigado a agir malgrado ele, de modo a violar norma de DI. A força maior é uma força irresistível, que faz com que desapareça o livre-arbítrio e o caso fortuito um acontecimento imprevisível. Sobre o estado de necessidade, ver capítulo Direitos Fundamentais dos Estados. Charles de Visscher é contrário ao estado de necessidade devido aos abusos que ele pode acarretar. Tem se entendido que a interpretação do estado de necessidade é restritiva.

A *Cláusula Calvo*, elaborada pelo internacionalista argentino Carlos Calvo, é comumente inserida nos contratos de concessões entre governos latino-americanos e estrangeiros. Ela surgiu para defender o Paraguai em relação à Inglaterra, vez que a proteção diplomática só era exercida pelos países poderosos (Gonzalo Biggs). Esta cláusula declara que qualquer re-

clamação do estrangeiro deverá ser resolvida pelos tribunais do Estado. Nela o particular renuncia à proteção diplomática do seu Estado nacional e, em consequência, nenhum "processo" internacional poderá ocorrer.²⁶ A finalidade desta cláusula é evitar as reclamações diplomáticas de Estados estrangeiros em nome dos seus nacionais. Esta cláusula nem sempre foi aceita ou considerada válida, alegando-se que a proteção diplomática não é um direito do particular a que ele possa renunciar, conforme a sua vontade, mas um direito do Estado e, portanto, de que o particular não pode dispor.²⁷ Ela figura na Constituição do México de 1917 (art. 27). Roger Pinto propõe que ela seja interpretada como significando que os recursos internos sejam esgotados.^{27A}

A jurisprudência internacional não tem tido uma orientação uniforme; a) raramente admite a sua validade; b) declara a nulidade da cláusula; c) a aceita, mas restringindo os seus efeitos, como afirmando que ela não seria válida nos casos de denegação de justiça. Afirma Rousseau que a tendência predominante é nos dois últimos sentidos.

Atualmente, a Cláusula Calvo se encontra em desuso²⁸ e Shea dá as seguintes razões para tal fato: a) após a 2ª Guerra Mundial, os problemas internacionais de pequena monta têm sido abandonados; b) a política de boa vizinhança dos EUA; c) a organização judiciária dos diversos países tem melhorado; d) maior estabilidade política dos latino-americanos. Sepúlveda acrescenta ainda que os Estados têm afastado os investimentos estrangeiros daqueles setores considerados "perigosos".

Na verdade, devemos reconhecer, com os autores acima, que esta cláusula deverá desaparecer quando o homem tiver acesso às jurisdições internacionais.

Atualmente esta cláusula, entretanto, pode justificar no Estado nacional do que sofreu o dano a recusa para o exercício de proteção diplomática.^{28A}

238) A noção de abuso de direito no campo das relações internacionais não tem sido admitida de modo pacífico. Diversos doutrinadores (Sereni, Quadri) negam a sua existência. Outros a admitem (Politis, Scelle). Politis defendia que este instituto existia em todos os sistemas jurídicos e afirma que se deve rejeitar a soberania e o individualismo e substituí-la pela sua socialização.

Entre os que admitem a sua existência, não existe também uniformidade no tocante à sua conceituação. Uns assinalam que a sua característica é a intenção de prejudicar a outrem (Šćerni). Outros (Lauterpatch), que ele ocorreria quando o direito fosse desviado de sua finalidade. Para outros (Sauer) ainda, quando o ato é contrário à consciência jurídica da comunidade internacional. Para Campion o abuso de direito é o "exercício anti-social do direito", etc.

O abuso de direito pode ser considerado como um princípio geral do direito (Guor Dinh). Ele não é admitido no DI, contudo a convenção de D. do Mar (1982) menciona, no seu art. 300, o abuso de direito.

O abuso de direito possui os seguintes elementos: a) o exercício de um direito; b) o dano; c) que o ato seja abusivo quanto à modalidade do seu exercício ou aos seus efeitos. Ele é, assim, uma competência exercida pelo Estado de modo abusivo que provoca um dano. Um dano causado a um terceiro "que não se justifica nem pela finalidade social deste direito" (Tenekides), como exemplo pode ser mencionada a expulsão arbitrária de um estrangeiro.

Esta noção realmente é imprecisa na sua caracterização. Os próprios doutrinadores que defenderam a sua existência no DI não chegaram a um acordo sobre o assunto. Ela traria uma insegurança às relações internacionais. A jurisprudência internacional tem-se referido à sua existência, mas sem consagrá-la (parecer sobre condição de admissão de um Estado como membro da ONU).²⁹ Deste modo, podemos concluir que o abuso de direito por parte de um Estado não acarreta a sua responsabilidade internacional.

A orientação acima é a que está consagrada. Entretanto, doutrinariamente ela nos parece que deva ser abandonada. A noção de abuso de direito corresponde a uma tendência moderna do direito que é a sua socialização. O Direito tem em vista o estabelecimento de um equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo. Ora, não há razões para que este último seja sacrificado em nome do primeiro. Salienta Raucent com toda razão que "o abuso de direito" é "o conceito graças ao qual se consegue denunciar o formalismo jurídico e atingir diretamente os valores subjacentes à lei". Não deveria o Estado exercer as suas competências de modo a que prejudicasse a sociedade internacional. Devemos, contudo, reconhecer a dificuldade existente para a penetração desta noção no DI, que ainda é extremamente individualista. Ela só seria possível com uma maior integração e conseqüente hierarquização da sociedade internacional. Abuso de direito acarretando a responsabilidade do seu autor é um ideal que nos parece estar longe de ser alcançado.

É preciso lembrar, contudo, como Lino Rodríguez-Arias Bustamante que a teoria do abuso de direito "reincorpora a justiça na ordem jurídica". A noção de abuso de direito é uma reação ao individualismo do Código Civil da França. Ele impõe um "limite ao exercício do direito subjetivo".

239) A reparação é a finalidade do instituto da responsabilidade internacional. Todo ilícito deve ser reparado pelo seu autor. Ago vê também na responsabilidade um aspecto de sanção. Brigitte Stern afirma que reparação pode ter um aspecto repressivo de vingança. Esta mesma autora afirma que a reparação é um "plus", algo mais para a vítima, enquanto a sanção inflige um mal ao autor. A reparação é proporcional à gravidade do dano e a sanção é proporcional à gravidade do ato.

A reparação do DI é, via de regra, de natureza civil. Já vimos inicialmente que apenas em casos excepcionais o DI reconhece a responsabilidade penal.

Ela pode ser feita sob diversas modalidades, conforme tenha sido a natureza do dano e conforme a própria vítima. Alguns autores chegam a sustentar que a vítima teria uma "discrição ilimitada" para escolher a modalidade (Reitzer). Assinala ainda este autor que "a forma e a extensão da reparação são independentes da gravidade do ato ilícito e da culpa", isto é, por ter sido um ato doloso ou culposo, a reparação não sofre qualquer modificação. Em vários casos a reparação é estabelecida de modo amigável.

A reparação pode ter diversas modalidades: a) a "restitutio in integrum" (colocação das coisas no estado anterior), também denominada de reparação direta (Visscher); b) sanções internas (ex.: caso de responsabilidade do Estado por atos de particulares); c) de natureza moral, que pode assumir diferentes formas: satisfações, pedido de desculpas, etc. Esta se caracteriza pela publicidade. Ela não pode, contudo, atingir a dignidade de quem a dá; d) a indenização.

A indenização é a mais comum das modalidades de reparação.³⁰ Ela não deve se transformar em fonte de enriquecimento para a vítima do ilícito. Enfim, a indenização deve ser de um montante nem maior, nem menor do que o prejuízo causado pelo ilícito. O cálculo da indenização não tem sido feito de modo uniforme pela jurisprudência internacional. Tem sido admitido pacificamente que a indenização abrange os danos diretos (dano emergente e lucro cessante). Os países socialistas não aceitavam o lucro cessante, argumentando que isto era uma criação do capitalismo. Já no tocante aos danos indiretos, que são acessórios, por repercussão e só produzem efeitos algum tempo depois do dano direto, as divergências surgem: a) quando os EUA, no caso "Alabama", pediram indenização pelos danos indiretos (aumento do frete, prolongamento da guerra), eles foram negados pelo Tribunal Arbitral: esta orientação parece ser a predominante; b) a orientação anterior tem sido criticada pela doutrina (Lapradelle, Politis, Sibert) e uma decisão do Tribunal Arbitral, Misto Alemão-português, em 1928, teria "aberto as portas" para o pagamento dos danos indiretos, no caso de o autor do ilícito poder prevê-los.

Na fixação da indenização a jurisprudência internacional, com raras exceções, não tem levado em consideração o elemento da culpa.

Deixamos para o final um caso especial de reparação. No caso "Rainbow Warrior" (Nova Zelândia e França), a CIJ, em 1990, afirma: a) houve violação de acordo por parte da França; b) a declaração de ilicitude é uma forma de reparação, isto é, a condenação da França já é uma satisfação apropriada para a Nova Zelândia.

NOTAS

1. G. Cohn — La théorie de la responsabilité internationale. *in* RdC, 1939, vol. II, t. 68, págs. 209 e segs.; Roberto Ago — Le délit international, *in* RdC, 1939, vol. II, t. 68, págs. 419 e segs.; Edwin Borchard — The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 1919; Charles de Visscher — La responsabilité des États, *in* Biblioteca Visseriana, t. II, 1924, págs. 89 e segs.; Clyde Eagleton — The Responsibility of States in International Law, 1928; Edoardo Vitta — La Responsabilità Internazionale dello Stato per Atti Legislativi, 1953; Constantin Th. Eustathiadès — La Responsabilité Internationale de l'État pour les Actes des Organes Judiciaires et le Problème du Déni de Justice en Droit International, 2 vols., 1936; F. V. Garcia-Amador — State Responsibility — Some New Problems, *in* RdC, 1958, vol. II, t. 94, págs. 369 e segs.; Jean-David Roulet — Le Caractère Artificiel de la Théorie de l'Abus de Droit en Droit International Public, 1958; Alexandre-Charles Kiss — L'Abus de Droit en Droit International, 1953; Augusto Olivi — Gli Atti Illeciti in Rapporto al Diritto Internazionale, 1939; Olof Hoijer — La Responsabilité Internationale des États, 1930; Stefan Glaser — Inflation Internationale, 1957; Dionisio Anzilotti — Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale, *in* Scritti di Diritto Internazionale Pubblico, t. I, 1956, págs. 1 e segs.; Dionisio Anzilotti — La responsabilité internationale, des États à raison des dommages soufferts par des étrangers, *in* Scritti di Diritto Internazionale Pubblico, t. I, 1956, págs. 149 e segs.; N. Politis — Le Problème des Limitations de la Souveraineté et la Théorie de l'Abus des Droits dans les Rapports Internationaux, *in* RdC, 1925, vol. I, t. 6, págs. 77 e segs.; Donald R. Shea — The Calvo Clause, 1955; Alwyn V. Freeman — Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces, *in* RdC, 1955, vol. II, t. 88, págs. 267 e segs.; Haig Silvane — Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments, 1939; Alexandre Carlebach — Le Problème de la Faute et sa place dans la norme du Droit International, 1962; Jacques Masteau — La Responsabilité de l'État, 1927; Fred K. Milson — International Law Applied to Reclamations, 1933; C. Wiesse — Le Droit International appliqué aux Guerres Civiles, 1898, págs. 43 e segs.; Mario Marinoni — La Responsabilité degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il Diritto Internazionale, 1914; Trifu Selea — La Notion de l'Abus du Droit dans le Droit International, 1940; Agostino Soldati — La Responsabilité des États dans le Droit International, 1934; Marcel Beaudouin — De la Responsabilité des Communes et de l'État en cas de Troubles ou d'Émeutes, 1913; Jean Personnaz — La Réparation du Préjudice en Droit International Public, 1939; C. A. Dunshee de Abranches — Espaço Exterior e Responsabilidade Internacional, 1964, págs. 68 e segs.; Ladislav Reitzer — La Réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit International, 1938; Jean-Pierre Queneudec — La Responsabilité de l'État pour les Fautes Personnelles de ses Agentes, 1966; Constantin Th. Eustathiadès — Les Sujets du Droit International et la Responsabilité Internationale. *in* RdC, 1953, vol. III, t. 84, págs. 397 e segs.; Jean-Pierre de Hochepeid — La Protection Diplomatique des Sociétés et des Acionnaires, 1965; Gabriel Salvioli — La responsabilité des États et la fixation des dommages intéréts par les tribunaux internationaux, *in* RdC, 1929, vol. II, t. 28, págs. 235 e segs.; Jacques Dumas — La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers, *in* RdC, II, t. 36, págs. 187 e segs.; Clive Parry — Some Considerations upon

The Protection of individuals in International Law. *in* RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 653 e segs.; Paul de Visscher — La Protection Diplomatique des Personnes Morales. *in* RdC, 1961, vol. I, t. 102, págs. 395 e segs.; Giovanni Battaglini — La Protezione Diplomatica delle Società, 1957; Jean-F. Brunet — De la Responsabilité de l'État législateur, 1936; H. Accioly — Principes Généraux de la Responsabilité Internationale d'apprès la doctrine et la jurisprudence. *in* RdC, 1959, vol. I, t. 96, págs. 349 e segs.; Francis Vallat — International Law and the Practitioner, 1966, págs. 18 e segs.; Manuel R. García Mora — International responsibility of hostile acts of private persons against foreign states, 1962; sobre os revoltosos: v. bibliografia dos caps. XXIII e Guerras Civis, Rafael Valentino Sobrinho — O Problema da Denegação de Justiça no Acordo de Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América, *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1966, n.ºs 43 e 44, págs. 35 e segs.; Georg Schwarzenberger — International Law and Order, 1971, págs. 84 e segs.; Francesco Durante — Responsabilità Internazionale e Attività Cosmiche, 1969; Michael Akehurst — State Responsibility for the Wrongful Acts of Rebels — An Aspect of the Southern Rhodesian Problem, *in* BYBIL, 1968/69, págs. 49 e segs.; Lucius Calfish — La Protection des Sociétés Commerciales et des Intérêts Indirects en Droit International Public, 1969; Luis Alberto Warat — Abulso del Derecho y Lagunas de la Ley, 1969; Georges Ténékidès — Responsabilité Internationale, *in* Dalloz — Répertoire de Droit International, t. II, 1969, págs. 780 e segs.; Juan Carlos Puig — Naturaleza Jurídica de la protección diplomática. La concepción jurisdiccional, *in* Estudios de Derecho y Política Internacional, 1970, págs. 135 e segs.; Roberto Ago — Third Report on State Responsibility, International Law Commission, 1971; Roberto Ago — Quatrième Rapport sur la Responsabilité des États, Commission de Droit International, 1972; Franciszek Przetaczink — La Responsabilité internationale de l'État, à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État, *in* RGDIP, Octobre-Décembre 1974, n.º 4, págs. 919 e segs.; Brigitte Bollecker-Stern — La Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale, 1973; Maximiliano Bernard Alvarez de Eulate — La "restitutio in integrum" en la práctica y en la jurisprudencia internacionales, *in* Anuário de IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 261 e segs.; Barbosa Lima Sobrinho — A Nacionalidade da Pessoa Jurídica, 1963; S. Bastid e outros — La Personnalité Morale en ses Limites, 1960; Fausto Pocar — L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero, 1974; Pierre-Marie Dupuy — La Responsabilité Internationale des États pour les Dommages d'Origine Technologique et Industrielle, 1976; M. Díez de Velasco — La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, *in* RdC, 1974, vol. I, t. 141, págs. 1 e segs.; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell e Lung Chuchen — The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order; Responsibility of States Conjoined With Human Rights. *in* AJIL, July, 1976, vol. 70, n.º 3, págs. 432 e segs.; os trabalhos de W. Boulanger (La Convention de Bruxelles de 1962 sur la responsabilité civile et les accords Otto Hahn, págs. 31 e segs.), M. Lagorce (Le transport de matière nucléaire sous le régime de la Convention de Bruxelles de 1971, págs. 61 e segs.) e R. Rodière (Spécificité du risque nucléaire et Droit Maritime, págs. 85 e segs.), todos *in* Droit Nucléaire et Droit Océanique, 1977; Philippe Cahier — Le Problème de la Responsabilité pour risque en Droit International, *in* Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales (Genebra) — Les relations internationales dans un monde en mutation, 1977, págs. 409 e segs.; Girolamo Strozzi — Interessi Statali e Interessi

Privati nell Ordinamento Internazionale, 1977; Georges Berlia — Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique, *in* Georges Berlia — Droit Public Interne et International. Études et réflexions 1980, págs. 461 e segs.; Roberto Ago — Quinto Informe sobre la Responsabilidad de los Estados, 1976, Comissão de DI; Roberto Ago — Sexto Informe sobre la Responsabilidad de los Estados — Comisión de Derecho Internacional, 1977; Francesco Francioni — Imprese Multinazionali, Protezione Diplomatica e Responsabilità Internazionale, 1979; António Augusto Cançado Trindade — O contencioso diplomático e os recursos de direito interno, *in* Revista de Informação Legislativa, abril a junho de 1980, págs. 153 e segs.; P. M. Dupuy — Observations sur le "crime international de l'État", *in* RGDIP, 1980, n.º 2, págs. 449 e segs.; Max Gounelle — Quelques remarques sur la notion de "crime international" et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État, *in* Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 315 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international law, *in* Revue Belge de Droit International, n.º 2, 1976, págs. 499 e segs. (excelente estudo); A. A. Cançado Trindade — The Burden of Proof with regard to exhaustion of local remedies in international law, *in* Revue de Droit International et Comparé, vol. IX, n.º 1, 1976, págs. 81 e segs.; Gunther Handt — State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons, *in* AJIL, July 1980, vol. 74, n.º 3, págs. 525 e segs.; António Augusto Cançado Trindade — A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados, *in* Relações Internacionais, janeiro-abril de 1979, n.º 4, págs. 15 e segs.; António Augusto Cançado Trindade — O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional, 1997; Christian Dominicé — Observations sur les Droits de L'État Victime d'un Fait Internationalement Illicite, *in* Christian Dominicé e Milan Sahovic — Droit International 2, 1982, págs. 1 e segs.; Christian G. Caubet — Le Droit International en quête d'une Responsabilité pour les Dommages Résultant d'Activités qu'il n'interdit pas, *in* AFDI, vol. XXIX, págs. 101 e segs.; Mark N. Sills — State Responsibility for Damage to Property Rights of Aliens, *in* IX Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comité Jurídico Interamericano, 1985, págs. 153 e segs.; Marina Spinedi — Les Crimes Internationaux de l'État dans les Travaux de Codification de la Responsabilité des États entrepris par les Nations Unies, 1984; Marina Spinedi — Responsabilità Internazionale, 1986, separata da Enciclopedia Giuridica; Pierre-Marie Dupuy — Faute de l'État et "Fait Internationalement Illicite", *in* Droits, 1987, n.º 5, págs. 51 e segs.; Caio Mario da Silva Pereira — Responsabilidade Civil, 1989; Ninon Machado de Faria Leme Franco — Responsabilidade Internacional do Estado pelos Efeitos Deletérios das Radiações Ionizantes, 1988 (mimeografado); Julio Barboza — Algunos aspectos dos conceptos de necesidad en Derecho Internacional, *in* Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. III, 1987-1989, págs. 93 e segs.; Karl Zemanek e Jean Salmon — Responsabilité Internationale, 1987; Carlos Jiménez Piernas — La Conducta Arriesgada y la Responsabilidad Internacional del Estado, 1988; Eric Wiler — La Règle dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux. Contribution à l'étude de la responsabilité internationale de l'État à raison des dommages éprouvés sur son territoire par des étrangers, du fait du mouvement insurrectionnel, 1982; Gaetano Arangio-Ruiz — State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance, *in* Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement, Mélanges

Michel Virally, 1991, págs. 25 e segs.; Jean Salmon — L'Intention en Matière de Responsabilité Internationale, in *Mélanges Michel Virally*, 1991, págs. 413 e segs.; Société Française pour le Droit International — Colloque du Mans — La responsabilité dans le système international, 1991; Carlos Jiménez — Piernas — La Responsabilidad Internacional. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1989, 1990; Linos-Alexandre Sicilianos — Les Réactions Décentralisées à L'Illicite des Contre-Mesures à la Légitime Défense, 1990 (obra magistral); Brigitte Stern — La Responsabilité Internationale Aujourd'hui... Demain, in *Mélanges Gilbert Apollis*, 1992, págs. 75 e segs.; Asdrúbal Aguiar A. — La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, coordenação de Rodolfo Cerdas Cruz e Rafael Nieto Loaiza, 1994, págs. 117 e segs.; Carlos Fernández Sessãro — Abuso del Derecho, 1992; Pedro Baptista Martins — O Abuso de Direito e o Ato Ilícito, 1935; João Grandino Rodas — Sociedade comercial e Estado, 1995; Paul Ricoeur — Le concept de responsabilité, in Paul Ricoeur — *Le juste*, 1995, págs. 41 e segs.; Eric Wiler — L'Illicite et la Condition des Personnes Privées, 1995; Métamorphoses de la responsabilité — Droit et Cultures, n. 31, 1996; Roberto Ago — Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati, 3 ts, 1978-1986. Yoran Dinstein — Diplomatic Protection of companies under International Law "in" International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy, coordenado por Karel Wellens, 1998, págs. 505 e segs.; Jorge Cardoso Llorens — Deberes Jurídicos y Responsabilidad Internacional, "in" *Hacia un Nuevo Orden Internacional*. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1993, págs. 147 e segs.; Fernando M. Mariño Menendez — Responsabilidad e Irresponsabilidad de los Estados y Derecho Internacional in *Hacia un Nuevo Orden Internacional*. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Diez de Velasco, 1993, págs. 473 e segs.); Antonio Marques dos Santos — Estudos de Direito da Nacionalidade, 1998; Fernando Augusto Cunha de Sá — Abuso do Direito, 1997.

2. A idéia da responsabilidade penal no mundo internacional só surge excepcionalmente, como no caso dos criminosos de guerra, o que já significaria nestes casos uma responsabilidade direta do indivíduo.

A questão da responsabilidade penal do próprio Estado é mais controvertida. Alguns autores (Pella) sustentaram a possibilidade da responsabilidade penal do Estado. Contra esta posição, diversos doutrinadores (Kaufmann) têm salientado que o Estado, sendo pessoa moral, não tem vontade real e não pode, em consequência, ter culpa ou dolo. Todavia alguns (Eustahiadês) têm salientado que a expulsão, a suspensão de um membro no sistema da ONU, as sanções do capítulo VII da Carta, consagrariam indiretamente a responsabilidade penal dos Estados. Na verdade, o próprio Eustahiadês constatou que na Convenção de Genocídio e na Comissão de Direito Internacional, ao elaborar o "Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade", etc., foi afastada a idéia de uma responsabilidade penal do Estado. A própria jurisprudência internacional tem-se recusado a fixar uma indenização a título de pena. O que leva o internacionalista grego a concluir que existem dificuldades de "ordem jurídica e moral" para a responsabilidade coletiva, que seria a do Estado. Politis observa com razão que a responsabilidade coletiva conduz à impunidade. De qualquer modo a responsabilidade penal do Estado não existe no DI comum, a não ser indiretamente em casos expressos do direito convencional e que são muito poucos (ex.: ação de polícia

internacional, para manutenção da paz e segurança internacionais previstas na Carta da ONU). Em regra, a responsabilidade penal deve se individualizar, tornando-se responsabilidade do indivíduo. Atualmente esta posição de admitir a responsabilidade internacional por crime praticado pelo Estado se encontra consagrada no relatório de Roberto Ago na Comissão de DI, assim é considerado crime se o Estado viola obrigação relativa à paz e à segurança internacional, como a agressão, ou, ainda, a violação do direito de autodeterminação, escravidão, "apartheid", etc. A Comissão de DI atribui à sociedade internacional o julgamento do caráter criminal da violação, mas não estabelece quem deve fazer isto: o CS? a CIJ? (M. Gounelle). Pode-se acrescentar uma observação de Arangio-Ruiz de que a pessoa jurídica existe no direito interno, porque ela foi criada por sujeitos primários, enquanto no DI os sujeitos primários são os Estados.

3. É de se salientar, entretanto, que a teoria da responsabilidade já tem sido aplicada em relação às organizações internacionais, que inclusive podem exercer a proteção diplomática em relação a um seu funcionário. A própria proteção diplomática pode ser exercida, em certos casos, por organismos internacionais (Comissão Européia de Direitos do Homem).

3A. A Comissão de DI da ONU vem há longos anos trabalhando na sua codificação, foram relatores: García Amador (1956-1961); Ago (1963-1969), Riphagen (1980-1986) e Arangio-Ruiz (a partir de 1987).

3B. Sobre o aspecto político da responsabilidade, é de se repetir a observação de Padilha Nervo: "a história da instituição da responsabilidade dos Estados se confunde com a história dos obstáculos levantados no caminho dos novos países da América Latina, obstáculos à defesa de sua independência, à posse e à exploração de seus recursos e à sua integração social".

4. Em sentido contrário: Rousseau.

4A. Tem sido sustentado que todo Estado tem um interesse jurídico em ver o DIP respeitado, e que quando este é violado, o Estado sofre um prejuízo. Entretanto isto não foi consagrado na jurisprudência internacional. O que foi afirmado tem sido admitido em casos raros, como o do Sudoeste Africano, dando a impressão de que o DIP estaria admitindo uma ação popular (B. Bollecker-Stern).

4B. A Comissão de DI distingue o ilícito, de crime internacional. Este existe quando o fato internacionalmente ilícito é a violação por um Estado "de uma obrigação internacional essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional", ou esta violação é considerada crime.

4C. É interessante observar que a Comissão de DI considera que a assistência ou auxílio dado por um Estado a outro é um ilícito quando ela é concedida visando a perpetração de um ilícito.

5. A responsabilidade por atos de particulares de um Estado é também responsabilidade direta, porque, como veremos, é a atitude do Estado que acarretará a sua responsabilidade.

6. A responsabilidade do Estado federal por ato praticado por um Estado membro da federação é responsabilidade direta, uma vez que no DI o Estado federal surge como uma só pessoa internacional.

7. Uma terceira corrente que não teve maior consagração pode ser mencionada: a teoria mista (Triepel, Strupp). A culpa seria utilizada apenas nos delitos de omissão (porque neste caso surge de modo claro a negligência do Estado: por exemplo, se ele não elabora determinada lei), enquanto o risco seria nos delitos por comissão.

8. A responsabilidade coletiva na Alta Idade Média significa que um grupo, ou coletividade, era todo ele responsável por um ilícito praticado por um de seus membros, em virtude da solidariedade. Ela era solidária de tal modo que as represálias eram tomadas contra o grupo social a que pertencia o ofensor pelo grupo social do ofendido, sem que fosse necessária qualquer autorização do príncipe. A responsabilidade do chefe de Estado passou assim a representar um progresso, vez que ele se sobrepunha à coletividade e evitava que as represálias fossem contra toda ela. O soberano era obrigado a reprimir os atos ilícitos, e a inexecução deste dever acarretava a responsabilidade (Cavare).

9. Le Fur falou que o Estado teria uma culpa "in eligendo". Entretanto, Anzilotti já demonstrava que seria difícil falar em culpa naqueles casos em que os cargos são preenchidos por concurso, etc. É de se acrescentar que na verdade não existe culpa quando o Estado toma todos os cuidados dentro do melhor "padrão internacional" para a escolha dos seus funcionários.

9A. "A culpa está morta" no DIP e seu "assassino" foi Dionízio Anzilotti (Pierre-Marie Dupuy). Observa este jurista francês que a noção de culpa foi substituída pela de "fato ilícito", cuja constatação é mais fácil. Para Anzilotti "a noção de ato ilícito implica o concurso de dois elementos: a ação, isto é, um fato material exterior e sensível e a regra de direito com o qual se encontra em contradição. O ato ilícito internacional é um ato em oposição ao direito objetivo internacional". Ihering dizia: "a história da pena é sua abolição constante", e François Ewald escreve: "a história da culpa é sua abolição constante".

10. No Direito Interno, a responsabilidade objetiva começou a se desenvolver na jurisprudência, a partir de 1865, com o caso "Ryland v. Fletcher", na Inglaterra, no caso de um poço mal construído que inundou uma mina. No DIP ela foi exposta em 1900 no Instituto de DI, na sessão de Neuchâtel, pelo internacionalista francês Paul Fauchille, a respeito de responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros em caso de guerra civil.

11. Geralmente os transportadores não são responsáveis (porque as precauções são tomadas por quem expede); somente excepcionalmente aparece a sua responsabilidade.

11A. As legislações internas em matéria de responsabilidade por danos nucleares copiaram a dos EUA, que está no "Atomic Energy Act", de 1954, complementado pela Emenda Price-Anderson (1957). No Brasil a Lei nº 6.453 de 17-10-77, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, consagra a responsabilidade objetiva para a responsabilidade civil.

11B. A natureza jurídica da proteção diplomática tem sido objeto de discussão de três teorias: a) a teoria subjetiva — Tem as suas origens em Vattel. O Estado que causa dano a um indivíduo, violando o DI, causou uma lesão a um bem do Estado da nacionalidade. A proteção diplomática é um direito subjetivo do protetor. A crítica que tem sido dirigida a ela é que os direitos violados não são do Estado, mas do indivíduo; b) a teoria objetiva — Afirma que a proteção diplomática é um dos aspectos do exercício da função executiva na sociedade internacional (G. Scelle). Considera que, sendo uma obrigação dos Estados respeitarem o DI, o outro Estado, ao exercer a proteção diplomática, está obrigando o autor do ilícito a respeitar o DI. Ela visa a realização do Direito. A observação que se pode fazer é que, assim sendo, ela não deveria sofrer a restrição da nacionalidade do

reclamante; c) a terceira concepção é a formulada por Puig, e considera a proteção diplomática como um recurso jurisdicional embrionário. Sobre estas concepções, ver Juan Carlos Puig. A mais adotada ainda atualmente na prática é a teoria subjetiva, sendo suficiente lembrar que a proteção diplomática é um ato discricionário. Existe ainda uma quarta teoria, denominada de mista (Dubouis, G. Perrin), que considera que o ato ilícito atinge o Estado e o indivíduo.

12. A convenção sobre dupla nacionalidade entre o Brasil e Portugal é uma exceção a este princípio, uma vez que qualquer dos Estados contratantes pode conceder proteção diplomática a nacional do outro, desde que ele se encontre domiciliado há mais de seis meses no seu território.

13. Este princípio é aceito por todos os Estados quando o indivíduo tem duas nacionalidades pelo nascimento. Entretanto, quando o indivíduo tem dupla nacionalidade por naturalização (ex.: se naturaliza em um Estado A sem perder a nacionalidade do Estado B), a orientação não é uniforme: os EUA só reconhecem como válida a nacionalidade adquirida pelo indivíduo por naturalização; a Inglaterra respeita o direito do Estado de que o indivíduo tem nacionalidade originária e o trata como seu nacional. A melhor orientação é a dos EUA, porque um Estado deve reconhecer que a naturalização em um Estado faz com que o indivíduo perca a sua nacionalidade originária. Em conclusão, para os EUA é possível a proteção diplomática nestes casos, ao contrário do que ocorre na Inglaterra (N. Bar-Yaacov).

13A. O primeiro caso de proteção diplomática de sociedade comercial ocorreu em 1838, quando a Grã-Bretanha interveio junto ao Rei das Duas Sicílias em defesa de 19 sociedades inglesas que aí exploravam enxofre e cuja exploração fora tornada monopólio do Estado.

14. Foi elaborada pela doutrina e jurisprudência francesa do século XIX. O que é sede social os critérios têm variado: sede da Assembléia, sede do Conselho ou ainda os dois critérios, cumulativa ou alternativamente.

15. Surgiu na Inglaterra em 1914. A Inglaterra ainda adota, entretanto, em tempo de paz, o critério do local do registro da sociedade. Em 1914, na França, o fato de se ter "interposto uma pessoa não inimiga" não fazia com que a sociedade deixasse de ser inimiga. Na Alemanha, em 1914, considerava-se que a guerra era entre estados e não atingia os súditos, sendo que uma empresa só era "seqüestrada" se o seu controle estivesse nas mãos do inimigo. Vários tribunais arbitrais mistos após a 1ª Guerra Mundial adotaram a teoria do controle. Este foi adotado pelo Brasil em 1917. A teoria do controle foi adotada pela França e Inglaterra na 2ª Guerra Mundial (João Grandino Rodas).

15A. Alguns autores (Barbosa Lima Sobrinho) têm considerado que a nacionalidade pela tese do controle protege mais as nações que importam capitais. Contudo, tal fato não ocorre se a matéria for olhada pelo ângulo do DIP, vez que se a empresa tem a nacionalidade da sede (isto é, do país importador do capital), se está evitando a proteção diplomática.

15B. Os EUA, no início, não davam proteção diplomática a acionista, tendo mudado a sua posição no final do século XIX.

15C. Inúmeros projetos de convenção para a proteção de investimento estrangeiro consagraram a proteção diplomática do acionista: projeto Shawcross (1958); projeto Abs (1957), o da International Bar Association (1958), etc.

15D. Existem duas concepções sobre esta matéria: a) a responsabilidade internacional só surge quando se esgotam os recursos internos. É denominada de

substantiva. Defendida por Borchard, Accioly, etc.: *b*) a responsabilidade surge do ato ilícito, e o esgotamento é apenas "um requisito processual prévio da admissibilidade de uma reclamação internacional". É denominada de processual. Defendida por Eagleton, Freeman (v. A. A. Cançado Trindade).

16. Outros casos em que esta regra não é aplicada podem ser citados: *a*) quando as partes, por meio de acordo, afastaram a sua aplicação; *b*) quando o ilícito é cometido contra o representante de um Estado estrangeiro. É o que ocorre com os acordos de garantia de investimento concluídos pelos EUA, que desencadeiam um procedimento internacional independentemente do esgotamento dos recursos internos, como o início de negociações diplomáticas. O acordo de garantia de investimentos entre Brasil e EUA só impõe como condição de esgotamento dos recursos internos no caso de desapropriação.

17. As relações entre o indivíduo e o seu Estado nacional é assunto que pertence ao direito interno.

18. No século XIX predominou na jurisprudência o princípio de que o Estado somente seria responsável pelos atos praticados por seus funcionários superiores (concepção anglo-saxã). Alguns autores (Accioly, Freeman) consideram que os funcionários administrativos menos categorizados e os militares inferiores só acarretam a responsabilidade do Estado nos seguintes casos: *a*) se eles agem sob "aparência de agente do Estado"; *b*) quando praticam tais atos obedecendo ordens superiores; *c*) se eles não são atos proibidos pela legislação interna dos Estados.

A responsabilidade do Estado fora destes casos só surgiria se o Estado não punisse a prática do ilícito.

Entretanto alguns autores (Jiménez de Aréchaga) têm salientado que esta distinção entre funcionários superiores e inferiores está abandonada pela jurisprudência que consagra a responsabilidade do Estado.

19. É de se acrescentar que a Constituição do Estado pode acarretar a responsabilidade quando ela viola as normas internacionais (Parecer da CPJI, 1932).

20. O significado da expressão "denegação de justiça" não é pacífico entre os internacionalistas. Clyde Eagleton o entende como "toda violação do DI em detrimento do estrangeiro". Para Lipstein, abrangeria também medidas administrativas e legislativas. O'Connell fala em denegação de justiça processual quando um tribunal comete uma injustiça no curso do processo.

21. Este caso ocorre quando houve uma interpretação intencional errônea da lei ou quando existir uma prevenção manifesta contra o estrangeiro.

22. Alguns autores (Scelle) procuram distinguir as revoltas, das guerras civis. As primeiras acarretariam a responsabilidade do Estado, ao contrário das segundas. O jurista francês salienta que as revoltas são previsíveis e evitáveis, havendo, portanto, responsabilidade do Estado no seu aparecimento. As guerras civis, mais raras, seriam inevitáveis, e poderia ser aplicada neste caso a noção de "força maior". A distinção de Scelle não tem maior fundamento, uma vez que tanto as revoltas como as guerras civis podem ser evitáveis e inevitáveis.

23. Para o resumo destas teorias, ver Accioly.

24. Tem-se observado que com ou sem reconhecimento como beligerantes na prática ocorre uma responsabilidade limitada do governo legal, porque as grandes potências fazem sempre pressão para que os Estados fracos onde ocorrem as revoltas indenizem os seus nacionais (Castrén) (v. capítulos XXIII e Guerras Civis).

25. Roberto Ago declara que é erro se falar em "circunstâncias que excluem a responsabilidade", porque esta expressão significa que o ilícito existe, apenas não se imputa a responsabilidade. Diante desta consideração se deveria falar em "circunstâncias que excluem a ilicitude". Na verdade, nenhuma das duas é inteiramente correta: a primeira, porque existem circunstâncias que realmente tiram a ilicitude do ato e não apenas a responsabilidade (legítima defesa); a segunda também não é correta, porque existem certos casos em que a ilicitude permanece, mas a responsabilidade é excluída (ex.: um particular que tenha sofrido uma denegação de justiça, mas que ele tenha renunciado à proteção diplomática pela Cláusula Calvo, cuja validade tenha sido admitida). Nesta hipótese o ilícito permanece, e apenas a responsabilidade é excluída. Mantivemos a primeira designação, que é a mais consagrada.

26. Todavia, tem-se aplicado genericamente a denominação da Cláusula Calvo às "fórmulas que procuram reduzir a termos legais a conduta dos estrangeiros e limitar ao mesmo tempo as constantes e incômodas representações dos agentes diplomáticos" (Sepúlveda). Deste modo, haveria Cláusula Calvo legislativa — que são aquelas que consagram a igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros, isto é, estes não têm mais direitos do que aqueles; e Cláusula Calvo do esgotamento dos recursos internos. Estas figurariam ao lado da verdadeira Cláusula Calvo de renúncia à proteção diplomática. Jiménez de Aréchaga, em outra interpretação da Cláusula Calvo, salienta que ela não é renúncia à proteção diplomática, mas renúncia ao direito de pedir a citada proteção, vez que raramente o Estado concede proteção diplomática sem que ela tenha sido solicitada. O internacionalista uruguaio afirma que a validade da cláusula é admitida na jurisprudência internacional, a não ser: *a*) em caso de denegação de justiça; *b*) quando o governo estrangeiro declarou nulo o contrato em que a cláusula foi consagrada. É interessante observar que o "Restatement of Foreign Law" (EUA) admitiu a validade da Cláusula Calvo desde que fossem atendidas as seguintes condições: *a*) o investidor teve tratamento ao menos igual ao do nacional; *b*) exista um "recurso" nos tribunais nacionais que evite uma denegação de justiça; *c*) a conduta do Estado que cometeu o dano ao estrangeiro não constitui violação de tratado internacional anterior.

27. Em sentido contrário: Sepúlveda, que assinala terem as reclamações internacionais um aspecto privado, porque a sua iniciativa "repousa no particular".

27A. A doutrina Calvo foi elaborada em 1868 por Carlos Calvo e afirmava que um estrangeiro tinha os mesmos direitos dos nacionais. A prioridade privada do estrangeiro ficava sujeita ao direito interno. Ela foi consagrada no art. 9 da Convenção Panamericana de Direitos e Deveres dos Estados (Montevideo-1993). Ela não se confunde com a cláusula Calvo que pretende completar a doutrina Calvo (Fausto de Quadros).

28. Alguns autores (H. de Vries e J. Rodríguez-Novás) têm visto no art. 7º do Tratado Interamericano de Soluções Pacíficas uma manifestação da Cláusula Calvo. Ele estipula: "As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não fazer reclamações diplomáticas para proteger seus cidadãos, nem a iniciar a esse respeito uma controvérsia perante a jurisdição internacional quando aqueles cidadãos tenham à sua disposição meios expeditos de recorrer aos tribunais domésticos competentes do Estado correspondenté." Tal dispositivo, quando das assinaturas, foi objeto de reserva de inúmeros países, como os EUA.

28A. A Cláusula Calvo talvez deva ser estudada não nas circunstâncias que excluem a responsabilidade internacional, mas como renúncia à proteção diplomática, como o faz o internacionalista Quoc Dinh.

29. Quadri considera que ele não poderia ter penetrado no DI através dos "princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas", uma vez que poucas legislações estatais o consagram.

30. A jurisprudência registra casos em que ela foi dada por danos morais.

LIVRO III

PESSOAS INTERNACIONAIS

(Coletividades não Estatais)

CAPÍTULO XXIII

COLETIVIDADES NÃO ESTATAIS

240 — *Beligerantes*; 241 — *Insurgentes*; 242 — *Nação*; 243 — *Santa Sé*; 244 — *Territórios sob mandato e tutela internacional*; 245 — *A Soberana Ordem de Malta*; 246 — *Comitê Internacional da Cruz Vermelha*; 247 — *Territórios internacionalizados*; 248 — *Sociedades comerciais*; 249 — *Conclusão*.

240. O reconhecimento como beligerante¹ é aplicado às revoluções de grande envergadura, em que os revoltosos formam tropas regulares e que têm sob o seu controle uma parte do território estatal.²

Este instituto é uma criação do século XIX e foi aplicado inicialmente às colônias espanholas na América ao se tornarem independentes.³ Em 1823 ele foi definitivamente consagrado quando, da luta pela independência da Grécia, foram reconhecidos os revoltosos pela Inglaterra. Canning, pouco tempo depois (1825), afirmou “que um certo grau de força e de resistência adquirida por uma parte da população engajada em uma guerra dá a ela o direito de ser tratada como beligerante”. Em 1861, os confederados (Estados do Sul), na Guerra de Secessão, foram reconhecidos como beligerantes pela França e Inglaterra. Em 1865 foi publicado o primeiro trabalho sobre a matéria: Bemis — *Recognition of rebel belligerency*.

Este instituto tem profundas razões que militam em favor da sua consagração. Ele é uma decorrência de princípios humanitários e do direito de autodeterminação dos povos. Ele é humanitário, uma vez que obriga as partes em luta às leis da guerra, evitando, deste modo, a prática de atos de selvageria. Por outro lado, se não fosse reconhecida a beligerância, os terceiros Estados não se encontrariam sujeitos à neutralidade e, por conseguinte, somente o governo legal poderia comprar armas no exterior.

O reconhecimento como beligerantes na prática diplomática é um ato discricionário; todavia, pelos seus próprios fundamentos, ele deveria se

transformar em um ato obrigatório. Neste último sentido é que se tem manifestado a doutrina mais recente.

O reconhecimento como beligerantes é feito normalmente por meio de uma declaração de neutralidade.⁴ É de se assinalar que o reconhecimento, pelo governo legal, dos revoltosos como beligerantes, não obriga os terceiros Estados a procederem do mesmo modo, mesmo porque muitas vezes o Estado reconhece os revoltosos como beligerantes para ter as mãos livres e fazer a guerra, bem como se isentar de responsabilidade por atos dos revoltosos. Entretanto, o reconhecimento beneficia mais aos insurgentes do que ao governo. O mais comum é que o reconhecimento pelo governo legal acaba por acarretar o dos terceiros Estados. Por outro lado, o reconhecimento como beligerante por um terceiro Estado não influencia obrigatoriamente o governo legal. O ideal seria afirmar que, tendo em vista a interdependência das relações internacionais, o reconhecimento não produziria efeitos em relação apenas a quem o concedeu (neste sentido: Duculesco). Os autores têm apontado como tendo os seguintes efeitos: *a*) aplica-se às leis da guerra nos combates, e os prisioneiros têm tratamento de prisioneiros de guerra;⁵ *b*) o governo “de jure” não é responsável pelos atos praticados pelos beligerantes; *c*) os navios dos revoltosos não são considerados piratas;⁶ *d*) os direitos de presa e bloqueio são reconhecidos aos revoltosos e ao governo “de jure”; *e*) os Estados estrangeiros ficam sujeitos aos direitos e deveres da neutralidade; *f*) os beligerantes podem concluir tratados com os Estados neutros (McNair). Entretanto, é necessário fazer as seguintes observações: *a*) o governo legal não é responsável pelos atos praticados pelos beligerantes mesmo sem o reconhecimento. Este “efeito” parece ter origem em 1826 em um despacho de Canning a Lord Granville, declarando que se o governo turco contestava o reconhecimento dos gregos como beligerantes, seria o caso dele ser responsável “pelos atos das autoridades dos revoltosos” (Lauterpacht) (v. capítulo Responsabilidade do Estado); *b*) as Convenções de Genebra de 1949 (art. 3º) prevêem a aplicação de normas de direito de guerra independente do reconhecimento (v. capítulo Guerras Civis). Em conseqüência, podemos salientar que os revoltosos, mesmo sem o reconhecimento como beligerantes, possuem também personalidade internacional, vez que são destinatários de normas internacionais; *c*) na prática os Estados (ex.: França) não têm considerado como piratas os navios dos revoltosos, mesmo quando não há reconhecimento.

A natureza jurídica do reconhecimento é declaratória, uma vez que ele comprova a existência do preenchimento de determinadas condições. Entretanto, não podemos deixar de dizer neste caso, com Lauterpacht, de que ele também “é constitutivo dos direitos e deveres da beligerância”.

Os autores são unânimes em afirmar que o instituto do reconhecimento como beligerante está em desuetude (Verhoeven). Parece que o reconhecimento como beligerantes foi dado pela última vez na guerra dos

Bôeres (1899-1902). O abandono deste instituto se vincularia a duas considerações: *a*) ele ameaça a integridade territorial do Estado; *b*) os terceiros Estados têm participado das guerras civis, o que não é compatível com o reconhecimento de beligerantes (Cassese). Atualmente, as organizações internacionais, quando desejam exprimir a sua posição em relação às partes em luta, escolhem um dos governos como representante ou, ainda, falam em “reconhecimento da legalidade de representação”, como foi feito com alguns movimentos de libertação nacional. Entretanto, em junho de 1979 este instituto ressurgiu quando os países do Pacto Andino reconheceram os sandinistas, na Nicarágua, como beligerantes.

No caso da guerra de Biafra, apesar de existirem as condições necessárias para o reconhecimento como beligerantes, este não ocorreu. Tanzânia, Gabão, Costa do Marfim, Zâmbia e Haiti reconheceram Biafra como Estado soberano com uma finalidade humanitária (auxílio médico e alimentar); sem que o reconhecimento implicasse o estabelecimento de relações diplomáticas. Esta forma de reconhecimento dada a Biafra é errada (ele não era Estado soberano) e inútil porque os Estados da Europa e América deram auxílio a Biafra sem qualquer reconhecimento, através da Cruz Vermelha.

241. O reconhecimento como insurgente ou “estado de insurgência”⁶ ocorre em revoltas que não assumem a proporção de uma guerra civil.⁷

O reconhecimento como insurgentes não dá origem a uma situação definida como ocorre com os beligerantes.⁸ Os seus efeitos vão depender dos Estados que efetuarem o seu reconhecimento. Diante disto é que se fala em “estado de insurgência”, isto é, constata-se a existência de uma determinada situação de fato sem que dela surja automaticamente um determinado *status* jurídico. A sua situação é diferente da dos beligerantes porque o reconhecimento não cria automaticamente determinados direitos e deveres. O ato de reconhecimento é que fixa os efeitos que pretende dar.

Ele surgiu em 1885, em uma decisão da Corte do Distrito de Nova Iorque, a respeito do navio colombiano “Ambrose Light”, que se havia revoltado contra o governo “de jure” e fora aprisionado por um navio de guerra norte-americano.⁹ Na doutrina, esta modalidade de reconhecimento foi defendida e formulada inicialmente pelos internacionalistas norte-americanos Wharton e Grafton Wilson.

Os seus efeitos são mais restritos do que o do reconhecimento como beligerantes. Eles podem ser resumidos nos seguintes: *a*) os navios dos insurgentes não são considerados piratas; *b*) os insurgentes terão tratamento de prisioneiros de guerra; *c*) o governo “de jure” não é responsável pelos atos dos insurgentes; *d*) apesar de não terem o direito de bloqueio, eles podem, “dentro das águas territoriais do próprio país, impedir o acesso da parte contrária aos abastecimentos” (Accioly). Os terceiros Estados não estão sujeitos obrigatoriamente à neutralidade; todavia, podem declará-la,

e os revoltosos não têm o direito de captura na guerra marítima. Quanto aos efeitos do reconhecimento como insurgentes, podemos repetir as mesmas observações feitas no tocante aos efeitos do reconhecimento como beligerantes.

No Brasil, este tipo de reconhecimento ocorreu na revolta de Custódio de Mello.¹⁰ Foi utilizado na guerra civil espanhola porque os países europeus, de um modo geral (Inglaterra, etc.), se recusaram ao reconhecimento como beligerantes, uma vez que ela não era de certo modo realmente apenas uma guerra civil.¹¹ Ainda em relação à guerra civil espanhola, foi concluído o Acordo de Nyon (1937) por países interessados no comércio marítimo do Mediterrâneo, que o submarino que atacasse um navio que não pertencesse às partes em luta seria considerado pirata e poderia ser destruído. Assim sendo, o Mediterrâneo foi dividido em zonas de patrulha.

É preciso assinalar que os institutos de reconhecimento como beligerantes e insurgentes foram “os primeiros mecanismos” que vão permitir a aplicação do direito de guerra a um conflito interno (Verhoeven).

242. A nação não é pessoa internacional, apesar da denominação da nossa matéria.

Ela somente alcançou a qualidade de sujeito do DI em um curto espaço de tempo. Em 1917-1918 os comitês nacionais polonês e tcheco, formados na França para lutar contra os impérios centrais, foram reconhecidos como nação pelos aliados.

Os efeitos deste reconhecimento eram bastante restritos, e os positivistas (Anzilotti) chegaram a lhe negar qualquer valor. Eles podem ser apontados como os seguintes: a) autorizava a remessa de bandeiras aos poloneses e tchecos que lutavam ao lado dos aliados; b) atribuía “certas imunidades diplomáticas aos agentes e representantes dos comitês em território estrangeiro”.

No início da 2ª Guerra Mundial esta modalidade de reconhecimento foi aplicada por um curto período em relação a um comitê tcheco, para desaparecer definitivamente em 1941.

243. A Santa Sé¹² somente começou a ter a sua personalidade internacional discutida após a invasão de Roma pelas tropas do General Cadorna, em 1870, para a realização da unificação italiana. Esta questão foi levantada porque a Santa Sé, com a incorporação dos Estados Pontifícios ao Reino da Itália, perdera a base territorial em que assentava a sua soberania.¹³

As discussões sobre a existência ou não da personalidade internacional da Santa Sé foram imensas no campo doutrinário. Alegava-se que lhe faltava a base territorial e mesmo que pela ocupação teria ocorrido uma “*debellatio*”,¹⁴ enquanto os defensores de sua personalidade internacional falavam em soberania espiritual (*Le Fur*) e ainda que a Santa Sé dominava uma pequena parcela territorial que era o Vaticano. De qualquer modo, estas discussões não tiveram maiores repercussões na prática internacional,

uma vez que o Papado continuou a ser considerado pessoa internacional pelos Estados estrangeiros e, em consequência, a receber e a enviar agentes diplomáticos, bem como a assinar concordatas. É interessante assinalar que no início da Questão Romana o Papado não reconhecia o Estado Italiano e não permitia que os católicos participassem da vida política italiana. Na prática a abstenção dos católicos deixou de existir desde o final do século XIX, para evitar uma vitória socialista. Os católicos acabaram autorizados a participar da política.

A questão foi definitivamente resolvida com os acordos de Latrão, de 11 de fevereiro de 1929, entre a Santa Sé e a Itália, que terminaram com a denominada “Questão Romana”. Estes acordos compreendiam um acordo político, outro financeiro e uma concordata. O acordo político reconheceu, no seu art. 2º, a soberania no domínio internacional da Santa Sé, e no art. 3º, o seu direito “à plena propriedade” e “à jurisdição soberana” sobre o Vaticano.

A personalidade internacional, como se verifica no acordo político de Latrão, é da Santa Sé e não do Vaticano. A Santa Sé é a reunião da Cúria Romana com o Papa.¹⁵ James Crawford mostra que esta afirmação não é tão simples, vez que a Cidade do Vaticano é membro da UPU e UIT, enquanto a Santa Sé pertence à AIEA. Observa que a relação entre Vaticano e Santa Sé é uma relação entre Estado e governo, mas que a Santa Sé tem um estatuto adicional não territorial que é mais importante do que o seu estatuto de governo da Cidade do Vaticano.

Alguns autores (Verdross, Quadri), entretanto, têm sustentado que a personalidade internacional é da Igreja Católica. O internacionalista italiano alega, em seu favor, que há sempre uma intervenção soberana do Papa em todos os assuntos e que o Papa fala em nome da Igreja Católica. Esta orientação não é a predominante, e o Tratado de Latrão fala expressamente em Santa Sé.

A Santa Sé, como pessoa internacional, possui os direitos de legação¹⁶ e convenção. Ela é membro de organizações internacionais e tem participado de conferências internacionais; p. ex.: Genebra, 1958, sobre direito do mar; Genebra, 1949, sobre humanização da guerra, sendo que as convenções desta última foram por ela ratificadas. É de se assinalar que a Santa Sé, sendo uma entidade soberana, goza de imunidade de jurisdição perante tribunais estrangeiros.

Uma questão muito debatida tem sido as relações entre a Santa Sé e o Vaticano; uns (Kelsen), vêem aí uma união pessoal; outros (Casoria), uma união real; e outros (Cumbo) ainda, declaram que o Vaticano é vassalo da Santa Sé. Na verdade, qualquer uma destas classificações não corresponde à realidade. Não é união pessoal porque o Estado do Vaticano não tem personalidade internacional. Do mesmo modo, não se enquadra nas relações da vassalagem, que era um estágio probatório até que o Estado alcançasse a plena independência; no caso em estudo, há uma situação

permanente. Nem mesmo há uma união real, porque o Vaticano não tem personalidade internacional, e a personalidade internacional é apenas da Santa Sé. As relações entre a Santa Sé e o Vaticano não se enquadram em nenhuma forma clássica de Estado, vez que é difícil se distinguir um do outro.

É interessante observar que o Vaticano (44 hectares) possui uma nacionalidade própria e que Niboyet denominou de "funcional", enquanto Ilmar Penna Marinho fala em "jus domicilii" combinado com "jus laboris". Têm a sua nacionalidade: a) "os cardeais residentes na Cidade do Vaticano ou em Roma"; b) os que residirem de um modo permanente no Vaticano; c) perdem a nacionalidade do Vaticano aqueles que perderem as suas funções que os obrigavam a residir no Vaticano. O Vaticano é neutro permanente a partir do Tratado de Latrão.

A população do Vaticano é de cerca de 1.500 pessoas, entre clérigos e leigos.

244. O instituto do mandato¹⁷ é recente no DI. Durante a 1ª Guerra Mundial, diversos grupos se manifestaram contrários aos Estados colonialistas e propunham que as colônias fossem internacionalizadas. Esta era a tese defendida pelo Partido Trabalhista na Inglaterra e o "Round Table Group" nos EUA. Após a guerra, esta corrente foi de encontro aos defensores de que as colônias dos vencidos deveriam ser anexadas aos vencedores. Havia a tese dos que defendiam uma administração internacional para as colônias dos países derrotados e a dos que sustentavam a anexação pura e simples das colônias pelos vencedores. Uma posição intermediária foi preconizada pela General Smuts, da União Sul-Africana, em uma obra intitulada "The League of Nations: A Practical Suggestion", 1918.^{17a} Foi esta a origem do mandato instituído pelo art. 22 do Pacto da SDN e aplicado às colônias alemãs e otomanas.¹⁸

O sistema de mandato consistia em entregar as colônias a determinadas potências, denominadas mandatárias, que deveriam administrá-las sob fiscalização da SDN, que possuía uma Comissão Permanente de Mandatos para receber e examinar os relatórios anuais dos mandatários. A Sociedade das Nações dava às potências administradoras uma carta de mandato. A finalidade última deste sistema era administrar tais povos até que estivessem aptos para a independência.

Existiam três tipos de mandatos: A, B e C. As relações entre o mandatário e o território se assemelhavam, no tipo A, às de um protetorado; no tipo B, à relação entre uma metrópole e sua colônia; e no tipo C havia quase que uma anexação do mandatário. Havia, assim, uma diferente intensidade de poder da potência mandatária, variando conforme o tipo de mandato. No tipo A foram incluídas as populações que estavam quase atingindo a independência: a Síria e o Líbano, entregues à França; a Transjordânia, o Iraque e a Palestina, sob a administração da Grã-Bretanha. Todos os mandatos do tipo A alcançaram a independência logo após a 2ª

Guerra Mundial. Nos do tipo B foram colocados certos povos da África Central: Tanganica para a Inglaterra. Ruanda Urundi para a Bélgica, etc. No tipo C foram incluídos territórios com escassa população e de civilização ainda atrasada: sudoeste africano entregue à União Sul-Africana, etc.^{18a} Outros casos de mandato podem ser mencionados, como Samoa, entregue à Nova Zelândia; Nauru, ao Império Britânico; Guiné Oriental à Austrália e ilhas Carolinas ao Japão.

O sistema de mandatos desapareceu com a Sociedade das Nações, sendo substituído na Carta da ONU pela tutela internacional.

A origem da tutela parece estar nos trabalhos de algumas organizações privadas realizados durante a Segunda Guerra Mundial, como o "Institute of Pacific Relations", e foi em uma conferência convocada por ele em Quebec, em 1942, que Lorde Hailey (Grã-Bretanha) usou pela primeira vez a palavra "trusteeship".

A expressão "mandato" foi muito criticada, daí a sua substituição por tutela. As objeções que lhe eram dirigidas foram as seguintes: a) o mandato é um contrato e, no caso em apreço, havia um serviço público internacional; b) o mandato é revogável no Direito Civil, enquanto que no DI era necessário, para que tal ocorresse, o consentimento da própria potência mandatária, o que significava, praticamente, ser ele irrevogável. Em substituição foi criada a "tutela internacional", e em favor desta terminologia são alegadas diversas semelhanças com a tutela do direito privado: a) a função é exercida gratuitamente; b) existe uma prestação de contas; c) é um serviço público. Tem sido observado, entretanto, que existem diferenças entre a tutela do Direito Civil e do Direito Internacional: a) nesta última, a potência administradora tem missão civilizadora, o que não existe na tutela do Direito Civil; b) no Direito Interno a tutela termina com a morte do menor, o que é impossível ocorrer no Direito Internacional.

A finalidade da tutela é conduzir os povos colocados neste regime à independência política. A tutela internacional é aplicada por meio de acordos de tutela (entre a ONU e a potência administradora), em que são fixadas as suas condições.¹⁹ Ela se aplica nos termos da Carta da ONU: 1) a todos os territórios que estivessem sob mandato. Todavia, a União Sul-Africana tem-se recusado a colocar neste regime o sudoeste africano e só se comprometeu a submeter relatórios à ONU;²⁰ 2) a todos os territórios coloniais dos Estados vencidos; foi aplicado à Somália italiana, que ficou sob tutela temporária da Itália de 1950 a 1960; 3) a territórios não autônomos cujas potências administradoras queiram colocá-los sob tutela, mediante acordo com a ONU; até hoje não surgiu um caso nesta situação.

A ONU tem um órgão próprio para fiscalizar o regime de tutela, que é o Conselho de Tutela,²¹ cuja composição é a seguinte: a) todos os países que possuem territórios sob tutela; b) todos os Grandes que não têm tutela; c) tantos países que, somados aos Grandes que não têm tutela, dêem um número igual ao de países que possuem tutela. Esta composição variável

tem por finalidade dar ao Conselho um número igual de países que possuem tutela e de países que não a têm. Desde 1965 que não existe eleição para o Conselho de Tutela, tendo em vista que só existem atualmente como tuteladas as Ilhas do Pacífico (EUA) e que os Estados sem tutela já estão em maioria no Conselho, tendo em vista que os Grandes sem tutela têm lugar permanente nele. É de se lembrar que o Conselho de Tutela assessorava a AG e o CS (tutela dos EUA) em matéria de tutela. Ele se reunia duas vezes por ano, geralmente em janeiro e julho, podendo reunir-se extraordinariamente. As suas decisões eram tomadas por maioria simples.

O Conselho de Tutela tinha, notadamente as seguintes funções: a) examinar os relatórios das potências administradoras; b) receber petições dos habitantes e examiná-las; c) providenciar visitas ao território sob tutela.²² Enfim, fiscalizar a potência administradora.

Ao lado da tutela que estudamos acima, e que constitui a tutela "comum", existe uma de caráter especial, que é a tutela estratégica, aplicada a 623 ilhas do Oceano Pacífico,²³ outrora sob mandato do Japão e colocadas, em 1947, sob tutela estratégica dos EUA, por decisão do Conselho de Segurança. Ela se diferencia da anterior nos seguintes aspectos: a) o órgão fiscalizador é o Conselho de Segurança; b) a potência administradora pode estabelecer bases militares no território tutelado; c) a ONU só pode enviar agentes a estes territórios para fiscalizar planos de desarmamento. Este tipo de tutela tem sido muito criticado pela doutrina, porque neste caso a potência administradora terá interesse em manter o regime vigente, sem conduzir tais povos à independência e sem que possa haver uma fiscalização eficaz por parte da ONU. Em 1975 foi concluído acordo entre os EUA e a Associação das Ilhas Marianas do Norte, que eram tutela estratégica dos EUA. Estes terão a competência para os assuntos externos, e a Associação terá autonomia nos assuntos internos.

Estes territórios possuem personalidade internacional, uma vez que recebem direitos e deveres diretamente da ordem jurídica internacional.²⁴

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos consagram que os Estados que administram territórios não autônomos e territórios sob tutela "promoverão o exercício do direito de autodeterminação".

Pode-se assinalar que a tutela estratégica terminou, tendo em vista que os EUA transformaram as diversas ilhas em Estados associados (v. capítulo Classificação de Estados). O último território sob tutela foram as Ilhas Palaos, na Oceano Pacífico, que estavam sob administração dos EUA, mas que alcançaram a independência em 1994, com o nome de Belau.

245. A Soberana Ordem de Malta (ou Ordem de São João de Jerusalém)^{24A} teve a sua origem "num hospital estabelecido em Jerusalém no século XI, para peregrinos cristãos, pobres e depois, com donativos recebidos após a 1ª Cruzada, foi formada uma Ordem religiosa, com votos de pobreza, castidade e obediência" (Accioly). À frente destes monges estava

Geraldus, e em 1119 o Papa aprovou a ordem, dando a ela um aspecto também militar. No século XII, por uma bula do Papa Pascoal II, ela foi colocada sob a dependência da Igreja. Do século XIV até 1552, quando foi expulsa por Solimão II, dominou a ilha de Rodes, onde o Grão-mestre era considerado príncipe soberano. Tendo sido perdida esta ilha, Carlos V fez a entrega à Ordem das ilhas de Malta, Gozo e Comino (1523),^{24B} que foram conquistadas por Napoleão (1798), e posteriormente cedida à Inglaterra pelo Tratado de Paris (1814) e pelo Congresso de Viena (1815).²⁵ Ela foi restaurada, em Roma, em 1878, "como uma organização secular de caridade", vez que desaparecera em 1798.

A sua sede é em Roma e se dedica a fins filantrópicos; mantém relações diplomáticas junto a diversos Estados. O Grão-mestre tem gozado da imunidade de jurisdição, reconhecida em duas sentenças da Corte de Cassação italiana (1931 e 1933). Em 1954 o Tribunal de Roma qualificou a direção da Ordem como "governo no exílio" e, um ano antes, em 1953, um colégio de cinco cardeais indicado pelo Papa a considerou "pessoa internacional", mas dependente da Santa Sé, tendo em vista que se trata de uma ordem religiosa. Ela tem personalidade, segundo a sentença cardinalícia, porque a Ordem possui autonomia de organização.

Ela não é parte em tratados multilaterais (F. Rezek), como exceção a esta afirmação podemos lembrar que ela é membro do Comitê Internacional de Medicina e Farmácia Militares, organização internacional inter-governamental com sede em Liege, na Bélgica.

A Carta Constitucional da Ordem de Malta é de 1961 e ela é governada pelo Grão-mestre, que é assistido por um Conselho Soberano. Os atos públicos da Ordem estão isentos do poder tributário italiano. As sentenças dos tribunais da Ordem são executáveis na Itália, como se emanassem de estado estrangeiro (J. Barberis).

Diversos autores (Sereni, Quadri, Accioly) têm negado a sua personalidade internacional, defendendo que ela não é soberana, nem tem base territorial, e que a existência da personalidade não decorre do simples fato de manter relações diplomáticas. Entretanto, podemos afirmar que para ter subjetividade internacional não é necessário possuir território ou soberania, bem como que nas relações internacionais só possui direito de legação ativa e passiva quem for pessoa internacional. É evidente que ela não possui os mesmos direitos e deveres que os Estados, mas nem por isso as suas relações externas deixam de estar reguladas pelo DIP. Ela é pessoa internacional porque tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. Negar a sua personalidade é ficar em contradição com o conceito de sujeito de direito adotado. Ela mantém relações diplomáticas com quarenta países e pode oferecer os seus bons ofícios como potência protetora em conflitos armados (art. 5º do Protocolo I, de Genebra, de 1977).

246. A Cruz Vermelha Internacional^{26a} foi o resultado dos esforços do comerciante de Genebra Henri Dunant, que observara a falta de assistência para os feridos nos campos de batalha. Dunant ficara impressionado com os horrores da batalha de Solferino (1859), entre a França e a Áustria.^{26a} Em 1862 publicou uma obra intitulada "Un Souvenir de Solferino", onde propôs a criação de organizações para atender aos feridos na guerra, sem distinção de nacionalidade. Entre os leitores desta obra estava Gustave Moynier, que impressionado pela idéia de Dunant se associou a ele e se transformou no "verdadeiro arquiteto da Cruz Vermelha".^{26b}

Em 1863 foi criado o "Comitê Internacional e Permanente de Socorro dos Feridos Militares" (cinco membros: Dunant, Moynier, Dufour — presidente —, Appia e Maunoir), que resolveu convocar uma conferência internacional a fim de tratar da "insuficiência do serviço sanitário nos exércitos em campanha". No mesmo ano se reuniram delegados oficiais de 16 países em Genebra. Esta conferência resolveu que "os Estados deveriam favorecer a criação, no seu território, de sociedades privadas solidárias umas com as outras e capazes de exercer uma ação complementar à do Serviço de Saúde" (H. Coursier). Foi ainda resolvido o símbolo que ela teria. Foi sentida a necessidade de que estas sociedades privadas somente poderiam ter liberdade de ação se fossem oficialmente reconhecidas, daí ter sido convocada a conferência diplomática de 1864 (Genebra) pelo governo suíço, que concluiu pela codificação de alguns princípios: a salvaguarda e respeito aos hospitais militares e às ambulâncias e ao pessoal deles; o símbolo da Cruz Vermelha, etc.

A Cruz Vermelha, entretanto, somente se tornou uma "coletividade organizada" em 1928, quando houve a elaboração dos seus estatutos, que foram revistos, posteriormente, em 1952. Ela compreende: as Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha.²⁷ Após a 1ª Guerra Mundial, por influência norte-americana, a Cruz Vermelha passou a atuar em tempo de paz em saúde pública e profilaxia, por exemplo, campanha contra tuberculose. Esta função é dada à Liga da Sociedade da Cruz Vermelha, hoje Federação das Sociedades da Cruz Vermelha (Jean-Christophe Rufin).

A personalidade internacional, quem a possui é o Comitê Internacional (surgiu na conferência de 1864), com sede em Genebra e totalmente independente de qualquer governo. Entre as suas funções podemos mencionar as de: assegurar proteção e assistência às vítimas de guerra e reconhecer as sociedades nacionais. O Comitê tem uma Assembléia (15 a 25 membros) e um Conselho Executivo (7 membros). Todos são cidadãos suíços e escolhidos por cooptação. Escreve A. Favre que o Comitê é um organismo de direito privado regido pelo Código Civil e desempenhando função pública internacional. Como ele tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional, é igualmente pessoa internacional.

O orçamento é formado por uma dotação dada pelo governo suíço, por doações (os EUA dão a maior parte) e contribuições das sociedades nacionais.

Em 1919, por iniciativa dos EUA, foi criada a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha, que é uma federação das sociedades nacionais que age em tempo de paz, em ações de caridade.

O sinal distintivo da Cruz Vermelha é o de uma cruz vermelha em fundo branco. É o inverso da bandeira suíça, sendo homenagem à Suíça, permanentemente neutra.²⁸ Hoje existem outros símbolos, como o crescente vermelho, o leão vermelho e o sol vermelho sobre fundo branco (Convenção de 1949). O primeiro, utilizado pela Turquia, e os dois últimos, pelo Irã (Accioly). O crescente vermelho começou a ser utilizado pela Turquia e depois passou para os países do Islã. O Irã usava o leão vermelho e após a revolução islâmica adotou o crescente vermelho.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pelas Convenções de Genebra de 1949, tem, em certas circunstâncias, as funções que possuem as potências protetoras para a defesa dos feridos e enfermos. Os locais e as pessoas protegidos com as suas insígnias não podem sofrer qualquer violência.²⁹ O Comitê Internacional da Cruz Vermelha intervém sempre que há necessidade de um órgão neutro. Assim o CICV empreende atividades humanitárias em favor das vítimas, visita os prisioneiros de guerra e atua em favor deles, etc. O CICV cria delegações onde há conflitos que justificam a sua atuação e mantém uma rede de comunicações com a sede. Ele é o "guardião" do direito humanitário (Christophe Swinarski). O CICV tem na ONU estatuto de observador, o que é uma inovação para uma ONG.

O delegado do CICV é inviolável. O CICV negocia com o Estado para onde envia uma delegação um regime de privilégios para os seus funcionários. Nos EUA o Presidente da República baixou uma "Executive Order" concedendo tais privilégios. Em 1995 o CICV já tinha concluído quarenta acordos de sede. O CICV, por razões políticas, tem interesse em afirmar a sua "especificidade" em relação à Suíça para afirmar a sua autonomia. O acordo concluído com a Suíça, de 1993, é igual aos concluídos por ela com as organizações internacionais. Neste acordo é reconhecida a personalidade internacional do CICV, o que é uma conquista, porque o tratado consagra o que já existe na prática costumeira. O CICV pode: a) contratar; b) adquirir e vender bens; c) ser parte na justiça. São consagrados privilégios fiscais e imunidade de jurisdição para os atos praticados no exercício das funções pelos funcionários. Os mais altos funcionários do CICV têm estatuto igual ao dos agentes diplomáticos (Christian Dominicé).

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi organizado em 1973 e passou a ter a seguinte estrutura: a) Assembléia (25 membros) que elabora a doutrina e as regras de ação; b) o Conselho Executivo conduz os trabalhos; c) Direção aplica as decisões do Conselho Executivo e é formado de colaboradores permanentes. Tem ainda um presidente.

247. Os territórios internacionalizados³¹ são aqueles em que a soberania ou a sua administração é exercida por um grupo de Estados ou por uma organização internacional com base em uma convenção internacional.³¹

Este "instituto" foi aplicado a inúmeros territórios: Tânger (1923-1957); Cidade de Dantzig (1919-1939); Trieste (1945-1954); Jerusalém (1947-1952); Sarre (1919-1935; 1947-1955), etc. Pode-se ainda mencionar outros casos em que a idéia de internacionalização esteve presente, mas não se concretizou, como ocorreu com a Palestina, após a 1ª Guerra Mundial, que se transformou em mandato da Grã-Bretanha, quando esta obteve a concordância da França.

Estes territórios possuíam personalidade internacional, uma vez que eram destinatários de normas internacionais. Um exemplo do que acabamos de afirmar é o território do Sarre (1947-1955), que entrou para o Conselho da Europa como membro associado e possuía uma nacionalidade própria.

O regime de internacionalização geralmente é seguido de uma desmilitarização ou neutralização.

Atualmente não existem territórios internacionalizados, no sentido restrito que aqui damos (exclusão dos territórios sob tutela). A decadência deste "instituto" se prenderia ao crescente nacionalismo dos povos (Ydit).³²

248. As sociedades comerciais³³ estão dentro de determinadas organizações internacionais européias, possuindo direitos e deveres, como é o caso das empresas de aço e de carvão dentro da CEECA; assim, elas são obrigadas a prestar informações quando solicitadas, ou, ainda, têm o direito de recorrer, em certos casos, à corte de justiça das comunidades, etc.

Elas surgem normalmente como participantes, "ativos e passivos", dentro destas organizações européias que alcançaram maior grau de integração do que as demais organizações internacionais.³⁴

A caracterização das empresas multinacionais não é pacífica e os critérios têm variado: *a)* seriam aquelas capazes de influenciar a economia de diversos países ao exercerem atividades neles; *b)* seriam as sociedades em que o poder de decisão está disperso nas suas subsidiárias; *c)* seriam aquelas que atuam no estrangeiro por meio de subsidiárias ou filiais. Elas levantam problemas da maior importância para o DIP, como o da proteção diplomática da sociedade ou dos acionistas. É de se recordar que a ONU atualmente as denomina de empresas transnacionais. Francesco Francioni dá como elementos da empresa multinacional os seguintes: *a)* uma grande empresa com enorme potencial financeiro; *b)* tem um patrimônio científico-tecnológico; *c)* internacionalização da administração; *d)* há uma unidade econômica e diversidade jurídica das diferentes unidades que têm nacionalidades diferentes.

A conceituação destas empresas é tão difícil que se prefere muitas vezes falar em "investimento estrangeiro". Carreau, Flory e Juillard afirmam que empresa multinacional é a que tem vários estabelecimentos em

diferentes Estados, havendo um vínculo entre os estabelecimentos e um destes tem a capacidade para exercer influência nos demais. Como escreve Patrícia Merciai, para existir empresa multinacional não é suficiente que atue em vários Estados, mas que haja "unidade de ação em escala internacional" a fim de que seja uma "empresa única".

As razões que têm sido apontadas para as empresas multinacionais partirem para o exterior são muitas: *a)* mão-de-obra mais barata; *b)* controlar mercados a fim de facilitar as exportações; *c)* controlar as fontes de matéria-prima; *d)* evitar a concorrência de empresas locais; etc. Pode-se acrescentar, ainda, que elas fazem o superfaturamento do que é importado da matriz, bem como o subfaturamento do que vendem à matriz.

As empresas multinacionais, segundo alguns autores, fariam a integração internacional independentemente da soberania dos Estados. Tem sido observado com razão que empresa multinacional é atualmente ainda sinônimo de americanização. Sendo de se recordar que 85% delas são norte-americanas. Daí já se ter dito sobre elas que a denominação de "multinacionais" é uma simples "etiqueta de relações públicas" (H. Schiller e J. Phillips). Diz Rigaux que o epíteto "multinacional" parece ter origem norte-americana. Parece que esta expressão foi usada pela primeira vez por David Lilienthal (1960) e foi divulgada pela "Business Week" (EUA), em 1963, que publicou um estudo sobre elas. Elas surgiram em virtude da necessidade de novos mercados, bem como nos países subdesenvolvidos encontram mão-de-obra mais barata e condições fiscais mais favoráveis. O Mercado Comum Europeu, ao "eliminar" as fronteiras, facilita a penetração das firmas norte-americanas. O grande problema destas empresas é que elas ameaçam a soberania dos Estados onde se instalam, vez que devido ao seu poderio econômico^{34A} acabam por desenvolver uma política própria, bem como, ainda devido a este mesmo poderio, acabam por influenciar a política da grande potência de que são nacionais e terminam por contar com a sua proteção. Os mais diferentes autores têm defendido que o Parlamento deveria tentar se manter informado da ação internacional das grandes empresas privadas (Antonio Cassese). Pode-se acrescentar ainda que elas são muitas vezes executoras da política externa da grande potência. É de se recordar a participação da ITT na queda de Allende no Chile. A ONU, desde 1972, tem-se preocupado com elas e começou a estudá-las através de depoimentos e relatórios. Em 1974 o CES criou a Comissão das Sociedades Transnacionais. A ONU elabora um código de conduta para tais empresas. Para alguns autores (Colin e Rosenberg) o código de conduta não dará personalidade internacional às sociedades transnacionais. O Código tem a sua origem em preocupação surgida em 1972 devido à participação da ITT na queda de Allende. O 3º Mundo considera que o Código deve regulamentar e controlar as atividades das sociedades transnacionais nele. Para os países industrializados deve criar um clima propício para as sociedades irem para o estrangeiro. O 3º Mundo quer que o Código seja

uma convenção, já os países ricos não aceitam isto (Guy Feuer e Hervé Cassan). Há muita dúvida de que as empresas transnacionais venham a se submeter ao Código de Conduta mesmo que ele venha algum dia a ser aprovado. Por outro lado, a expressão "Código de Conduta" parece se referir a um "soft Law", que não é obrigatório, mas simples regra de conduta (Fr. Rigaux). O Código nunca foi aprovado e teoricamente as negociações continuam. Em 1977 a OIT adotou uma declaração de princípios sobre as empresas multinacionais e a política social. Em 1978 foi concluída na ONU uma convenção para evitar e eliminar pagamentos ilícitos, mas foi ratificada por poucos Estados.

No Grupo Andino foi estabelecido um regime comum para o capital estrangeiro. No Grupo Andino é empresa andina multinacional a que tem o principal domicílio localizado em um dos Estados-membros, a subscrição deve ser feita por nacionais de dois ou mais Estados, a administração deve ser de vários Estados, as ações devem ser nominativas, etc. Luciano Martins salienta que o "declínio relativo da hegemonia política dos EUA" favorecerá as empresas americanas, em detrimento das europeias e japonesas, ao lhes serem abertos mercados que lhes estavam fechados por razões políticas. A consequência disto é que elas acabaram por desenvolver uma "capacidade política própria". Os seus interesses não mais coincidem sempre com os dos EUA. Por outro lado, estas empresas acabam por criar verdadeiros aliados dentro do Estado, ao contratarem indivíduos influentes para os seus cargos de direção. Talvez estes indivíduos digam atualmente: "my corporation, my home". Elas criam para estes indivíduos "conflitos de lealdade".

Segundo Warren Dean as multinacionais acarretam o desaparecimento do mercado capitalista de concorrência, que passa a ser apenas entre as multinacionais. As compras e vendas "são feitas com as próprias filiais, a preços preestabelecidos, de tal modo que mesmo os governos são incapazes de determinar o valor real de suas exportações e importações" (Warren Dean). Salienta ainda este autor que "o convite às multinacionais resolveu o problema da hostilidade do governo americano à industrialização nos países mais pobres", vez que tais empresas asseguravam repatriar os lucros, bem como os EUA "poupariam os gastos com ajuda externa". Ele conclui afirmando que "tais argumentos eram sinais de enfraquecimento do movimento operário nos Estados Unidos, que estava para perder milhões de empregos".

Huntington observa que a política das multinacionais é conservadora, tendo em vista que elas, para operarem no estrangeiro, negociam com os grupos dominantes. Ou, ainda, elas se ligam "às classes dominantes dos seus países de origem, exatamente por possuírem a condição de proprietária do capital..." (Paulo Freire). Acresce ainda que elas necessitam de estabilidade nos países em que vão operar, daí os seus investimentos na polícia e forças armadas (Harry Magdoff). Louis Turner assinala que elas

criam, nos países subdesenvolvidos, elites locais que imitam o "way of life" dos países ricos, não dando importância aos interesses de seu povo. Jacques Huntzinger observa sobre os dirigentes das multinacionais, que têm uma "dupla nacionalidade de fato", isto é, a nacionalidade de origem e afeição à da matriz. Pode-se lembrar que elas atuam em áreas de influência política do Estado de que a matriz é nacional (Charles Albert Michalet). Pode-se recordar que nos EUA as empresas multinacionais são acusadas de "exportar empregos nacionais". Contudo, a Comissão da CEE, em relatório, afirmou que 2/3 dos investimentos americanos na Europa foram financiados pelos contribuintes locais.

Os Estados que as recebem têm praticamente nenhuma influência sobre elas, tendo em vista que as decisões são tomadas na matriz, bem como toda a pesquisa tecnológica vem desta. Já houve quem as chamasse de "colonizadores do século XX", tendo em vista que os "benefícios reais" delas são encaminhados à matriz. Yann Fitt as denomina de tropas de elite do imperialismo americano. Outros (Barnett e Muller) falam a respeito delas como fazendo a colonização do futuro. Mohammed Bedjaoui as denomina de "companhias de carta" do século XX. Bresser Pereira observa que "as empresas multinacionais são hoje a forma através da qual, e por excelência, as economias dos países caracterizados pelo subdesenvolvimento industrializado se inserem e se solidarizam com o sistema capitalista central". Segundo este autor, foi a partir dos anos 50, com a entrada das multinacionais no Brasil, que surge o modelo do subdesenvolvimento industrializado. Uma crítica que pode ser ainda dirigida a tais empresas é que não há qualquer controle sobre a "planificação privada" da sociedade mãe (François Rigaux).

Na África, além das vantagens dadas geralmente a estas empresas, como as alfandegárias, elas acabam por contrair empréstimos em bancos locais que cobram uma taxa de juros mais baixa e que consideram estes empréstimos seguros.

Trigo Chacón sugere que deveria existir um registro delas em um organismo internacional.

Estas empresas defendem-se alegando que elas treinam novos dirigentes, aumentam o mercado de trabalho, trazem *know-how*, bem como que são enviadas pelo Estado para se instalar em áreas pobres que o Estado não tem recursos para desenvolver, por exemplo, no sul da Itália. Muitas vezes, acabam por dominar estas regiões (Escócia). Elas contribuem para a quebra da unidade estatal (Poulantzas).

A influência das multinacionais está se estendendo ao sistema das Nações Unidas. Elas têm colaborado com a FAO, que acabou por criar, em 1967, o Programa de Cooperação Industrial. Roger Garaudy observa que a partir do momento em que a FAO se associou com as empresas multinacionais ela deixou de se preocupar com o desenvolvimento da agricultura no 3º Mundo para cuidar da indústria agrícola. A tendência

destas empresas é terem um papel ainda maior "com o desmoronar das barreiras comerciais da Guerra Fria" (Paul Kennedy — Preparando para o século XXI, 1993).

Alguns autores (Vernon) têm proposto medidas a fim de limitarem o poder das multinacionais, tais como: *a)* conclusão de acordos limitando a ingerência do Estado de origem da empresa no Estado que a recebe; *b)* reativar a Cláusula Calvo; *c)* as subsidiárias devem agir como nacionais de boa fé; *d)* a criação de uma nova jurisdição internacional, etc.

As organizações internacionais também têm se preocupado com elas. Assim a OCDE, em 1976, em uma Declaração sobre as multinacionais, afirma: *a)* os Estados têm o direito de regulamentar as condições em que as multinacionais podem operar em território sob sua jurisdição; *b)* deve ser estimulada a arbitragem para a solução dos litígios; *c)* as empresas multinacionais não devem conceder "gratificações" indevidas; *d)* não devem participar da política; *e)* devem contribuir para o desenvolvimento científico nacional do Estado que as recebe, etc.

Finalmente, é de se recordar que a noção de empresa multinacional é econômica e não jurídica, isto é, no direito as empresas têm como regra geral apenas uma nacionalidade. Exceção ao que acabamos de afirmar é a empresa destinada à construção e exploração de Itaipu, que é binacional.^{34B} É de se repetir que a influência de empresas multinacionais é crescente nas relações internacionais, e os mais modernos especialistas (Modelski, Gonidec) desta disciplina já a estudam como atores influentes. Por outro lado, é de assinalar que a multinacionalização não é apenas das grandes firmas, mas se estendeu às médias e às pequenas.

Desejamos encerrar este item com a definição de empresa multinacional de Arnold Hall: "É uma companhia sob bandeira norte-americana fabricando os seus produtos onde a mão-de-obra é menos cara e transferindo seus lucros para um outro país onde os impostos são mais baixos ou, melhor ainda, inexistentes." Pierre Mayer acrescenta: "assim como a sua tesouraria se encontra onde os benefícios de câmbio são os mais altos".

Para se verificar a importância nas relações internacionais destas empresas podemos citar um trecho de Josepha Laroche que afirma: da "state Diplomacy" passava-se a "state firm Diplomacy" (diplomacia do estado influenciado pelas firmas) e agora estamos na "Firm-Firm Diplomacy".

É de se salientar ainda que as empresas têm de um modo geral acesso a organizações internacionais, a fim de aí obterem, por exemplo, empréstimos, como no BID. Ou, ainda, o acesso das empresas comerciais à Corte de Justiça das Comunidades Europeias.

Podemos mencionar ainda as denominadas empresas públicas internacionais, que têm recebido as mais diversas denominações como empresas internacionais, ou organismos internacionais de gestão, ou estabelecimentos públicos internacionais (v. capítulo XXIV, n.º 259).

B. Goldman as caracteriza como sendo as constituídas sem aplicação de uma única lei nacional, os seus dirigentes são nacionais de mais de um Estado, a sua personalidade não decorre de apenas uma lei nacional e as suas regras têm por fonte vários direitos nacionais.

Libbrecht menciona a existência de três categorias de empresas de caráter jurídico internacional "em função da determinação do direito aplicável": *a)* empresa economicamente internacional é aquela que não é criada por tratado, mas este estabelece que será criada no âmbito do direito de um Estado determinado tal empresa. É o caso da Eurofima, cuja personalidade é dada pelo registro de comércio suíço. Ela é regida por normas internacionais e simultaneamente, às vezes, por normas internas. A sua personalidade é criada pela ordem jurídica do Estado da sede; *b)* empresa juridicamente internacional limitada às comunidades europeias. Ela não se encontra presa ao direito interno do Estado onde tem a sua sede. É o caso das empresas comuns (ver abaixo); *c)* a empresa é juridicamente internacional, sendo a sua personalidade internacional criada por tratado. A regra é aplicar o DI, sendo que o direito interno é a exceção.

As empresas comuns estão previstas no tratado da Euratom e a iniciativa para a sua criação é dada não apenas aos Estados, mas também a empresas privadas, e a intervenção da organização é apenas para autorizar a sua criação. Elas são consideradas empresas internacionais e não se submetem a uma legislação nacional, a não ser a título subsidiário. Elas podem comparecer perante a Corte de Justiça das Comunidades Europeias a fim de interpretação de seus estatutos. Têm isenção aduaneira. Os seus privilégios são fixados pelo Conselho da Euratom. Elas são criadas por decisão do Conselho de Ministros da Euratom. A decisão do Conselho incorpora os estatutos da empresa. Pode-se definir empresa comum com H. Druck, como sendo aquela que "o capital, os membros ou a natureza jurídica são nacionais de vários Estados e cuja atividade se reveste de importância no plano nacional tanto do ponto de vista industrial e científico como do ponto de vista comercial, qualquer que seja a sua forma de organização". Ou, então, a definição de G. Tosato, de que existe uma empresa comum quando é constituída por um tratado para desenvolver uma atividade econômica que tenha um interesse comum para mais de um Estado. Estas empresas visam a construção e exploração de reatores e usinas nucleares. A finalidade é econômica no sentido de se utilizar em comum recursos financeiros e técnicos.

Estas "empresas internacionais", de um modo geral, têm formas societárias, visam um interesse público e têm fins lucrativos. A sua organização é calcada nas sociedades anônimas. O regime do pessoal varia de uma para outra. Elas não têm imunidade de jurisdição, mas se beneficiam de uma limitada imunidade de execução. Gozam de facilidades aduaneiras para importação e exportação. O Eurocontrol e a Euroquímica podem concluir acordos externos. Não têm o direito de missão passiva e nunca

exerceram o direito de missão ativa, apesar de poderem enviar, respectivamente, observadores à OACI e à AIEA. Geralmente são as convenções que criam as empresas internacionais que lhes atribuem personalidade legal. A personalidade pode ser reconhecida por todos os Estados, ou até mesmo por apenas um Estado, como a Luxembourg Railway Company. A personalidade só existe para os Estados que a reconhecem.

Os autores divergem na sua denominação: "empresa pública multinacional" (Carlos Fliger); "empresas públicas internacionais" (Soreni); "empresas não nacionais" (Spufford); "empresas internacionais" (Calon); "empresas internacionais de utilidade pública" (Sundstrom); etc. (v. capítulo XXIV, item 59).

É de se observar, com Libbrecht, que é extremamente difícil qualificar "com exatidão a forma jurídica" de tais empresas e que elas se misturam "nos confins do direito interno e do direito das gentes".

Pode-se mencionar ainda que se tem proposto a criação de empresas conjuntas internacionais ("joint ventures") que para os subdesenvolvidos terão a vantagem de atrair capitais estrangeiros e, ao mesmo tempo, atenuar o inconveniente do capital estrangeiro. Segundo Friedmann, a "joint venture" é qualquer forma de associação que não seja transitória. A associação criada é mais íntima do que a simplesmente contratual. Elas se utilizam da conciliação, "por exemplo, da Câmara do Comércio Internacional de Paris", para a solução dos litígios. A conciliação tem a vantagem de ser barata e discreta. Estas empresas já existem em inúmeros países, mas na Europa Oriental só a Iugoslávia se utiliza, dando-lhe uma forma específica.

249. A expressão "coletividades não estatais", como já salientamos, é muito ampla e, de um certo modo, vazia. Ela tem, entretanto, a vantagem de abranger as mais diferentes pessoas internacionais. Estas, como vimos acima, são muitas vezes temporárias (belligerantes, etc.), outras têm uma subjetividade internacional limitada a certo âmbito (sociedades comerciais, etc.). Todavia, estas restrições não lhes tiram o aspecto de pessoas internacionais. A nossa exposição é uma consequência da noção dada de sujeito do DI.³⁵

Historicamente pode se lembrar que as Companhias das Índias tinham personalidade internacional podendo, por exemplo, concluir tratados. E até mesmo os "selvagens" também concluíam tratados, assim os EUA, no século XVIII e no início do século XIX, concluíram quase 400 tratados com as tribos indígenas (Dieter Dorr — "Savages" and International Law, in Law and State, vol. 47, 1993, págs. 7 e segs.).³⁶

O direito internacional público foi durante um longo período de sua evolução, como nos séculos XVIII e XIX, um direito eminentemente interestatal. A grande característica do Estado era a noção de soberania, noção esta que representa uma contribuição do direito para a formação do Estado Moderno. A partir de 1945, o homem ingressou no mundo

jurídico internacional, apesar de não podermos esquecer que o direito da autodeterminação dos povos remonta à 1ª guerra mundial. Contudo, os doutrinadores só começaram a dedicar capítulos ou itens em suas obras, ou mesmo a publicação de livros para estas áreas do direito a partir da década de 70.

Os tratadistas da teoria geral do Estado sempre consideraram a população ou o povo como um dos elementos do Estado no sentido que são os habitantes nacionais do território estatal. O Estado sempre foi visto como uma coletividade territorial.

A noção de povo não se confunde com a de nação, vez que esta última apresenta características próprias, como as de uma origem comum, mesma raça, língua, religião, ou, como dizem os autores franceses "um querer viver em comum". Pode-se afirmar que toda nação é um povo, mas nem todo povo é uma nação, vez que falta alguns dos elementos mencionados.

Echeverria ao estudar esta matéria afirma que "no caso da nação o acento é colocado na origem comum", enquanto no povo o acento é a "vontade de um futuro". A nação se legitima pelo ângulo "retrospectivo", enquanto o povo o faz no "prospectivo". Continua o jurista citado: "a nação tende a se reproduzir, a repetir no presente o seu passado", enquanto o povo tende à "mudança". Daí o povo ter o direito de autodeterminação, uma vez que a nação já está "determinada". O mesmo jurista salienta que "a nação" é um conceito "conservador", enquanto o de povo tem algumas vezes em "sentido subversivo".

O *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International* afirma a existência de dois sentidos para a expressão autodeterminação dos povos. O primeiro se refere ao Estado no sentido de defender a sua independência. O segundo é quando faz alusão "não a um Estado, mas a uma coletividade humana considerada como constituindo um povo em razão de seus caracteres geográficos, étnicos, religiosos, lingüísticos, etc., e de suas aspirações políticas". Como se pode verificar, apesar do aspecto "prospectivo", uma vez que visa a dar ao povo o direito de escolher o seu destino, a nível político o conceito de povo acaba por ter uma grande semelhança com o de nação.

Diante da consideração acima é que talvez José Echeverria sustente que o "traço essencial do povo é constituído por um certo grau de 'heterodeterminação' e uma vontade de se liberar desta situação opressiva, isto é de se autodeterminar". E afirma de modo taxativo: "não é porque ele é povo que um grupo humano tem direito a autodeterminação. Ele é povo porque tem esse direito". Outros afirmam que há povo quando existe uma consciência comum e vontade de construir uma unidade, ou quando este possui características próprias e se relaciona com um determinado território.

Rich observa, com razão, que o indivíduo permanece como o sujeito primário no direito internacional relativo aos direitos humanos, mas que, para que os direitos humanos se realizem plenamente, requerem que se

reconheçam os direitos de grupos humanos, o que faz o direito internacional público. Nesta situação é que se enquadra por exemplo a proteção das minorias ou ainda a de populações indígenas. Esta idéia está no "coração" da denominada terceira geração de direitos humanos, também chamados direitos coletivos, direitos da solidariedade etc. Para Lelio Basso: "A comunidade dos homens, portanto os povos e as minorias nacionais — são os verdadeiros sujeitos da história... O Estado é somente um dos instrumentos de que o povo se serve para agir mas nada é em si mesmo... Os sujeitos da história são os povos que são igualmente os sujeitos de direito".

H. Thierry em debate na Faculdade de Direito de Reims afirma que "no direito positivo, não há definição de um povo em geral, mas há uma definição das situações em que o direito dos povos pode ser exercido".

A origem dos direitos dos povos apresenta uma certa confusão, porque tanto se pode afirmar que ela data de muito tempo, ou que é muito recente. Se analisarmos pelo ângulo do direito de autodeterminação dos povos — e de seu corolário, o plebiscito — podemos dizer que não é uma novidade o respeito à vontade dos povos. E assim que existem antecedentes do moderno plebiscito no período medieval e no início do moderno.

- 1) Em 1307, o Tratado de Pontoise (celebrado entre a Santa Sé e Felipe, o Belo) estabeleceu em favor deste último direitos sobre a cidade de Leão. O rei da França enviou a Leão um representante para sondar a população sobre este fato.
- 2) Em 1359, o Tratado de Londres assinado por João, o Bom, prisioneiro dos ingleses, que o obrigaram a praticar este ato, cedeu à Inglaterra parte da França ocidental. Entretanto, esta cessão não se consumou devido ao repúdio dos Estados Gerais.
- 3) Em 1526, Francisco I, prisioneiro de Carlos V, cedeu a este a Borgonha, por meio do Tratado de Madrid, contudo os Estados Gerais desta província não concordaram com a anexação e ela não se concretizou.
- 4) A doutrina tem considerado que tais casos não são manifestações de plebiscitos. O primeiro, porque não fora estipulado um tratado, constituindo uma simples consulta particular do rei. Os dois últimos, porque decorriam do direito feudal que proibia o senhor de dispor de seus feudos sem o consentimento dos vassalos. Na França foram adotadas as "doutrinadas leis fundamentais do reino" que proibia a prática por parte do rei de atos que violassem essas leis. Assim eram anuladas as concessões realizadas pelos monarcas derrotados em batalhas. A idéia de Coroa foi unida à da doutrina de inalienabilidade do reino. O domínio devia ser passado integralmente ao seu sucessor. Na França o rei não podia ceder território. Não se pode negar a procedência desta interpretação, mas não se pode deixar de ver nos casos acima, seja por interesse particular, seja pelo

direito feudal, manifestações em favor do respeito à vontade das populações dos territórios "anexados", essência do plebiscito.

A Revolução Francesa foi a grande responsável pela consagração do plebiscito, já que a sua utilização era o único meio de conciliar as conquistas dos seus exércitos com o Decreto de 1790, que declarava ter a França renunciado à conquista territorial. Deste modo, foram realizados plebiscitos no Avignon (1791), na Savóia (1792) etc. Em 11 de novembro de 1790, a Assembléia comunicou aos príncipes alemães que a Alsácia era francesa não por direito de conquista, mas pela vontade de seus habitantes, tendo em vista a sua participação na Federação, em que é afirmada a unidade da França. A não cessão de território sem o consentimento da população é considerada na França como uma tradição a partir de 1860, quando Napoleão III incorporou Nice e a Savóia após a realização de um plebiscito. Em 1870, quando a Prússia anexou a Alsácia e parte da Lorena, não foram realizados plebiscitos. No século XIX, com o princípio das nacionalidades, o plebiscito é consagrado como uma decorrência do direito de autodeterminação dos povos e utilizado na unificação italiana (Emília, Umbria etc.). Todavia, na unificação alemã o plebiscito não foi utilizado.

Após a 1ª Guerra Mundial, inúmeros plebiscitos foram realizados (Alta, Silésia, Slesvig etc.) por influência de Woodrow Wilson, um dos defensores do princípio de autodeterminação dos povos. O plebiscito, contudo, não foi fixado de maneira uniforme e não foi utilizado em inúmeros casos — por exemplo, em Dantzig, que teve o estatuto de território internacionalizado.

No período entre as duas guerras mundiais o plebiscito deixou de ser utilizado, como no caso do Anschluss. Após a 2ª Guerra Mundial só foi empregado em Tende e Brigue, retirados da Itália e incorporados à França, porque a Constituição francesa proíbe a anexação de território sem que haja consulta à população interessada. Ele também não foi utilizado nos territórios a leste da linha Oder-Neisse, quando estes foram incorporados à Polônia.

A ONU tem feito com que o plebiscito volte a ser utilizado na vida internacional. Ela o utilizou em diversos territórios sob tutela: Togo, Camarões etc. A Assembléia Geral da ONU formula a consulta a ser dirigida aos habitantes do território; assim, no Togo e nos Camarões foi indagado se a tutela deveria ser mantida ou se estes países deveriam ser incorporados aos Estados vizinhos. Este instituto tem sido utilizado em outras ocasiões, como em Chandernagor (estabelecimento francês na Índia, em 1949) e na Argélia (1962), contudo outros territórios franceses foram transferidos à Índia sem plebiscito, como Pondichéry e Kakirai.

O plebiscito moderno apresenta as seguintes características: a) o voto é secreto (ao contrário do que ocorria nos séculos XVIII e XIX); b) ele é

contrário à anexação (o plebiscito de Brigue e Tende, solicitado pela França, foi de retificação, ao contrário do que acabamos de afirmar); e) o plebiscito passou a ser controlado por terceiros (Estado neutro, observadores neutros ou organismo internacional). Este último aspecto tem a sua origem no Tratado de Paris de 1856, quando o plebiscito na Valáquia e na Moldávia foi controlado por uma comissão européia

A conclusão a que podemos chegar sobre o plebiscito é que na prática ele não é considerado como um princípio obrigatório, a não se por alguns Estados, cujas Constituições o consagram (Constituição francesa). Ele talvez se torne obrigatório no futuro, em nome do princípio de autodeterminação dos povos e, em consequência, da importância crescente do povo, ou mesmo, do homem, na vida internacional e no direito internacional público.

Como se pode verificar, já faz algum tempo que o direito internacional público se preocupa com os povos, seja através do instituto do plebiscito, seja através do princípio das nacionalidades, antecessor do princípio da autodeterminação dos povos (ver abaixo). Contudo, o entendimento de que o povo na sua generalidade é titular de vários direitos, como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz, é algo recente.

O Tribunal Russell II, criado por eminentes personalidades — filósofos, juristas, cientistas políticos, escritores e políticos — propunha a “insuficiência dos governos” para protegerem os direitos humanos, pois vários crimes estavam sendo praticados na América Latina. Ele pretendia ser o “porta-voz da consciência universal”. As suas decisões não tinham obrigatoriedade jurídica, mas possuíam “uma alta autoridade moral”. Daí a relevância do tribunal, ao chamar a atenção para os elementos mais novos do DIP. Ao terminar o Tribunal Russell II sobre a repressão na América Latina, em janeiro de 1976, este revelou “a existência de contradições profundas entre os povos e os Estados que oficialmente os representam”.

É que o ex-senador italiano e pertencente à direção do Partido Socialista, Lelio Basso, cria a Fundação Lelio Basso para o Direito e a Libertação dos Povos e a Liga para o Direito e a Libertação dos Povos — ambas instituições presididas por ele. Elas vão promover a denominada Declaração de Argel, que suscita uma grande bibliografia e é apoiada por grandes internacionalistas.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos, ou Declaração de Argel, é de 1976. Ela foi aprovada por representantes de movimentos de libertação nacional, sindicalistas, personalidades políticas, intelectuais e economistas. O seu primeiro texto foi redigido por vários juristas — A. Cassese, J. Salmon, François Rigaux, L. Ferrari Bravo, P. Fois e L. Matarasso — tendo também o auxílio de Rihard Falk. A idéia era criar um “direito jurisprudencial” que viesse a se transformar em um “texto normativo”. A Declaração de Argel começa com um belo preâmbulo em que afirma:

Nós vivemos tempos de grandes esperanças, mas também de profundas inquietações:

- de tempos plenos de conflitos e de contradições;
- de tempos em que as lutas de libertação sublevaram os povos do mundo contra as estruturas nacionais e internacionais do imperialismo...
- de tempos de luta e de vitórias, em que as nações se dão, entre elas ou no interior de cada uma delas, de novos ideais de Justiça;
- de tempos em que as resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração dos Direitos do Homem, até a Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados, exprimirem a procura de uma nova ordem política e econômica internacional.

Mas são também tempos de frustrações e de derrotas em que novas formas de imperialismo aparecem para oprimir e explorar os povos.

O imperialismo, por procedimentos perversos e brutais com a cumplicidade de governos, muitas vezes instalados por ele mesmo, continua a dominar uma parte do mundo. Por intervenção direta ou indireta, através das empresas multinacionais, pela utilização de políticos locais corruptos, pelo auxílio de regimes militares fundamentados na repressão policial, na tortura e na exterminação física dos oponentes. (...)

Persuadidos que o respeito efetivo dos direitos do homem implica o respeito dos direitos dos povos...

Não há a menor dúvida de que o preâmbulo acima é integralmente correto. A Carta da ONU também começa o seu texto falando em povos: “*Nós os Povos das Nações Unidas, resolvidos...*” — uma influência do preâmbulo da Constituição dos EUA.

A Declaração de Argel vai aprofundar idéias já contidas na Carta da ONU, ao propor “*reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas*”.

A citada declaração consagra vários direitos, abordando em primeiro lugar o direito à existência: “*Todo povo tem direito à existência. Logo após, trata do problema da identidade nacional: “Todo povo tem direito ao respeito de sua identidade nacional e cultural”. Ninguém, em virtude de “sua identidade nacional ou cultural”, pode ser “objeto de massacre, tortura, perseguição, deportação, expulsão ou submetida à condição de vida de natureza a comprometer a identidade ou a integridade do povo a que ele pertence*”.

Por outro lado, a autodeterminação é vista como um “*direito imprescritível e alienável*”. Ela é abordada em seu aspecto interno e externo. Assim, cada povo tem o direito de se libertar de toda dominação colonial ou estrangeira direta ou indireta de todos os regimes racistas”. É aí consagrado também “o direito a um regime democrático representando o regime democrático representando o conjunto dos cidadãos” sem qualquer discriminação. No ponto sobre os

"direitos econômicos dos povos", determina a Carta que o povo tem o "direito exclusivo sobre as suas riquezas e seus recursos naturais". Há o direito de recordar tais bens, como também as "indenizações injustamente pagas: além disso, "O progresso científico e técnico fazendo parte do patrimônio comum da humanidade, todo povo tem o direito de nele participar". A escolha do sistema econômico é realizada livremente pelo povo. As trocas internacionais devem ser realizadas "em condições iguais e justas". Os direitos econômicos devem ser marcados por "um espírito de solidariedade entre os povos do mundo". Todo povo tem o direito de preservar e usar a sua língua e desenvolver a sua cultura. "Todo povo tem o direito à conservação, à proteção e à melhoria de seu meio ambiente". "Todo povo tem direito à utilização do patrimônio comum da humanidade tal como o alto-mar, o fundo dos mares, o espaço extra-atmosférico."

No caso dos povos que constituírem minorias, eles têm "direito ao respeito de sua identidade, de suas tradições, de sua língua e de seu patrimônio cultural". Os membros da minoria devem participar da vida pública com os mesmos direitos que os demais súditos do Estado. O exercício de tais direitos não pode atingir a integridade territorial e a unidade política do Estado. A violação dos direitos acima mencionados é uma transgressão em relação à comunidade internacional inteira. Todo lucro obtido em detrimento de um povo deve ser a este devolvido. Os tratados desiguais que violam os direitos dos povos não poderão produzir efeitos. As obrigações financeiras externas tomadas excessivas e insustentáveis para os povos cessam de serem exigíveis". A luta política e sindical é legítima para garantir tais direitos. As mais graves violações aos direitos dos povos constituem crimes internacionais. Os movimentos de libertação devem ter acesso às organizações internacionais. "e seus combatentes têm direito à proteção do direito humanitário" etc. Rigaux aponta como originalidade da Declaração de Argel e sua universalidade, o fato de formular princípios de modo imperativo e de ser elaborada por povos.

Não se pode negar que os princípios formulados na Declaração de Argel não apresentam nenhuma novidade de um modo geral. Como uma exceção ao que afirmamos, podemos ressaltar a questão dos tratados desiguais serem considerados nulos, como foi durante longo período reivindicação da China, mas que não penetrou no direito internacional positivo. A grande originalidade da Declaração de Argel a nosso ver é ela ter sido elaborada por "povos e em nome dos povos".

O próprio Rigaux define povo como: "uma comunidade humana que se caracteriza por diferenças suficientemente significativas em relação a outros povos. O povo é conjunto ou a maioria da população de um Estado sendo que um dos direitos fundamentais é o de não ser submetido ao poder de uma minoria".

A Declaração apresenta algumas falhas, fato que tem sido assinalado por uma parte da doutrina, como a de não consagrar o direito de um povo a recuperar seu patrimônio cultural pilhado por outro povo.

Podemos dizer que uma finalidade da Declaração é a de que a opinião pública passe a pensar em nome dos povos e não de governos. o que acarretou a antipatia destes "últimos para o texto aprovado, principalmente ao denominado 3º Mundo".

O texto que resumimos acima tem um valor retórico e ideológico, vindo a reforçar a discussão acerca dos direitos humanos, principalmente porque parte da idéia de que há uma contradição entre os povos e os governos. Outros o vêem como "fonte cultural do direito" — é o caso de Pizzorusso —, além de que tem o mérito de "remodelar" o direito a partir de "valores alternativos". A Declaração de Argel possui este valor, apesar da crítica que se tem feito, de que ela não protege os povos minoritários.

Em 1979 foi criado, em Bolonha, um tribunal permanente dos povos, sob a presidência de Francois Rigaux e tendo entre os seus membros cinco prêmios Nobel. Este tribunal toma decisões fundamentando no direito, mas com base na Declaração de Argel. Uma questão pode ser levada ao tribunal por um governo, um sindicato ou um movimento de libertação nacional. Assim, ele apreciou, em Bruxelas, em 1979, o caso do Saara Ocidental, a pedido de Front Polisario. Em 1980, em Milão, apreciou o caso da Eritreia, a pedido de Front de Libertação da Eritreia etc.

A idéia de se proteger os povos autóctones ou populações indígenas não é nova na história, sendo que podemos afirmar ter o massacre de tais povos começado com a conquista da América pelos espanhóis. Considera-se que em 1492 a população da América Latina estava entre 70 e 88 milhões de habitantes. A capital do México — isto é, dos aztecas — era uma "cidade aquática construção em platôs naturais e sobre aterros, entre lagos e avenidas-canais". A sua população era calculada em 300.000 pessoas "pelos cronistas da Conquista e considerada maior por alguns estudiosos modernos". Acrescenta Darcy Ribeiro que "a população de Servilha, a maior das cidades espanholas do século XVI, é estimada em 120 mil habitantes; a de Lisboa, em 100 mil e a de Madrid em 60 mil". Darcy Ribeiro, o grande antropólogo brasileiro, explicou como a população natural do nosso continente foi dizimada:

A marcha da civilização européia se fazia, assim, na América Ibérica sobre três pés. Primeiro, esta armadura biótica de pestes a abrir vazios e a debilitar resistências. Segundo, a ambição de saqueio das talassocracias e do capitalismo mercantil que, embora incipiente, queimava o conquistador no élan de amealhar pecúnia mediante o engajamento de milhões de homens em sua própria terra ou os trazendo de onde existissem para gastá-los como combustível de seus empreendimentos produtivos. Terceiro, o expansionismo missionário típico dos Impérios Mercantis Salvacionistas, que não poupava esforços para erradicar as "heresias gentílicas" e alagar o reino da cristandade.

Os internacionalistas como Vitoria defendem os "índios", afirmando que eles não podem perder a sua liberdade e nem serem despojados de seus bens. Grotius defende a validade dos tratados concluídos com os povos cristãos. No século XVIII, Vattel repete a mesma idéia, afirmando que uma nação é sempre sujeito de direito internacional, seja qual for o seu "regime político". Suarez já afirmara a necessidade dos diferentes povos manterem relações entre si, mas que "os costumes de cada povo influenciarão o direito que regulamentaria essas relações".

Em certa fase da sua história, o governo dos EUA estabeleceram tratados com as nações indígenas semelhantes aos que hoje são realizados nos estados europeus. Durante o século XIX na Corte Suprema há votos minoritários, mas proferidos por homens como J. Story, afirmando que as nações indígenas são "Estados" estrangeiros. Contudo, esta orientação vai terminar em 1823, no caso "Johnson v. McIntosh", em que o presidente da Corte Suprema ("Chief Justice") John Marshall afirma que os povos indígenas, isto é, naturais do continente americano não podem ser sujeitos de direito internacional por não serem "civilizados", isto é, não serem "cristãos". É missão dos povos civilizados "educá-los", o que significa cristianizá-los. A cidadania só é dada à aqueles que abandonam a sua cultura e, a partir de 1888, a mulher índia "que esposa um cidadão automaticamente a nacionalidade americana". O mesmo ocorre com os índios que combateram na 1ª Guerra Mundial. Em 1924 o Indian Act dá "a nacionalidade americana a todos os índios nascidos nos Estados Unidos, sejam ou não residentes nas reservas".

As reservas surgem no século XVIII com a finalidade de proteger os índios "dos contatos com alguma cultura européia". Assim, "em 1763 os Catawbas da Carolina do Sul se vêm garantir um vasto território proibido aos colonos". Em 1887, a lei de divisão de terras indígenas (General Allotment Act) permite que se dê terras aos índios individualmente. Este fracionamento piora a situação das reservas que já apresentavam problemas com a agricultura. Em 1887 as terras tribais compreendiam 70 milhões de hectares, sendo que em 1934 só resta um terço delas¹⁸. No Canadá, apenas em 1969 é que o direito de voto é concedido aos povos indígenas¹⁹.

O que se pode observar é que o direito internacional público, como um direito europeu, ocidental, cristão e capitalista, foi sempre um direito discriminatório. Este aspecto é ressaltado no Estatuto da Corte Internacional de Justiça elaborado em 1920 (para a Corte Permanente de Justiça Internacional), que permanece em vigor e que menciona, entre as fontes a serem aplicadas pela Corte, os "princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas". Contudo, a expressão "nações civilizadas" continua a existir. O máximo que se conseguiu admitir é que todo Estado que acedeu à independência é uma "nação civilizada", mas se continuou a ignorar os povos indígenas que habitam no seu interior. E mais, expressão acima coaduna com os direitos humanos que são aplicados independentemente

de raça, sexo, língua e religião, bem como a nova tendência de se reconhecer aos povos uma série de direitos.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1957, na Conferência Internacional do Trabalho, aprova uma convenção e uma recomendação, de nº 104, sendo ambas relativas à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais em países independentes. A convenção 107, ratificada pelo Brasil em 1965, estabelece que ela é aplicada:

- a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondam a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial;
- b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes, que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam tal país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação que pertencem.

A idéia fundamental da convenção 107 é a da assimilação. Daí caber aos governos promover o seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Tais povos devem ter condições de igualdade com os "demais elementos da população". Ao mesmo tempo que prescreve medidas a serem tomadas para protegerem tais povos estabelecem que elas não podem servir "para criar ou prolongar um estado de segregação". Ordena que se tome "devidamente em consideração os valores culturais e religiosos e os métodos de controle social peculiares a tais populações". Ele menciona ainda a integração de tais populações. "O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente. Também serão respeitados os seus modos de transmissão de propriedade da terra. No trabalho tais povos deverão receber proteção adequada. Devem ter facilidades para a formação profissional. É garantida a segurança social e saúde". A educação é assegurada "em todos os níveis em pé de igualdade com o resto da comunidade nacional".

O continente europeu talvez por ter poucos povos indígenas é a região da sociedade internacional que está mais avançada em relação aos povos autóctones. Na Europa são unanimemente aceitos como povos autóctones os saames (outrora denominados lapões) do norte da Europa — povo formado por 60.000 indivíduos (40.000 na Noruega, 15.000 na Suécia, 4.000 na Finlândia e 2.000 na Rússia) — e os 45.000 inuits (antigamente

chamados de esquimós) da Groenlândia²⁰. No Parlamento Europeu, órgão da União Europeia, o Conselho de Ministros adotou inúmeras medidas em relação a tais povos. Assim ele tem dirigido advertências aos Estados da Ásia e da África que violam as “especificidades culturais” e os direitos do homem de tais povos no sentido de que aplicará sanções financeiras aos autores das violações. A Conferência de Segurança e Cooperação Europeia passou a tratar do problema dos povos autóctones e pedido do Canadá. Na ONU, em 1971, o Conselho Econômico e Social começa a estudar o problema da discriminação em relação aos povos autóctones e um relatório é elaborado por José R. Martínez Cobo, durante 10 anos. O relatório tem um conteúdo que propõe “a formação de um direito internacional específico dos autóctones”.

Em 1977 realiza-se a primeira conferência das organizações não-governamentais na ONU sobre a discriminação em relação às populações autóctones das Américas. Nesta conferência, os hopi e os iroqueses chegam a Genebra com passaportes tribais feitos em casa.

A Declaração dos Princípios dos Direitos Indígenas foi aprovada no Panamá em 1984. Sob os auspícios de uma organização internacional não-governamental, o Conselho Mundial de Povos Indígenas afirma o direito à autodeterminação, o reconhecimento das instituições dos povos indígenas, o respeito às suas tradições e costumes, o direito de decisão do próprio povo indígena sobre integrar ou não o Conselho, e que cada povo indígena determina a forma de suas instituições, que, no entanto, devem respeitar os direitos humanos. Além disso, as terras dos índios incluem direitos da superfície e do subsolo, estes têm o direito a receber educação na sua própria língua, o direito de manter relações de parentesco através de fronteiras internacionais etc.

A ONU declarou 1993 o Ano Internacional dos Povos Autóctones, visando defender tais povos, já que o Sudão prende os negros do sul, a África prende e mata os tuaregues, a Indonésia faz o mesmo com os papuenses e, na Birmânia, depois de 1948, morreram 300.000 karenas.

O Canadá em 1982 reconheceu a tais povos os seguintes direitos: direito à vida, direito à terra e seus recursos, direito à autonomia ou autodeterminação, direito a desenvolver a cultura, direitos econômicos e sociais, direito à não-discriminação.

Alguns Estados, como o Brasil, não reconhecem aos autóctones a autodeterminação dos povos, vez que não são povos coloniais. Contudo, outros países, como a Austrália e a Finlândia, admitem a autodeterminação. O Peru fez uma lei em 1974 sobre os direitos das comunidades indígenas às florestas. A Groenlândia tem grande autonomia interna, inclusive para a proteção do meio ambiente.

Salientam N. Rouland *et alii* que a palavra autóctone vem da geologia, sendo que os “terrenos autóctones” são os que permaneceram no mesmo local. O mundo anglo-saxônico prefere utilizar a expressão “povos indíge-

nas”. Eles não se confundem com as minorias, porque são anteriores à formação dos Estados e têm uma grande ligação com a terra. Salientam os juristas franceses que o critério da anterioridade não é muito correto, pois na África e na Ásia há autóctones que são posteriores ao estabelecimento dos Estados, afirmando: “o autóctone de hoje pode ser também o conquistador de outrora”.

O relatório Cobo, citado acima, afirma que povos autóctones são aqueles que se consideram diferentes dos indivíduos que formam a sociedade que domina os seus territórios. O indivíduo autóctone é o que pertence à população autóctone por “auto-identificação”. Eles não se confundem com as minorias, que têm direitos individuais e não direitos reconhecidos a coletividades, daí elas não terem o direito à autodeterminação dos povos.

Até o dia de hoje a ONU não definiu o que é um povo autóctone. Voltando de modo mais detalhado ao Relatório Cobo, este afirma: “Por comunidades, populações e nações autóctones, deve se entender aqueles que, unidos por uma continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e com as sociedades pré-coloniais que são desenvolvidas em seus territórios, se consideram distintas dos outros elementos das sociedades que dominam presentemente seus territórios ou parte destes territórios”.

Crawford faz uma relação dos direitos dos povos: a) autodeterminação e igualdade de direitos; b) direito à paz e à segurança; c) soberania permanente sobre os recursos naturais; d) direito ao desenvolvimento; e) direito ao meio ambiente e f) direito de minorias.

Desejo apenas mencionar ainda a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em Nairoobi em 1981, que, como mostra a sua “Titulação”, também diz respeito aos povos.

A meu ver, quando se fala em povos há, muitas vezes, uma grande dificuldade, que é a ausência neles de forma de representação que lhes permita falar na ordem jurídica internacional. Não há a menor dúvida de que os governos nem sempre representam os povos, ou quando o fazem é a maioria da população, isto é, a população dominante que é representada. O importante a meu ver é que seja organizado um sistema de proteção internacional aos povos autóctones ou população indígena, o que ainda não foi realizado. Uma outra grande questão a ser debatida é o direito de autodeterminação dos povos, principalmente no continente americano, onde são inúmeras as “nações” indígenas, o que acabaria por criar Estados inviáveis economicamente.

A África com a sua multiplicidade de etnias teria problema semelhante. Acreditamos que no futuro a evolução será no sentido de se dar a tais povos os mesmos direitos que são concebidos às minorias, isto é, direitos culturais sem o direito à autodeterminação dos povos. De qualquer modo, falar em direitos dos povos é reforçar os direitos humanos que constituem a grande bandeira deste final de século no direito internacional público.

Na África existem 14.300.000 autóctones: 8 milhões na África de Norte e do Oeste (entre eles os tuaregues), 6 milhões na África do Norte e do Leste (entre eles os masai), 200.000 na África Central (pigmeus) e 100.000 na África o Sul (san). Muitos se tornaram refugiados, porque os Estados tentaram de modo agressivo sedentarizá-los para melhor os controlar. A Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos não fala em minorias, nem em povos autóctones, é que os Estados africanos negam qualquer reivindicação que ameace a sua unidade. Autóctone tem sido considerada a população que se considera distinta das demais, havendo assim um processo de auto-identificação. Há uma diferença entre minorias e povos autóctones. O D. das Minorias surgiu na Europa, o que não ocorreu com os povos autóctones. Estes alegam antiguidade na ocupação do território. Os direitos dados às minorias são individuais, o que não ocorre com os autóctones. As minorias lutam de armas nas mãos pelos seus direitos, o que é muito raro fazerem os autóctones. São sociedades pré-coloniais que ainda mantêm sua identidade: a) ocupam terras ancestrais; b) têm ascendência comum; c) vida tribal; d) língua única; etc.

Outros sujeitos de Direito Internacional que são coletividades não estatais são os revoltosos em uma guerra interna, conforme estipula o art. 3º das convenções de direito humanitário (Genebra 1949) e, ainda, o do Protocolo II de 1977. Sobre estes casos, ver capítulo Guerra Interna. Um outro caso ainda serão os movimentos de libertação nacional, ver capítulo Reconhecimento de Estado e Governo. Ver ainda sobre o direito de autodeterminação dos povos, o capítulo Direitos Fundamentais do Estado.

NOTAS

1. Ti Chiang-chen — The International Law of Recognition, 1951, págs. 303 e segs.; H. Lauterpacht — Recognition in International Law, 1948, págs. 175 e segs.; Cesary Berezowski — Les Sujets non Souverains du Droit International, in RdC, 1938, vol. III, t. 65, págs. 27 e segs.; L. C. Green — Le status des forces rebelles en droit international, in RGDIP, 1962, n° 1, págs. 5 e segs.; Jean Siotis — Le Droit de la Guerre et les Conflits Armés d'un Caractère non-International, 1958, págs. 51 e segs.; Charles Zorgbibe — La guerre civile, in Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1969, fasc. 6, págs. 5 e segs.; Francis Wodie — La sécession du Biafra et le droit international public, in RGDIP, Octobre-Décembre 1969, n° 4, págs. 1.018 e segs.; Joe Verhoeven — Le Reconnaissance Internationale dans la Pratique Contemporaine, 1975; Charles Zorgbibe — La Guerre Civile, 1975; Victor Duculesco — Effets de la reconnaissance de l'état de belligérance par les tiers, y compris les Organisations internationales, sur le statu juridique des conflits armés à caractère non-international, in RGDIP, Janvier-Mars, 1975, n° 1, págs. 125 e segs. (v. bibliografia do capítulo Guerras Civis).

2. La Pradelle e Politis consideram de modo restrito que este instituto só deve ser aplicado aos movimentos de independência.

3. Elas foram, em 1817, aceitas pelos EUA, que só as reconheceram como Estado em 1822, com o título de beligerantes. A Inglaterra, desde 1818, no tocante à exportação de armas, dá a elas o mesmo tratamento que é dispensado à Espanha, e em 1822 lhes reconhece os "privilégios da guerra marítima".

4. Um problema interessante é o de se saber a quem cabe o reconhecimento dos revoltosos dentro do Estado. Uns sustentaram que cabia ao executivo (Lieber); outros, que cabia ao D. Constitucional de cada país determinar (Rougier). Este problema surgiu na Guerra de Secessão dos EUA, quando Lincoln decretou o bloqueio dos portos do sul, e a Constituição dos EUA determina que a competência de declarar a guerra é do Congresso. Entretanto, a Corte Suprema sustentou que em caso de conflito interno o Presidente pode decretar o bloqueio. Na prática, o reconhecimento tem sido do Executivo, tendo em vista que o Legislativo é lento (Zorgbibe). Em 1930 o governo brasileiro ordenou o fechamento de diversos portos em poder dos insurretos, e em um decreto afirmou que o País se encontrava "em estado de guerra civil". É preciso salientar que as declarações de não-intervenção que os Estados fazem atualmente não significam reconhecimento como beligerantes (Bennouna).

5. De qualquer modo, se "o governo legal é parte nas Convenções de Genebra, ele é obrigado a dar aos rebeldes um tratamento conforme as leis de guerra..." (L. C. Green).

5A. A qualificação feita pelos governos dos navios dos revoltosos como piratas só tem efeito no plano interno, porque no DIP pirata tem uma conceituação técnica, onde se inclui o intuito de lucro.

6. Ti Chiang-chen, *op. cit.*, págs. 398 e segs.; Lauterpacht, *op. cit.*, págs. 270 e segs.; Cesary Berezowski, *op. cit.*, págs. 27 e segs. (v. bibliografia do capítulo Guerras Civis).

7. Rousseau declara que é aplicado apenas às revoltas no mar e no continente americano. Entretanto, a doutrina (Lauterpacht, Accioly, Chen, etc.) tem aplicado

esta expressão em sentido mais amplo, isto é, abrangendo os movimentos em terra e como sendo de uso na Europa.

8. O'Connell nega qualquer validade à distinção entre beligerantes e insurgentes, salientando que a prática internacional não considera os revoltosos piratas, sejam eles reconhecidos ou não. E mais, tanto o reconhecimento como beligerantes ou como insurgentes visa evitar que os rebeldes sejam considerados piratas, o que mostra a sua semelhança. Na verdade, esta crítica não tem procedência, porque, como veremos, existem distinções no tocante aos outros efeitos dos dois institutos.

9. Anteriormente já existia uma tendência a não se considerar tais navios como piratas. Assim, em 1877, o Brasil se recusou a este procedimento a respeito do "Montezuma", navio revoltado contra a Espanha e tripulado por cubanos.

10. É de se assinalar que o governo inicialmente admitiria a existência de uma revolta e aceitou a intercessão dos diplomatas estrangeiros; entretanto, posteriormente considerou os revoltosos como piratas.

11. Cavaré afirma que teria sido aplicado de modo implícito na luta pela independência da Argélia.

12. Louis Le Fur — *Le Saint-Siège et le Droit des Gens*, 1930; Raoul Bompard — *Le Pape et le Droit des Gens*, 1888; Joseph Imbart Latour — *La papauté en Droit International*, 1893; Hernani de Barros Câmara — *A Santa Sé em Direito Internacional*, 1928; Jean-Honoré Fregonard — *La Condition des Personnes dans la Cité du Vatican*, 1930; Cezary Berezowski — *Les sujets non souverains du droit international*, in *RdC*, 1938, vol. III, t. 65, págs. 65 e segs.; P. C. Van Lierde — *Derrière les Portes Vaticanes*, 1957; Yves de la Brière — *La Condition juridique de la cité du Vatican*, in *RdC*, t. 33, vol. II, págs. 115 e segs.; R. P. J. Lucien-Bru — *Le Saint-Siège et les Institutions Internationales*, in *AFDI*, 1964, vol. X, págs. 536 e segs.; Georges Goyau — *L'Église Catholique et le droit des gens*, in *RdC*, 1925, vol. I, t. 6, págs. 127 e segs.; Vittorio Frosini — *Costituzione e Società Civile*, 1975, págs. 27 e segs.

13. A Itália, em 1871, promulgou a lei de garantias em que: a) reconhecia a inviolabilidade do Papa; b) dava anualmente ao Papa 3.225.000 liras; c) reconhecia a liberdade no campo espiritual, etc. Esta lei não foi aceita pelo Papado, que protestou contra ela na encíclica "Ubi nos", de 1871.

14. Entre os negadores da personalidade internacional da Santa Sé neste período está Wheaton, que afirmava não ter ela território, nem população. O Papado seria um objeto do DI.

15. A Cúria Romana é a reunião: a) das congregações que auxiliam o Papa no seu magistério; b) dos tribunais encarregados do Poder Judiciário; c) das secretarias encarregadas do trabalho administrativo (P. C. Van Lierde).

16. É interessante observar que o art. 196 da Constituição Federal de 1946 estabelece: "É mantida a representação diplomática junto à Santa Sé." Este dispositivo, que é estranho em uma Constituição, obrigava o Presidente da República a não romper relações diplomáticas com a Santa Sé. Historicamente, ele foi incluído em 1926 nas emendas à Constituição de 1891 (art. 7, § 7º) para evitar uma interpretação errônea do mencionado dispositivo da Constituição de 1891. Nesta época ainda não havia sido concluído o Tratado de Latrão e ele se justificava. Atualmente, não há mais razão para isto, uma vez que não existe mais o citado dispositivo da Constituição de 1891 redigido em termos duvidosos, nem mesmo a personalidade internacional da Santa Sé é posta em dúvida: Diante disto, a Cons-

tituição de 1967 o suprimiu. O § 7º do art. 72 da Constituição de 1891 determinava: "Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o governo da União ou Estados."

17. H. Duncan Hall — *Mandates, Dependencies and Trusteeship*, 1948; Louis Favoreu — *L'Arrêt du 21 Décembre 1962 sur le Sud-Ouest Africain et l'évolution du droit des organisations internationales*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. IX, 1963, págs. 303 e segs.; Carlos Guido Raggi — *L'Amministrazione Fiduciaria Internazionale*, 1950; James N. Murray — *The United Nations Trusteeship System*, 1957; Nicolas Veicopoulos — *Traité des Territoires Dépendants*, 3 vols., 1960-1985; Quincy Wright — *Mandates under the League of Nations*, 1930; Fernando Antônio Raja Gabaglia — *Dos Mandatos Internacionais*, 1930; Alberto Vallini — *I Mandati Internazionali della Società delle Nazioni*, 1923; H. Rollin — *La pratique des mandats internationaux*, in *RdC*, 1927, vol. IV, t. 19, págs. 497 e segs.; Louis Comisetti — *Mandats et Souveraineté, s/c*; C.-A. Boutant — *Les Mandats Internationaux*, 1936; D. F. W. van Rees — *Les Mandats Internationaux*, 2 vols., 1927-1928; Ali Maalen — *Colonialisme, Trusteeship, Indépendance*, 1946; G. Diena — *Les mandats internationaux*, in *RdC*, 1924, vol. IV, t. 5, págs. 215 e segs.; N. Bentwich — *Le système des mandats*, in *RdC*, 1929, vol. IV, págs. 119 e segs.; F. W. van Rees — *Certains Aspects du régime des mandats internationaux*, in *Biblioteca Visseriana*, t. IV, 1931, págs. 1 e segs.; Jean Beauté — *Le Droit de Pétition dans les Territoires sous Tutelle*, 1962; G. Vedovato — *Les accords de tutelle*, in 1950, vol. I, t. 76, págs. 613 e segs.; Maria Vismara — *Le Nazioni Unite per i territori dipendenti e per la decolonizzazione (1945-1964)*, 1966; Francis Martine — *Le Comité de décolonisation et le droit international*, in *RGDIP*, Avril-Juin, 1970, n° 2, págs. 357 e segs.; Hector Cuadra — *La Pollémica sobre el Colonialismo en las Naciones Unidas. El caso de Namibia*, 1975; François Borella — *L'inspection internationale dans les territoires coloniaux*, in *L'inspection Internationale, coordenação de Georges Fischer e Daniel Vignes*, 1976, págs. 137 e segs.; R. Zacklin — *The Problem of Namibia in International Law*, in *RdC*, 1981, vol. II, t. 171, págs. 225 e segs.; A. A. Cançado Trindade — *Exhaustion of Local Remedies in the Experiment of the United Nations Trusteeship System*, in *Revue de Droit International*, Janvier-Mars 1983, págs. 49 e segs.; Peter J. Opitz — *The United Nations and the Emancipation of the Third World*, in *Law and State*, vol. 35, 1987, págs. 7 e segs.

17A. A idéia inicial de Smuts era que o mandato fosse aplicado às colônias otomanas. Ele considerava as colônias alemãs muito atrasadas para se beneficiarem da autodeterminação. O sistema de mandato foi imaginado por Smuts a partir dos tratados de 1909, relativos a Basutolândia e Bechunalândia, cuja administração tinha sido dada pela Grã-Bretanha à União Sul-Africana (Maurice Baumont — *La Faillite de la Paix [1918-1939]*, vol. I, 1950).

18. Murray, observando que os elementos do mandato e da tutela são: a) "administração de uma área dependente"; b) "supervisão internacional de administração", conclui que estes sistemas teriam precedentes no século XIX como no Ato de Berlim (1885), que entregou a administração da bacia do Congo à Bélgica, que deveria respeitar as limitações do texto convencional; em 1815, a Inglaterra ocupou as ilhas Jônicas em virtude de um "mandato" dado pela Rússia, Prússia e Áustria.

18A. Salienta R. Tucker que a administração inglesa nos mandatos era semelhante à administração colonial anterior à 1ª Guerra Mundial.

19. O procedimento seguido pelos Estados no tocante a estes acordos não tem sido uniforme. Na França, eles não são ratificados, mas apenas publicados. Na Inglaterra, eles já são ratificados como verdadeiros tratados internacionais. Rousseau afirma que na verdade eles são atos unilaterais preparados pelo Estado administrador e aprovados pela Assembleia Geral da ONU. Todavia, esta aprovação os transforma em atos bilaterais, tanto assim é que o "projeto do Estado não tem valor se não for aprovado". Estes acordos de tutela não existirão quando a administração for a própria ONU, que faria no caso uma resolução unilateral. Este caso de administração pela ONU não foi aplicado, apenas pretendeu-se aplicar este sistema em relação à Palestina, Jerusalém e os Lugares Santos, e atualmente deverá ser aplicado em relação ao sudoeste africano.

20. Em 1950 a CIJ, em um parecer, declarou que a União Sul-Africana não está obrigada pela Carta da ONU a colocar o sudoeste no regime da tutela, tanto assim que existem os acordos de tutela; não havendo, por conseguinte, uma transformação automática do mandato em tutela. Todavia, a União Sul-Africana deveria se submeter à fiscalização da Assembleia Geral, bem como deverá lhe submeter relatórios. A Assembleia Geral, entretanto, em 1966, proclamou o fim do mandato da União Sul-Africana no sudoeste africano e colocou este território sob a responsabilidade direta da ONU, mas a União Sul-Africana não o entregou à ONU. Em 1971, a CIJ afirmou em um parecer, solicitado pelo Conselho de Segurança, que o mandato da União Sul-Africana no sudoeste africano terminara. Em 1967 a Assembleia Geral criou um Conselho das NU para a Namíbia, que é o administrador legal deste território. Em 1989 teve início o processo de independência da Namíbia.

21. É de se assinalar que a ONU não protege apenas os territórios colocados no regime de tutela, mas todos os "territórios sem governo próprio", através de uma "Declaração", que é o Capítulo XI da Carta. As "metrópoles" membros da ONU assumem o compromisso de, nestes territórios: a) assegurar o respeito à cultura dos povos e o progresso destes territórios; b) desenvolver a capacidade de autogoverno; c) transmitir ao Secretário-geral informações, estatísticas, e as informações sobre estes territórios são examinadas por uma comissão da Assembleia Geral.

22. Estas mesmas funções são dadas à Assembleia Geral, e o Conselho de Tutela as exerce sob a autoridade dela (art. 87). Em 1966 a Assembleia Geral aprovou a Declaração de Independência dos Povos e Países Coloniais onde: "declara que a continuação do domínio colonial constitui um perigo para a paz e a segurança internacionais"; "reafirma seu reconhecimento da legitimidade da luta que sustentam os povos sob dominação colonial para exercer seu direito à autodeterminação e à independência"; "pede às potências coloniais que desmontem suas bases e instalações militares situadas em territórios coloniais"; etc. Em 1968 a Assembleia Geral aprovou duas declarações visando implementar a Declaração de Descolonização. Nestas últimas, entre outras coisas: a) reafirma a legitimidade da luta dos povos coloniais para exercerem o direito de autodeterminação; b) solicita a todos os Estados e organizações especializadas que não forneçam assistência de qualquer espécie aos governos de Portugal, União Sul-Africana e Rodésia

do Sul, até que terminem com a política colonial e de discriminação racial; c) requer às grandes potências o desmantelamento de bases militares nos territórios coloniais; d) condena as potências coloniais que procuram aumentar nos territórios coloniais a imigração e deportam os habitantes nativos para outras áreas, e que impõem legislação fortalecendo a economia estrangeira no território colonial; e) declara que o uso de mercenários contra os povos coloniais é punível como ato criminoso e que os próprios mercenários são "fora da lei"; f) recomenda as organizações especializadas a assistirem os povos que lutam contra o domínio colonial, etc. É de se acrescentar que já em 1960 a Assembleia Geral aprovou a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, e em 1961 foi criado o Comitê Especial sobre a Situação da Aplicação da Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais. Originariamente, este Comitê tinha 17 membros, e a partir de 1962 passou a ter 24 membros. Ele funciona de janeiro a setembro. Ele é "encarregado de tratar do progresso para a independência dos territórios coloniais", ele envia observadores, os indivíduos podem dirigir petições a ele e o Comitê dos 24 faz um relatório anual que é submetido à Assembleia Geral. Finalmente, podemos lembrar que, em 1970, a Assembleia condenou a política dos países coloniais que procuram reforçar nas colônias os interesses econômicos estrangeiros e condena o "afluxo sistemático de imigrantes estrangeiros", que desloca os autóctones. O Comitê dos 24 é atualmente muito mais importante do que o Conselho de Tutela, sendo de se recordar que ele também incluiu na sua área de ação os últimos territórios submetidos ao regime de tutela. Os territórios a serem descolonizados passaram a ter personalidade internacional, vez que a ordem jurídica internacional passou a protegê-los como garantindo a sua integridade territorial, condenando o uso da força contra os seus povos, etc.

23. Rousseau, Vismara afirma que são 2.000 ilhas, sendo que apenas 87 habitadas.

24. A soberania destes territórios se encontra praticamente dividida na ONU: na potência administradora e no território sob tutela. É de se assinalar que os tratados concluídos pelo administrador não se aplicam automaticamente a eles, bem como possuem uma nacionalidade própria. Eles possuem certos direitos ainda, como o de participação nos órgãos legislativos, etc. Quase todos os acordos de tutela permitem que a potência administradora crie união administrativa e fiscal com território vizinho ao tutelado e que pertença à potência administradora.

24A. Béat de Fischer — L'Ordre Souverain de Malte. *in* RdC, 1979, vol. II, t. 163, págs. 1 e segs.

24B. É no século XVI que a Ordem de São João passou a se chamar Ordem de Malta.

25. A Paz de Amiens (1802) deu estas ilhas novamente à Ordem de Malta, desde que fossem neutralizadas perpetuamente, mas elas foram pouco depois reconquistadas pela Inglaterra.

26. Eugène Borel — L'Organisation Internationale de la Croix-Rouge. *in* RdC, 1923, t. 1, págs. 573 e segs.; Henri Coursier — La Croix-Rouge Internationale, 1959; Jean S. Pictet — La Croix-Rouge et les Conventions de Genève. *in* RdC, 1950, vol. I, t. 76, págs. 5 e segs.; Paul Ruegger — L'organisation de la Croix-Rouge Internationale envisagée sous les aspects juridiques, *in* RdC, 1953, vol. I, t. 82,

págs. 373 e segs.; Luis García Arias — “La idea de la Cruz Roja y el Derecho Humanitario Bélico” e “Las Conferencias de Ginebra de 1863 y 1864”, in Luis García Arias — Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes, vol. II, 1972, respectivamente, págs. 649 e segs. e págs. 659 e segs.; Christophe Swinarski — Competência e Função do Comitê Internacional da Cruz Vermelha como Órgão de Ação Internacional Humanitária, in BSBDI, 1985/86, págs. 168 e segs.; Christophe Swinarski — Competências e Funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha como Órgão da Ação Internacional Humanitária, 1990; Christian Dominicé — L'Accord de Siège conclu par le Comité International de La Croix-Rouge avec la Suisse, in RGDIP, 95, n° 1, págs. 5 e segs.; Jean-Christophe Rufin — L'aventure humanitaire, 1994.

26A. Henri Durant fora a Solferino para procurar Napoleão III, a fim de obter o seu apoio para uma empresa que pensava lançar na Argélia. Dunant conseguiu que Napoleão III libertasse os médicos austríacos para que tratassem dos seus próprios feridos.

26B. Pode-se recordar que os padres camilos (ordem fundada em 1586, em Roma, por São Camilo de Lellis) seguiam os exércitos para prestar socorro aos feridos e usavam em suas roupas uma cruz vermelha (Luis García Arias).

27. De um modo geral, pode-se dizer que a sua função é de coordenadora das sociedades nacionais.

28. Dufour, que participara anteriormente da escolha da bandeira suíça, propôs que se apresentasse uma cruz vermelha na bandeira branca que fora sugerida por Appia.

29. A Convenção de 1864 já proclamara a sua neutralidade (Accioly).

30. Méir Ydit — Internationalized Territories, 1961; Louis Delbez — Le Concept d'internationalisation, in RGDP, 1967, n° 1, págs. 5 e segs.

31. A nosso ver, os territórios internacionalizados se distinguem do mandato e da tutela, uma vez que estes regimes não são permanentes e os territórios deverão ser conduzidos à independência. Nos territórios internacionalizados não existe esta finalidade, e o regime é estabelecido para ser permanente. Por outro lado, o regime agora estudado não é aplicado a povos que ainda não estão aptos à independência.

Os territórios internacionalizados também se distinguem do condomínio, porque este é restrito às partes que o estabelecerem, enquanto os territórios internacionalizados têm um estatuto “multilateral, ou quase universal, no sentido de que ele está ‘aberto’ e outros Estados podem automaticamente aderir a ele” (Ydit).

32. Acredita Ydit, entretanto, que este instituto volte a ser utilizado para solucionar certos litígios políticos. Dentro desta ordem de idéias estariam: a proposta soviética de “quase internacionalização” de Berlim; o Tratado de Washington (1959) para a Antártica, etc. Outros regimes de internacionalização já foram previstos: a) assim se previu a internacionalização dos Lugares Santos (cidade de Jerusalém), em que haveria um governador designado por três anos pelo Conselho de Segurança; haveria uma política internacional, um regime de neutralidade e franquia aduaneira. Houve neste sentido uma recomendação da Assembléia Geral da ONU, mas que não foi levada adiante, isto é, não foi aplicada, vez que encontrou a oposição dos Estados árabes; b) o Irã Ocidental (1962-1963), até ser entregue à Indonésia, teve um administrador que era nomeado pelo Secretário-geral da ONU.

33. Wolfgang Friedmann — The Changing Structure of International Law, 1964, págs. 221 e segs.; Robert L. Heilbroner — As Empresas Multinacionais, in Diálogo, vol. V, n° 3, págs. 15 e segs.; Francesco Caruso — La Società nella Comunità Economica Europea, 1969; João Gouvêa Vieira — Contribuição das Sociedades Plurinacionais para o Desenvolvimento Econômico e sua Disciplina Jurídica — IV Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, 1970; Holmer G. Angelo — Multinational Corporate Enterprises, in RdC, 1968, vol. III, t. 125, págs. 443 e segs.; Theotonio dos Santos — O Novo Caráter da Dependência: Grande Empresa e Capital Estrangeiro na América Latina, in Perspectivas do Capitalismo Moderno — Leituras de Sociologia do Desenvolvimento, Organização e Introdução de Luiz Pereira, 1971, págs. 185 e segs.; Neil H. Jacoby — O Impacto das Empresas Multinacionais, in Diálogo, n° II, vol. IV, págs. 93 e segs., 1971; Florentino P. Feliciano — Legal Problems of Private International Business Enterprises: An Introduction to the International Law of Private Business Associations and Economic Development, in RdC, 1966, vol. II, t. 188, págs. 209 e segs.; José Francisco Ruiz Massieu — Régimen jurídico de las empresas multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, 1972; Académie de Droit International de La Haye — Les aspects juridiques de l'integration économique — Colloque 1971, 1972, especialmente págs. 91 e segs. e 175 e segs.; Roberto Campos — A Empresa Multinacional e a América Latina, in Diálogo, vol. VI, n° 1, págs. 62 e segs.; Michael Z. Brooke e H. Lee Rammers — La stratégie de l'entreprise multinationale, 1973; P. Ordonneau — Les Multinationales contre les États, 1975; Empresas multinacionales e imperialismo, compilado por Victor Testa, 1973; Luciano Martins — Nação e Corporação Multinacional, 1975; Manuel Trigo Chacón — La Empresa Multinacional, 1973; Raymond Vernon — Sovereignty at Bay, 1971; Luciano Martins — Política das Corporações Multinacionais na América Latina, in Estudos CEBRAP 5, julho/agosto/setembro, 1973, págs. 81 e segs.; Roberto Lara Velado — Las Sociedades Multinacionales, anteproyecto de ponencia no IHLADI, 1974; Peter F. Drucker — Multinationals and Developing Countries: Myths and Realities, in Foreign Affairs, October, 1974, vol. 53, n° 1, págs. 121 e segs.; C. Fred Bergsten — Comjng Investment War?, in Foreign Affairs, October, 1974, vol. 53, n° 1, págs. 135 e segs.; Joseph S. Nye, Jr. — Multinational Corporations in World Politics, in Foreign Affairs, October, 1974, vol. 53, n° 1, págs. 163 e segs.; Peter P. Gabriel — Empresas Multinacionais no Terceiro Mundo: inevitável o conflito?, in Diálogo, vol. VII, n° 3, 1974, págs. 44 e segs.; Pierre Uri — Développement sans Dépendance, 1974, págs. 91 e segs.; Pierre Lalive — Les entreprises multinationales, quelques aspects juridiques, in Le Droit International Demain, 1974, págs. 23 e segs.; Dominique Carreau, Patrick Guillard e Thiébaum Flory — Droit International Economique, 1978, págs. 42 e segs.; Richard J. Garnet e Ronald Muller — Poder Global, s.d.; Multinacionais. Os limites da Soberania, coordenação de Getúlio Carvalho, 1977; Theotonio dos Santos — Imperialismo e Corporações Multinacionais, 1977; Jean-Pierré Béguin — Les Entreprises Conjointes Internationales dans les Pays en Voie de Développement, 1972; Emmanuel Libbrecht — Entreprises à caractère juridiquement international, 1972; Eduardo White e Carlos Correa — El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, in Jorge Castañeda e outros — Derecho Económico Internacional, 1976, págs. 175 e segs.; Irving Louis Horowitz — A Détente e as Multinacionais,

in Dados, n.º 12, págs. 86 e segs.; Yann Fitt — Deux Outils de Domination: l'Industrie et l'Agriculture, in Yann Fitt, André Farhi e Jean-Pierre Vigier — La Crise de l'Impérialisme et la troisième guerre mondiale, 1976, págs. 27 e segs.; trabalhos de Reynaldo Galindo Pohl (Análisis general de las empresas multinacionales, págs. 41 e segs.), José Joaquín Caicedo Castilha (Sociedades, empresas multinacionales, transnacionales, págs. 63 e segs.), Jorge A. Aja Espil (Las empresas multinacionales y la transferencia de tecnología, págs. 103 e segs.) e Nehemias Gueiros (La ONU y las empresas multinacionales, págs. 207 e segs.), todas in Segundo Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 1975, 1976; Yolanda Frias — El Control de las Empresas Transnacionales en las Naciones Unidas, in El Foro, Julio-Septiembre 1975, págs. 77 e segs.; Luiz Carlos Bresser Pereira — Empresas Multinacionais e Interesses de Classe, in Encontros com a Civilização Brasileira, n.º 4, outubro de 1978, págs. 11 e segs.; Kjell-Arne Ringbakk — Multinational Corporations and Foreign policy, in America in an Interdependent World, coordenado por David A. Baldwin, 1976, págs. 91 e segs.; Lazare Kopelmanas — L'Application du Droit National aux Sociétés Multinationales, in RdC, 1976, vol. II, t. 50, págs. 337 e segs.; Raymond Vernon — Tempestade sobre as Multinacionais, 1980; Paulo Freire — CEDAL/CEDETIM — Multinacionais e Trabalhadores no Brasil, 1979; Francesco Francioni — Impresa Multinazionale; Protezione Diplomatica e Responsabilità Internazionale, 1979; David Aedayo Ijalaye — The Extension of Corporate Personality in International Law, 1978; J. P. Colin e D. Rosenberg — Les Sociétés Transnationales, in Réalités du Droit International Contemporain 3, Actes de la cinquième rencontre de Reims, 1981, págs. 66 e segs.; Warren Dean — As Multinacionais do mercantilismo ao capital internacional, 1983; David Adelayo Ijalaye — Indigenization Measures and Multinational Corporations in Africa, in RdC, 1981, vol. II, t. 171, págs. 9 e segs.; Emilio Ramón Estrada y De Miguel — Algunas consideraciones de Derecho Internacional en las Empresas Multinacionales, in Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1984, vol. VII, págs. 215 e segs.; Les Entreprises de Cooperation Technique Internationale, Table Ronde — Société Française pour le Droit International, 1985; Eugène Berg — La Négotiation d'un Code de Conduite sur les Sociétés Transnationales au sein des Nations Unies, in Société Française pour le Droit International — Les Nations Unies et le Droit International Économique. Colloque de Nice, 1986, págs. 219 e segs.; Patrizia Merciai — Les Entreprises Multinationales en Droit International, 1993.

34. Cruchaga y Tocornal, em 1948, assinalava que as sociedades comerciais e civis possuíam personalidade internacional.

34A. Se for realizado um quadro comparativo do produto nacional bruto dos Estados e o volume de negócios das empresas, ver-se-á que entre as 100 maiores entidades económicas 51 serão empresas e 49 Estados. A General Motors ocupa, neste quadro, o 13.º lugar. "O crescimento das firmas multinacionais é em média duas vezes mais rápido do que o das economias em que operam" (Yan Fitt). Em sete países (Canadá, França, Alemanha Ocidental, Bélgica, Brasil, México e Grã-Bretanha) as empresas multinacionais empregam em média 20% da mão-de-obra industrial e fornecem 20% da produção industrial (D. Collard). Os ativos líquidos da Standard Oil ultrapassam em valor o estoque de ouro dos EUA. A sua frota é maior em tonelagem do que a da Grécia. As filiais estrangeiras das firmas norte-

americanas constituem a terceira potência económica nacional. Em 1973 as firmas multinacionais norte-americanas tinham em fundo a curto prazo o dobro das reservas oficiais dos Estados. Elas fazem com que os Estados tenham que valorizar ou desvalorizar as suas moedas diante do que entra ou sai em matéria de moeda através delas e que eles não podem controlar. A idéia do FMI de um "regime de paridade estável" foi substituída pelo de "taxas de câmbio flutuante" para ser possível uma resposta ao desafio cambial das multinacionais (D. Carreau). Em 1971 "somente as 10 maiores transnacionais efetuaram vendas de mais de três bilhões de dólares, ou seja, um montante superior ao PND de 80 países. Esse montante representou mais de 20% do PND mundial, excluídos os países socialistas. As vendas efetuadas fora de seus países de origem, em 1971, no montante de 330 bilhões de dólares, superaram o valor do comércio mundial (310 bilhões de dólares) dos países de economia de mercado... Nos Estados Unidos, as 187 transnacionais americanas mais importantes controlam mais de um terço da produção industrial do país. Um grupo mais amplo de transnacionais, compreendendo 264 empresas, controla mais da metade das exportações de manufaturas americanas" (Hélio Jaguaribe — Introdução ao Desenvolvimento Social, 1978). Existem 37.000 empresas multinacionais, sendo que, em 1990, as 100 maiores fizeram negócios no montante de 3.100 bilhões de dólares. Esta quantia é dividida entre EUA (32,2%), Japão (28,2%), Alemanha (9,1%), França (8,3%), etc. (Michael Kidron e Ronald Segal — Atlas des désordres du monde, 1996). "O volume de negócios da General Motors é mais elevado do que o produto nacional bruto (PNB) da Dinamarca; o da Ford é mais importante do que o PNB da África do Sul; e o da Toyota supera a PNB da Noruega" (Ignacio Ramonet-Geopolítica do caos, 1998).

34B. Para Miguel Reale, Itaipu é uma pessoa jurídica internacional, enquanto Walter Alvares defende ser um consórcio internacional público. Ou, ainda, poderíamos dizer que ela é uma empresa internacional do tipo empresa comum. As companhias binacionais internacionais ou multinacionais são uma forma intermediária entre as empresas públicas internacionais e as empresas privadas operando em escala internacional (D. A. Ijalaye). Podemos lembrar que estas empresas estão regidas pelo tratado que as criou e a sua personalidade internacional só é oponível a quem a reconhecer.

35. Através da História, outras coletividades não estatais tiveram personalidade internacional, como foi o caso das Companhias Coloniais nos séculos XVII e XVIII (ex.: Companhia Holandesa das Índias Orientais). Estas companhias de colonização (como a fornecida de exemplo) possuíam exércitos, bandeira própria e exerciam atos de competência de Estado, tais como acordos com os indígenas, concessões, etc. (Angelo Piero Sereni). Poderíamos citar ainda as tribos indígenas naqueles casos em que houve tratados estabelecendo protetorado colonial. Pode ser ainda mencionada a Associação Internacional do Congo, criada em 1882, e que tem a sua origem na Conferência Geográfica Internacional que o rei Leopoldo II reuniu em Bruxelas em 1789. Ela agia como se fosse um Estado concluindo tratados.

36. Michel Troper — La notion de Peuple et les catégories classiques du droit international; Monique Chemillier-Gendreau — Les différentes doctrines juridiques et la notion de peuple; Peles-Bodson — La notion de peuple et les doctrines coloniales — Todos estes trabalhos estão em: Réalités du droit international contemporain. Actes des seconde et troisième rencontres de Roims, s.d., respectiva-

mente págs. 153 e segs. e 181 e segs. (v. bibliografia do capítulo XIX). Cao Huy Thuan e outros — *Peuples et États du Tiers Monde Face a l'Ordre International*, 1978; Antonio Cassese e Edmond Jouve — *Pour un droit des peuples*, 1978; Richard Falk — *Human Rights and State Sovereignty*, 1981, págs. 185 e segs.; Alberto Pedro d'Alotti — *L'émergence d'un droit des peuples dans les relations internationales*, in *Pour un nouvel ordre mondial*, sob a direção de Edmond Jouve, 1985, págs. 21 e segs.; Francine Batailler-Demichel — *Droits de l'Homme et Droits des Peuples dans l'Ordre International*, in *Mélanges Charles Chaumont*, 1984, págs. 23 e segs.; Léo Matarasso — *A Propos d'Initiatives de caractère non Étatique en Faveur du Droit des Peuples*, in *Mélanges Charles Chaumont*, 1984, págs. 397 e segs.; Edmond Jouve — *Le Droit des Peuples*, 1986; *The Rights of Peoples*, coordenado por James Crawford, 1995; N. Rouland, S. Pierré-Caps e J. Poumarède — *Droit des minorités et des peuples autochtones*, 1996; Thomas D. Musgrave — *Self Determination and National Minorities*, 1997.

LIVRO IV

PESSOAS INTERNACIONAIS

(Coletividades Interestatais)

Obs.: O estudo das organizações internacionais, devido ao seu desenvolvimento, deveria ser feito em uma cadeira de Organizações Internacionais, nas Faculdades de Direito, uma vez que dentro da cadeira de DIP elas não têm recebido o tratamento que merecem em relação à sua importância atual. A criação desta nova cadeira teria a vantagem de formar uma mentalidade em favor do associacionismo internacional. Na França, foi criada uma cadeira de "Organizações Europeias" (v. Capítulo XXVII). Nós poderíamos criar uma cadeira que estudasse as organizações de um modo geral. Esta observação foi feita em 1968, hoje podemos dizer que algumas Faculdades, como a da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a criaram como disciplina eletiva (um semestre com dois créditos, isto é, 30 horas-aula).

CAPÍTULO XXIV

INTRODUÇÃO AO ESTUDO
DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS¹

250 — *Definição e características*; 251 — *Responsabilidade*; 252 — *Sucessão*; 253 — *Direito de convenção e de legação*; 254 — *Direito de retirada*; 255 — *Financiamento*; 256 — *As teses do "funcionalismo" e integracionismo*; 257 — *Classificação*; 258 — *Privilégios e imunidades*; 258A — *As organizações internacionais nas relações internacionais*; 258B — *Contratos entre organizações internacionais e particulares*; 259 — *Estabelecimentos públicos internacionais*; 260 — *Aspectos históricos*; 261 — *Liga das Nações*.

250. Tem havido uma verdadeira proliferação de organizações internacionais e isto parece ocorrer quando os Estados "se encontram na impossibilidade, por razões estruturais ou políticas, para realizar seus objetivos em um quadro determinado" e assim procuram formar um novo quadro (Jean-Paul Jacqué). Por outro lado, os países ricos resistiram   universalização do CES, obrigando o 3  Mundo a constituir outros f rums onde pudessem debater.

As organizações internacionais, apesar de serem uma realidade na sociedade internacional, não possuem uma definição fornecida por uma norma internacional. As definições de organizações internacionais são dadas pela doutrina. A que nos parece ser mais exata é a dada por Angelo Piero Sereni: "organização internacional é uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de direito internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos".

Esta definição é um pouco longa, mas tem, entretanto, a vantagem de enunciar as principais características das organizações internacionais.

Outra definição mais simples, apesar de menos completa, é a de Abdulah El Erian: "é uma associação de Estados... estabelecida por tratado, possuindo uma constituição e órgãos comuns e tendo uma personalidade legal distinta da dos Estados-membros."^{1A}

Façamos uma análise das suas características:

a) Associação voluntária de sujeitos do DI

A expressão sujeitos do DI deve ser entendida como abrangendo, via de regra, apenas os Estados.² Os Estados, ao ingressarem em uma organização internacional, passam a ter o *status* de membro, o ingresso em uma organização é ato voluntário do Estado, isto é, nenhum Estado é obrigado a ser membro de uma organização contra a sua vontade.

Ao lado dos membros ordinários das organizações internacionais, existe ainda em algumas delas a categoria de membro associado.^{2A} A palavra "associado" designa uma "situação particular" em relação à situação normal, que é aquela dos membros ordinários do agrupamento (Ananiadês). Assim as organizações internacionais especializadas da ONU admitem na categoria de membros associados territórios coloniais ou sob tutela por várias razões: a) estes territórios não têm personalidade internacional plena, em consequência, não podem ser membros ordinários; b) se fossem membros ordinários as potências coloniais passariam a ter vários votos nas organizações; c) as citadas organizações especializadas atuam nas áreas dos territórios coloniais e sob tutela. É a potência que representa tais territórios na ordem internacional que apresenta o pedido de ingresso na organização. A Assembléia ou Conferência, ao aprová-lo, determina os seus direitos e obrigações. Entre os direitos geralmente dados a eles estão os seguintes: a) participar das discussões na Assembléia ou Conferência (não podem votar); b) fazer propostas; c) nos comitês regionais podem votar e ser eleitos (não podem ser eleitos para os órgãos centrais). A figura do membro associado tem sido também admitida nas comunidades europeias em relação a Estados soberanos. Com o acesso à independência e consequente desaparecimento das colônias, quase que desapareceram os membros associados.

Existe ainda uma outra categoria de membros, que são os "afiliados", como na Organização Mundial de Turismo, que admite entidades governamentais e não-governamentais nesta categoria. Os direitos destes membros são menores dos que tinham os membros associados, mas são maiores que os dos observadores. Eles estão representados em pelo menos um órgão da organização e contribuem para o orçamento desta.

As organizações internacionais podem criar e ser membros de outras organizações internacionais (Antônio Augusto Cançado Trindade).

Daniel Vignes fala também em estatuto de membro parcial que permite a um Estado participar em órgãos particulares ou subsidiários. Assim a Suíça participa da UNICEF e da UNCTAD. Na Comissão Económica para a África participam França, Inglaterra e Espanha, em virtude de interesses e relações especiais no continente.

b) O ato institutivo da organização é internacional

As organizações internacionais são criadas por meio de tratados ou convenções. Todavia, elas, uma vez criadas, não se limitam aos Estados signatários do tratado; pelo contrário, novos Estados podem se tornar seus membros, bem como aqueles podem perder este *status*. As organizações têm, assim, uma composição variável.

O tratado institutivo adquire um aspecto de norma constitucional da organização a que as demais normas devem se subordinar.

Estes tratados, segundo Monaco, apresentam, entre outras, as seguintes características: a) não têm prazo de duração; b) a execução é feita por vários atos; c) a própria organização os interpreta; d) no silêncio do tratado os Estados não podem denunciá-lo; e) o tratado tem uma primazia sobre outros tratados. O tratado que cria uma organização internacional não está sujeito a reserva.

Na Conferência de S. Francisco a Bélgica solicitou que se definisse o órgão que interpretaria a Carta da ONU. Houve imensas discussões e finalmente se decidiu que caberia a cada órgão fazê-lo na parte relativa às suas funções. Na ONU há várias possibilidades: a) cada órgão interpreta; b) se são dois órgãos, pode-se pedir parecer à CIJ; c) ou um comitê de juristas examina a questão; d) os dois órgãos podem fazer uma conferência conjunta; e) ou até pode ser realizada uma emenda na Carta.

c) Personalidade internacional

As organizações, ao se constituírem em um "ente de aspecto estável", passam a ter uma personalidade internacional independente da de seus membros. Alguns autores (Reuter) têm considerado duvidoso que a SDN tenha tido uma personalidade própria no sentido de ter uma vontade própria. Ela era mais uma "coletividade de Estados". A SDN teve a sua personalidade reconhecida em um "modus vivendi" concluído, em 1926, com a Suíça. A idéia de personalidade teria se desenvolvido com a ONU. Esta personalidade internacional, em relação à ONU, foi reconhecida pela CIJ (1949) em um parecer que declarava que, em um sistema jurídico, todos os sujeitos não precisavam ter os mesmos direitos e deveres; assinalava que a ONU já havia concluído tratados internacionais e, finalmente, salientava que ela só poderia realizar os seus fins se tivesse personalidade internacional. Este mesmo raciocínio tem sido aplicado em relação às demais organizações internacionais.³

A personalidade é oponível mesmo aos estados não membros. Pode-se acrescentar ainda que um estado não pode concluir um tratado que viole tratado institutivo de organização internacional de que ele faça parte.

A sua personalidade começa a existir, segundo Sereni, no momento em que ela começa a funcionar efetivamente. Aplica-se, por conseguinte, o princípio da efetividade. Seystersted faz uma analogia com os estados em que o reconhecimento é um ato declaratório.

É de se observar que a personalidade internacional não significa automaticamente um poder de concluir tratado, dependendo isto do tratado que cria a organização.

d) Ordenamento jurídico interno

A exemplo das sociedades de direito privado, as organizações internacionais possuem um estatuto interno que regula as relações entre os seus órgãos.

A existência de um ordenamento interno decorre do fato de ser a organização um ente social.

A existência deste estatuto interno foi consagrada na jurisprudência no parecer da CIJ: "Efeitos das Decisões do Tribunal Administrativo das NU", em que foi afirmado ter sido este Tribunal criado dentro do "sistema jurídico interno da ONU".⁴

As recomendações da Assembléia Geral têm um valor de direito interno da ONU, sendo elas obrigatórias para o Secretariado e outros órgãos subordinados à Assembléia Geral (Michel Virally).

Até a 2ª Guerra Mundial, foi muito estudada a ordem jurídica interna das organizações internacionais. Philippe Cahier afirma a existência de duas teorias: a) o direito interno das organizações internacionais é derivado do DI. Para Anzilotti ele era uma "forma de acordo" e era constituído por normas convencionais. Humphrey Waldoock sustenta que são normas internacionais, vez que os órgãos e o tratado institutivo são internacionais. Ele se fundamenta no tratado institutivo. A ordem jurídica interna das organizações seria semelhante à de Estados membros da federação; b) é uma ordem jurídica autônoma semelhante à dos Estados. Para Sereni ela tem o seu fundamento não no tratado institutivo, "mas na existência efetiva da organização". Para Focsaneanu ela se assemelha aos direitos públicos estatais.

A jurisprudência do CIJ é clara. A Corte de Justiça das Comunidades Europeias afirma que a comunidade é uma nova ordem jurídica internacional. Para Cahier, se a Carta da ONU fosse um simples tratado, ela não teria poderes implícitos. A ordem jurídica interna é autônoma; e se ela derivasse do DIP, as normas deste seriam aplicadas.

c) Existência de órgãos próprios

A estrutura de uma organização internacional varia com as suas finalidades. De um modo geral, elas apresentam: um Conselho (que é o órgão executivo, onde estão representados apenas alguns Estados), uma Assembléia (onde estão representados todos os membros) e um Secretariado (que é a parte administrativa).⁴³ A eleição do Diretor ou Secretário varia de uma organização a outra, na OMS, UNESCO, UIT, é eleito pela Assembléia, enquanto na OACI e OIT é eleito pelo Conselho. Nas organizações internacionais menos desenvolvidas a Assembléia é o único órgão dotado de poderes de governo (Biscottini). Cada organização estabelece a periodicidade das reuniões de sua Assembléia ou Conferência: anualmente (OIT e OMS), a cada 2 anos (FAO, UNESCO), a cada 3 anos (OACI), a cada 4 anos (OMM e OMPI), a cada 5 anos (UPU, UIT). Os órgãos de uma organização são fixados nos tratados que as criam; todavia, nada impede que outros sejam criados, posteriormente, como órgãos subsidiários. Deste modo a Assembléia Geral criou a Comissão de DI.^{4b}

A expressão órgão subsidiário está consagrada na Carta da ONU, mas se usa também a de: órgão especializado, órgão auxiliar, comissão, comitê, grupo de trabalho. Se o órgão subsidiário foi estabelecido no tratado institutivo da organização, ele só pode ser "alterado" por modificação do próprio tratado. Ele tem o mesmo *status* de órgão principal.

Ao lado dos seus órgãos, as organizações internacionais possuem os seus funcionários, que as colocam em funcionamento (v. capítulo XXVIII).^{4c}

Os órgãos decidem por: a) maioria simples (a metade mais um dos votantes); b) maioria absoluta (a metade mais um dos membros); c) maioria qualificada (dois terços dos presentes ou votantes); d) unanimidade (utilizada no Conselho da SDN), hoje abandonada, em grande parte, pela dificuldade de ser obtida. Pode-se acrescentar que os votos podem ser igualitários (AG da ONU) ou não igualitários (FMI). Sobre o consenso, ver capítulo ONU. Pode-se acrescentar que o conselho é o contrário do que ele parece ser, porque é um meio de contornar a democracia formal e "obter o melhor rendimento possível da máquina". "Ele tem os traços das instituições atuais que procuram se acomodar a princípios muito sagrados para serem negados e muito impraticáveis para serem respeitados plenamente." Estas observações são de Paul Reuter. O consenso tem dado margem a uma série de interpretações. Carrillo Salcedo tem visto nele um meio que supre a falta de competência da Assembléia Geral para interpretar autenticamente a Carta. Falk afirma que uma resolução aprovada pelo consenso dá a ela um *status* legislativo limitado e reconhece à Assembléia Geral uma competência quase legislativa. Jenks afirma que nas organizações internacionais o consentimento foi substituído pelo consenso. Lacharrière vê nele "uma certa espécie de conclusão das deliberações" e apresenta

as seguintes características: a) "o texto é preparado e apresentado pelo presidente e não pelas delegações"; b) "ele é adotado por acordo geral dos membros, mas que não é necessariamente unânime, e não o é por voto"; c) "é um texto que na sua forma reflete as dificuldades de sua elaboração". Para Ranjeva e Cadoux o consenso significa "ausência de objeções fundamentais da parte da minoria" e que seria o último limite do voluntarismo positivista. O consenso, segundo Mohammed Bedjaoui, surgiu em 1964, quando os EUA ameaçavam a URSS e a França no seu direito de voto por estarem com a contribuição orçamentária atrasada. Assim a Assembléia Geral só tratou de assuntos que pudessem ser regulamentados sem oposição. Foram feitas consultas previamente. O consenso não é novo apenas antes, bem como depois são usadas outras expressões como resoluções tomadas "sem voto", por acordo tácito, por aclamação, etc.

O consenso não é sinônimo de unanimidade. Ele é compatível com uma reserva: "a condição de que ela não seja considerada por seu autor como uma objeção que bloquearia todo o sistema do consenso". O consenso para Paul Reuter é "ambivalente", porque ele obriga "as mais fortes a fazerem certos sacrifícios", mas também "sacrifica uma outra minoria, aquela que não tem força para impedir a adoção do consenso".

Segundo C. W. Jenks a palavra "consensus" designa diversos procedimentos, que têm em comum o fato de procurarem o mais amplo acordo possível entre os membros da organização. Diz Simone Courteix que o valor do consenso vai depender das condições de sua elaboração, "mas igualmente do conteúdo que lhe dão os Estados;" o consenso é apenas uma técnica e não "uma nova categoria de ato jurídico internacional".

O consenso surgiu da prática dos organismos internacionais e não é regulamentado por escrito. A sua importância, atualmente, é grande. Parece-nos apropriado repetir as observações de Jacques Bouveresse: o consenso é adotado quando o projeto de resolução é objeto de consultas aprofundadas sob os auspícios do Presidente ou do grupo de trabalho. No momento que o Presidente considera que não há objeção formal ao texto por parte de nenhum Estado, a resolução é adotada sem voto. A sua finalidade é obter uma regra comum em uma sociedade dividida. Contudo, uma parte dos autores afirma que o consenso não impede que antes ou após a aprovação da resolução os Estados façam reservas ao que ela estabelece.

Segundo M. Virally as decisões das organizações internacionais, quanto à natureza de sua competência, podem ser classificadas em: a) financeiras; b) administrativas; c) orgânicas (criação ou supressão de um órgão); d) de procedimento (adotar um regulamento); e) jurídicas (aplicação ou suspensão de um estatuto jurídico). Se for adotado como critério de classificação a natureza do ato, elas podem ser de: a) aprovação de um instrumento; b) autorização; c) proclamação (de um ano, decênio); d) recomendação;

e) injunção (visa criar um comportamento); f) expressão de uma opinião (gratidão, satisfação). Tem sido observado que nem a ONU, ou as organizações especializadas foram imaginadas como um corpo legislativo.

O sistema de elaboração de normas da ONU desafia qualquer análise, porque é descentralizado e não codificado. As próprias organizações respeitam o "soft law" que aprovam, que mostra como os Estados pretendem agir.

O "soft law" é um compromisso entre os que querem uma regulamentação definitiva e as que não querem. Paul Szasz fala inclusive em um "international non law", que seriam os "modelos", "guidelines" de direito, como ocorre na UNCITRAL com o "Model Law on International Commercial/Arbitration".

f) Exercício de poderes próprios

Os poderes de uma organização são fixados pelo tratado que a cria. Eles visam atender às finalidades comuns de seus membros. A sua enumeração é feita via de regra de modo genérico.

A jurisprudência e a doutrina têm admitido a existência nas organizações de "poderes implícitos", cuja teoria foi elaborada no D. Constitucional pela Corte Suprema norte-americana ("implied powers").⁵ A CIJ aplicou esta teoria para justificar a criação do Tribunal Administrativo da ONU.

Os poderes implícitos são direitos escritos que a organização precisa para atender seus fins.

Desenvolveu-se também a teoria dos "poderes inerentes", que surgiu no parecer da CIJ, em 1962, sobre "Certas despesas da ONU", em que se sustenta poder a ONU empreender toda ação que seja adequada para a realização de seus fins (Cançado Trindade).

Para Seyersted as organizações internacionais têm poderes similares aos do estado. É claro que esta concepção diminui a soberania dos estados. Os autores têm apresentado a seguinte listagem de poderes inerentes: a) concluir tratados; b) enviar e receber representantes diplomáticos; c) organizar o seu funcionamento interno; d) ter privilégios e imunidades; e) promover conferências internacionais; f) participar de quaisquer conferências internacionais; g) apresentar reclamações internacionais; h) ser depositário de tratados; i) participar de arbitragem internacional; j) operar navios e aeronaves com sua bandeira e registrados nela. Os poderes inerentes são aqueles que as organizações necessitam de fato para realizar seus fins.

As organizações internacionais, ao exercerem os seus poderes, criam, por meio de deliberações, normas internacionais. Estas deliberações, entretanto, nem sempre têm valor obrigatório; é o que ocorre com as recomendações,⁶ os votos e os ditames. Já as resoluções, os regulamentos e as decisões têm valor obrigatório.

Jean-Paul Jacqué observa que a ONU tem admitido o aparecimento de um costume "contra legem", o que já não é admitido nas organizações de integração econômica (ex.: comunidades européias).

251 O instituto da responsabilidade, como já vimos, se fundamenta na própria noção de justiça. Não se pode admitir a existência de sujeitos de direito sem deveres, cuja violação acarreta a responsabilidade internacional. As organizações, dentro deste raciocínio, são passíveis de responsabilidade internacional.

De um modo geral, como veremos, são aplicáveis no presente caso as mesmas regras utilizadas em relação aos Estados. Elas são responsáveis pelos atos dos seus órgãos competentes, bem como pelos dos incompetentes.⁷ A responsabilidade também existe por atos de particulares dentro de suas sedes se a organização não toma providências para evitá-los, ou, ainda, reprimi-los.

Se a organização é reclamante, ela deve esgotar os recursos internos do Estado; já este requisito não existe quando ela é a reclamada, vez que ela não tem recursos internos a serem esgotados.

Elas são não apenas responsáveis perante os demais sujeitos da ordem internacional, mas também perante os seus próprios funcionários.

A responsabilidade internacional das organizações possui um aspecto particular que é o de a responsabilidade repercutir nos seus Estados-membros. Assim sendo, se uma organização for obrigada a pagar uma indenização, este pagamento será feito por contribuições dos Estados-membros, uma vez que ela não tem independência financeira.

Um estado-membro de organização internacional pode ser responsável por ato praticado por organização internacional se ele foi o responsável pelo ato ilícito ou o tolerou tendo meios para evitá-lo e não o fez.

Finalmente é de se observar que os Estados são também responsáveis perante as organizações internacionais, sendo que estas podem exercer a proteção diplomática dos seus funcionários (ex.: ONU).

252. A sucessão nas organizações internacionais é assunto tratado de maneira diversa da sucessão de Estados. A sucessão não é de soberania, mas uma "substituição funcional" (O'Connell).

Na verdade, não existe uma sucessão de organizações como uma sucessão de Estados; a "simples semelhança de função não implica uma sucessão".

Como bem diz Cansacchi, não existe uma sucessão necessária, mas voluntária. É uma "sucessão convencional".

S. Bastid observa que estes acordos de sucessão têm problemas interessantes, como, por exemplo, o fato de que uma das partes vai desaparecer e se isto não afeta a validade do tratado. Observa ainda a internacionalista que uma outra questão é a de se saber se os Estados são considerados terceiros em relação à organização. Finalmente, ela assinala que se tem respeitado as obrigações estipuladas nos acordos de sucessão, vez que o

compromisso foi assinado em função do desaparecimento de uma das partes.

Ela só existe quando determinada por um texto convencional, e ocorrerá nos limites ali fixados.

No caso de sucessão, de um modo geral, os funcionários não são transferidos para a nova organização, a não ser quando é uma sucessão-transformação, como a da OECE-OCDE (Mario Bettati).

253. As organizações internacionais possuem um direito de convenção, como os Estados. A ONU e as demais organizações internacionais têm concluído inúmeros acordos internacionais. A Carta da ONU prevê a conclusão de acordos internacionais (arts. 43, 57, 63, 105).⁸ O primeiro acordo concluído por uma organização internacional foi o do Bureau de Pesos e Medidas, em 1875, com a França, sobre medidas administrativas da sua sede, que era em Paris.

Em 1986 foi concluída, sob os auspícios da ONU, uma Convenção sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Podemos dar algumas de suas normas: a) o ato de ratificação dado por uma organização internacional chama-se "ato de confirmação formal"; b) a convenção só abrange os tratados em forma escrita; c) a convenção não é retroativa; d) a capacidade de uma organização concluir tratados é regulamentada pelas normas da própria organização; e) uma pessoa é considerada como representando o Estado se ela tem plenos poderes, ou se da prática ou das circunstâncias dependendo-se que o Estado ou a organização tinham intenção de considerá-lo como representante do Estado ou da organização; f) o Estado ou organização pode confirmar posteriormente o ato praticado por pessoa que não tinha poderes para fazê-lo; g) o tratado aprovado em uma conferência internacional deve ser por 2/3 dos Estados presentes e votantes; h) um tratado é obrigatório a partir da assinatura: 1) quando ele estabelece; 2) tal fato foi estabelecido na negociação; 3) é a intenção das partes; i) o Estado ou organização internacional não pode praticar atos contrários ao trabalho, ele o assinou, ou, ainda, enquanto se aguarda a sua entrada em vigor; j) a retirada de uma reserva ou objeção só produz efeito depois de comunicada ao outro Estado ou organização; k) um tratado não produz obrigação em relação a terceiros. Entretanto, um terceiro pode receber direitos se esta for a intenção das partes e ele concorda; l) são admitidas como causa da nulidade: erro, fraude, violação de "cogens" e coação; m) a própria convenção afirma a interpenetração do direito dos tratados entre Estados e os que têm organização internacional como parte; n) um tratado termina: 1 — pela retirada da parte, conforme o modo previsto no tratado ou se as outras partes após serem consultadas derem o seu consentimento; 2 — um tratado não termina se o número de partes ficou menor do que aquele exigido para o tratado entrar em vigor; 3 — a denúncia nunca pode dar em prazo de aviso prévio menor que 12 meses; 4 — o apareci-

mento de uma nova norma de "jus cogens" põe fim ao tratado. etc.; *d*) o procedimento para invalidar, terminar ou se retirar de um tratado deve ser notificado aos demais Estados e estes devem ter um prazo mínimo de três meses para se manifestarem. Se houver uma objeção, deve ser aplicado o art. 33 da Carta da ONU. Se no prazo de 12 meses não for encontrada uma solução, o caso deverá ser submetido à CIJ ou, se envolver a organização internacional, esta pode pedir parecer à CIJ, que deverá ser considerado como obrigatório. O anexo da convenção cria um procedimento de arbitragem e conciliação. Cada Estado dá dois nomes de conciliadores por cinco anos, que serão comunicados ao presidente da CIJ. Na solução do litígio, cada parte indica dois árbitros ou conciliadores, que reunidos indicarão o quinto nome no prazo de 60 dias. O relatório da Comissão de Conciliação deve ser dado no prazo de 12 meses.

Nas comunidades européias para a conclusão de um tratado os contatos iniciais são feitos pela Comissão que apresenta recomendações ao Conselho, e cabe a este fixar as diretrizes e autorizar a conclusão do tratado.

As organizações internacionais, de modo geral, possuem o direito de legação. Elas, como pessoas internacionais, necessitam manter relações com os demais sujeitos de DI, a fim de realizarem as finalidades para que foram criadas.⁹ Elas têm o direito de missão ativo, bem como o direito de missão passivo.¹⁰ Este último aspecto é que apresenta algumas dificuldades para as organizações internacionais, uma vez que elas, não possuindo soberania territorial, não podem assegurar os privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos estrangeiros, e, para atenderem esta necessidade, elas assinam acordos de privilégios e imunidades com os Estados onde estão as suas sedes. O direito de missão ativo é exercido, de um modo geral, por observadores. É através deles que as organizações internacionais mantêm relações.¹¹ Os observadores são acreditados junto aos órgãos deliberativos e não junto à parte administrativa. Os observadores não são permanentes.¹² Os seus "poderes" são verificados pelos órgãos que os recebem. Eles podem usar da palavra junto aos órgãos que os recebem e mesmo propor moções. Os seus privilégios são bem mais restritos do que os dos agentes diplomáticos. Eles se beneficiam somente das garantias necessárias para atingir a sede da organização onde vão servir e de permanecer no território onde ela se encontra (R. J. Dupuy).

Assim, por exemplo, o PNUD tem representantes junto aos países em desenvolvimento para coordenar a assistência que ele fornece e a CEE tem representante junto a Estados que não são seus membros.

Os Estados-membros nunca deixaram as comunidades enviarem embaixadores, mas apenas o que eles chamam "chefe de delegação", que mantém contatos, mas não têm o poder de negociar. Eles fornecem informações.

Na ONU existem duas categorias de observadores: os temporários e os permanentes. Entre os permanentes estão: *a*) os Estados não membros que

têm representação permanente acreditada junto à sede (Suíça, Santa Sé, Nauru e Tonga); *b*) as organizações internacionais que receberam um convite permanente para assistir aos trabalhos da Assembléia como observadores (OEA, OUA, Liga dos Estados Árabes, Conferência Islâmica, COMECON, CEE); *c*) outras organizações que receberam um convite permanente da Assembléia Geral para participar das sessões e trabalhos da Assembléia Geral como observadores (OLP — Organização de Libertação da Palestina e SWAPO — South West Africa People's Organization). A OLP tem acesso aos principais comitês da Assembléia-Geral e ao seu plenário.

Os observadores temporários são: *a*) a Resolução nº 3.280 de 1974 convida a todos os movimentos de libertação nacional reconhecidos pela OUA para participarem como observadores sobre os temas a eles relacionados; *b*) Estados não membros, territórios, organizações, etc., com convite específico.

Na ONU não há uma base legal para definir o "status legal" dos observadores. É de se ressaltar que somente os Estados soberanos podem ser representados como observadores sem que haja um convite expresso da Assembléia Geral. O Secretariado da ONU facilita os observadores distribuindo a eles documentos, reserva de assentos nas reuniões, direito de assistir às reuniões de trabalho, direito a fazer circular documentos e direito de intervir nos assuntos em que tenham interesse direto. Um Estado-membro da Organização pode ter observador junto a um órgão em que ele não tem representante.

A participação dos observadores tem-se expandido. Eles têm o direito de fazer pronunciamentos, dependendo das normas processuais do órgão. O direito de réplica para os observadores é mais restrito do que o de fazer pronunciamentos. Em princípio, o direito de apresentar proposições pertence apenas aos Estados-membros e, em poucos "órgãos", é isto admitido para os não membros (UNIDO). Os observadores de Estados não membros têm sido convidados a participar das principais comissões da Assembléia Geral em pé de igualdade com os Estados-membros em casos especiais, como eleições de membros da CIJ quando o não membro da ONU é membro da CIJ. Os órgãos podem convidar os observadores para as suas sessões.

A Convenção de Viena sobre representação dos Estados em suas relações com organizações internacionais de caráter universal (1975) estabeleceu que os representantes dos Estados, seja qual for o tipo de delegação, têm direito a privilégios e imunidades. Entretanto, esta equiparação entre Estado-membro e Estado observador criou controvérsias, e até agora os EUA e a Suíça não a ratificaram. É de se recordar que o acordo entre a EUA e a ONU não trata dos observadores, porque eles não eram importantes quando da sua conclusão. A matéria, na ONU, é resolvida entre os observadores e o Estado territorial. As imunidades são cortesias dos EUA.

Para a admissão dos observadores, adota-se o seguinte procedimento: o Ministro do Exterior do não membro escreve ao Secretário-geral informando que pretende estabelecer um observador permanente.

Na OEA podem ter observadores: *a)* Estados americanos que não são seus membros (Bahamas); *b)* os Estados não americanos membros da ONU devem dirigir uma carta ao Secretário-geral da OEA e obter autorização do Conselho Permanente (ex.: França); *c)* organismos interamericanos governamentais; *d)* outros organismos internacionais; *e)* convidados especiais.

Em 1973, o Congresso dos EUA aprovou uma lei incluindo nas pessoas que têm direitos e privilégios de imunidade os observadores permanentes.

Ainda em relação ao direito de missão exercido entre as organizações internacionais, podemos lembrar que, ao lado dos observadores, elas se utilizam de missões de ligação que são permanentes e colocam em contato os Secretariados. Assim a OIT; a OMS e a UNESCO têm o seu Bureau permanente de ligação junto à ONU.

As organizações internacionais, de um modo geral, não instalaram Missões Diplomáticas junto aos Estados-membros. Elas normalmente instalaram apenas Bureau de informações que, de um modo geral, não são assimilados às Missões Diplomáticas (Cahier). Uma exceção a esta prática foi a Missão instalada pela CECA (foi a Alta Autoridade que a criou e comunicou ao Conselho) junto à Inglaterra, que não era seu membro, e que foi equiparada a uma Missão Diplomática. A Inglaterra, para conceder imunidades e privilégios aos representantes da CECA, promulgou, em 1955, o European Coal and Steel Community Act, que em 1968 foi substituído pelo International Organization Act. Entretanto, salienta Reichling, que nas comunidades européias o direito de propor a criação de missão no exterior pertence à Comissão e ao Conselho, sendo que cabe a este último decidir sobre o envio. As negociações sobre o estabelecimento da missão são conduzidas pela Comissão. As representações da Comunidade junto a organizações internacionais podem ser: *a)* bicéfala — Tem um representante da Comissão para tratar apenas dos assuntos comunitários e um representante dos Estados-membros, que é o representante do Estado que exerce a presidência do Conselho de Ministros. O porta-voz é o representante do Estado; *b)* única — Representantes dos Estados e da Comissão. O porta-voz da delegação é o representante da Comissão (Elisabeth Zoller).

Pode-se acrescentar que os Estados não membros da ONU têm designado observadores junto a ela: Coreia do Sul, Suíça e Vaticano. O mesmo fazia a Alemanha Ocidental antes de ingressar nela. O Secretariado ainda não conseguiu criar um estatuto para eles. O Estado, para designar um observador, necessita ser reconhecido diplomaticamente por uma maioria de Estados-membros da ONU e participar de organizações especializadas. O atendimento destas condições é verificado pelo Secretariado. Eles não têm privilégios e imunidades; quando os têm, é por iniciativa dos EUA e

não da ONU. Sua representação é junto à Assembléia Geral. Têm acesso às reuniões, mas não têm o direito de falar (este direito era dado ao observador dos EUA junto à SDN) (v. n.º 526).

254. Sobre o direito de retirada que têm os Estados-membros de uma organização internacional, alguns autores (Loreti) têm iniciado o seu estudo fazendo a observação de que os tratados institutivos de organizações internacionais são tratados multilaterais, mas com uma característica própria, isto é, eles dão origem a um ente com personalidade internacional própria, que tem por finalidade atender aos interesses comuns dos Estados-membros. São entes, em consequência, que ganham uma autonomia em relação aos Estados que os criaram.

As organizações internacionais podem ser criadas por tempo determinado ou por tempo indeterminado. Nas organizações por tempo determinado tem-se afirmado (Feinberg, Singh) que o direito de denúncia do tratado, ou seja, de retirada do membro, não deve ser admitido. O direito de denúncia dos membros só deve ser admitido se ele for previsto expressamente.

Quanto às organizações internacionais criadas por tempo indeterminado, elas podem estar em duas situações: *a)* tratados prevendo o direito de denúncia ou de retirada do Estado-membro; *b)* tratados que não prevêem tal direito.

No primeiro caso podemos mencionar várias organizações cujos tratados prevêm o direito de retirada: uns não prevêm prazo para que a denúncia produza efeitos (BIRD, FMI); outros fixam um prazo após a entrada em vigor da convenção que criou a organização para que possa haver o direito de denúncia (OACI) e ainda outros fixaram o prazo anterior e mais um prazo para que a denúncia produza efeitos (IMCO). O prazo para que a denúncia produza efeitos é denominado de "prazo de aviso prévio", como figura em alguns tratados (OIT).

O grande problema consiste em saber se nas organizações internacionais com prazo indeterminado e cujos tratados não prevêm o direito de retirada os Estados ainda possuem este direito. Tem-se sustentado que o Estado em nome da sua soberania pode se retirar livremente (tese da delegação soviética quando se elaborou a Carta da ONU). Entretanto, esta tese não deve ser aceita, vez que o Estado livremente já restringiu a sua soberania ao ingressar na organização. Outros (Oppenheim, Giraud) têm sustentado o direito de retirada considerando que o Estado entra na organização por sua livre vontade e que, em consequência, eles são livres para se retirar. Esta tese é semelhante à anterior e merece a mesma crítica, vez que o Estado já limitara espontaneamente a sua vontade. Outros (tese da delegação norte-americana na Conferência de São Francisco) declaram que os Estados têm uma "competência residual" que lhes dá este direito, vez que os direitos que não foram dados à organização pertencem aos Estados. Esta tese também não é de todo válida por várias razões: *a)* já se

tem reconhecido poderes implícitos às organizações internacionais; b) os poderes de uma organização desenvolvem-se com o seu funcionamento para que ela possa atender aos seus fins; c) esta teoria foi tirada do Estado federal, ora uma organização internacional apresenta características diferentes (p. ex.: nesta os seus membros não perdem a personalidade internacional).

A Convenção de Viena sobre tratados (1969), ao regulamentar a denúncia ou retirada de um tratado que não contenha cláusula sobre tal matéria, afirma que: a) a denúncia ou retirada só é admitida se é estabelecido que as partes pretenderam admitir isto; b) quando este direito está implícito, levando-se em consideração a natureza do tratado. O prazo do aviso prévio é no mínimo de 12 meses. Na verdade, se analisarmos a prática internacional, podemos concluir com Loreti a inexistência de uma norma geral sobre a matéria. Por outro lado, parece-nos que em tese o direito de retirada de uma organização internacional, quando não for previsto, deve ser negado ao Estado-membro. Esta posição visa exatamente um reforço do fenômeno do associacionismo internacional. De qualquer modo, podemos salientar que na prática muito pouco alcance tem esta discussão, vez que um Estado, resolvido a se retirar de uma organização internacional, geralmente ela não tem meios de obrigá-lo em sentido contrário. Por outro lado, como já vimos no tocante a manifestações das delegações das grandes potências quando da elaboração da ONU, elas admitem o direito de retirada.

255. O financiamento das organizações internacionais é realizado por meio de contribuições dos Estados-membros para o pagamento das despesas da organização. A fixação da quantia com que cada Estado deve contribuir é geralmente determinada por um órgão que recebe competência para isto; ou, ainda, pelo próprio tratado institutivo da organização.

As organizações internacionais têm fixado diferentes critérios: a) a contribuição varia em relação aos benefícios que o Estado recebe da organização. É o caso da IMCO, em que a contribuição depende da tonelagem da frota; b) os Estados são agrupados em classes, e cada uma destas tem uma contribuição. É o caso da UPU; c) leva-se em consideração o número de habitantes de cada Estado-membro (Conselho da Europa); d) igualdade de contribuição entre os Estados-membros (Comissão do Danúbio); e) o orçamento da OMPI é financiado por taxas cobradas sobre marcas, desenhos e modelos industriais, etc.; f) capacidade de contribuição. É o caso da ONU, sendo a Assembléia Geral o órgão encarregado do orçamento. Em 1964, ela adotou o critério "comparative capacity to pay", levando em consideração a renda nacional dos Estados-membros. Em 1948, a ONU, atendendo à reivindicação de alguns Estados como o Canadá (alta renda nacional e pequena população), aprovou uma restrição ao critério exposto: a contribuição *per capita* (dividida pelo número de habitantes)

de cada Estado-membro não seria superior à contribuição *per capita* do Estado que possui a mais elevada quota de contribuição.

Em 1972 a Assembléia Geral aprovou uma resolução estabelecendo que nenhum Estado contribuiria com mais de 25% do orçamento da ONU. Ela foi solicitada pelos EUA, que estavam contribuindo com 31,5% do orçamento da ONU. Em 1986, os EUA reduziram a sua contribuição para 20% do orçamento. Pode-se ainda acrescentar que o controle da administração financeira e orçamentária na ONU é realizado por uma auditoria interna (Bureau do Controle) e por uma auditoria externa (junta de três membros, por exemplo, presidentes de Tribunais de Contas dos Estados-membros) (ver o trabalho original de Ivo Sefton de Azevedo). A Assembléia Geral, no seu primeiro período de sessões, criou: a) Comitê Consultivo de Assuntos Administrativos e Orçamento (prevê a receita e a despesa); b) Comitê Permanente de Quotas (calcula a quota de cada Estado) e c) Fundo de Operações (execução do orçamento). Na CEECA o financiamento é realizado através de um imposto, fixado anualmente sobre a produção do carvão e aço. É de se ressaltar que a CEECA é uma organização supranacional.

As comunidades européias são financiadas por várias receitas, como direitos aduaneiros sobre produtos importados, estocagem de açúcar, direitos sobre a agricultura, imposto sobre remuneração de funcionários, multas aplicadas às empresas, etc.

Finalmente, é de se ressaltar que as organizações internacionais podem contrair empréstimos.

256. Duas teses têm-se defrontado para explicar a integração dos Estados no plano internacional: a de Deutsch e a de Haas.

Karl Deutsch sustenta que a integração depende de uma efetiva comunicação entre os Estados de uma região, o que desenvolve o "sentido de comunidade" entre eles. Assim sendo, haveria um aumento das relações entre estes Estados em comparação com as suas relações com os demais Estados. As finalidades da integração podem ser resumidas nas seguintes: a) manutenção da paz; b) aumentar as potencialidades; c) realizar determinado objetivo; d) possuir uma nova imagem e identidade. Entretanto, para que a integração venha a se realizar, algumas condições são necessárias: a) as unidades que pretendem realizá-la devem ter importância recíproca; b) os seus valores não serem incompatíveis, bem como algumas vantagens mútuas existirem com a integração; c) uma certa identidade comum; d) a simpatia mútua. Salienta este cientista político que estas condições se inter-reagem fortalecendo uma à outra, "mas que em princípio cada uma pode ocorrer separadamente". A integração tem início em uma determinada área central ("core area"), com poucos Estados com maior índice de desenvolvimento. Ela seria promovida pelos governos e elites políticas destes Estados (v. n.º 296).

Ernst Haas parte da idéia de que os Estados devem ser unidos por aquilo que os aproxima e não pelo que os diferencia. Defende as organizações internacionais, tendo em vista que os Estados em tempo de paz devem trabalhar em conjunto. Os Estados delegarão cada vez maiores competências às “organizações funcionais” (ex.: OIT), o que acelerará a integração internacional. É de se repetir que esta tese teve várias críticas, formuladas por Deutsch: que a unificação italiana foi feita sem a integração funcional, bem como esta não preservou de dissolução a União Real da Suécia-Noruega.

Outra tese é a de D. Mitrany, em cuja linha se colocou Haas. Mitrany contudo acredita que a integração política “seria uma consequência natural da cooperação técnica”. Haas contudo considera ser necessário também uma ação política suplementar. A tese de Mitrany é denominada de funcionalismo e a de Haas de neofuncionalismo. Outra tese é de Leon Lindberg, denominada de análise sistêmica. Parte do conceito do sistema político de Easton, que é “um sistema de interações que, em toda sociedade, produz decisões obrigatórias após ter sido submetida aos estímulos, impulsos, incitações do meio ambiente”. Ele considera que a integração européia teve início quando os sistemas nacionais receberam um grande número de demandas que não podiam ser resolvidas em nível nacional. Partiu-se para um novo sistema mais amplo, que ao resolver algumas demandas com sucesso, estas podem levantar novas medidas em favor da integração, tendo em vista os problemas que estas mesmas soluções podem levantar. Haveria assim uma “espiral ascendente da integração” (esta expressão é de Haas).

É verdade que a integração não depende exclusivamente de uma organização funcional. O próprio Haas considera que é ilusório considerar que a integração se faça a partir de organizações não políticas. Entretanto, não se pode negar que, uma vez tendo ocorrido o “take off” da integração, as organizações funcionais venham concorrer para a sua consolidação, mesmo que não seja o fator determinante.

257) As organizações internacionais podem ser classificadas segundo diferentes critérios:¹³

a) Quanto às suas finalidades, elas podem ter finalidades gerais ou especiais. As de finalidades gerais são predominantemente políticas (ex.: ONU). Os fins especiais podem ser vários: 1 — políticos (Conselho da Europa); 2 — econômicos (FMI); 3 — militares (OTAN); 4 — científicos (UNESCO); 5 — sociais (OIT); 6 — técnicos (OACI).

b) Quanto ao seu âmbito territorial, elas podem ser: 1 — parauniversais (ONU), isto é, aquelas que não têm qualquer limitação geográfica para que um Estado venha a ser seu membro; 2 — regionais (OEA). O tratado institutivo da organização limita o seu âmbito de atuação. As organizações “fechadas” apresentam um aspecto mais homogêneo. Outra categoria tem sido incluída, a de quase-regional (OTAN).

c) Quanto à natureza dos poderes exercidos: 1 — organizações inter-governamentais; 2 — organizações supranacionais.

As organizações intergovernamentais (OEA, ONU) caracterizam-se: a) os órgãos são constituídos por representantes dos Estados; b) as decisões são tomadas por unanimidade ou maioria qualificada; c) os próprios Estados executam as decisões dos órgãos.

As organizações supranacionais (CECA, EURATOM, CEE)¹⁴ se caracterizam: a) pela existência de órgãos em que os titulares atuam em nome próprio e não como representantes dos Estados; b) nas deliberações adotou-se a forma majoritária; c) as decisões dos órgãos legislativos e judiciais das organizações são diretamente executáveis no interior dos Estados-membros; elas são imediatamente obrigatórias no território dos Estados, independem de qualquer “exequatur”. Os Estados aderiram, em favor delas, de suas competências, em sentido mais amplo do que as organizações internacionais de modelo clássico.¹⁵ A expressão supranacional surgiu no tratado que criou a CECA na sua redação original. Os tratados da CEE e Euratom omitiram esta palavra.

d) Quanto aos poderes recebidos: a) organizações de cooperação e b) organizações de integração. Também denominado de critério das “estruturas institucionais”. As de cooperação são as mais comuns e procuram coordenar as atividades dos membros, enquanto as de subordinação, como as de integração, impõem as suas decisões. Observa René-Jean Dupuy que elas atuam através do “princípio inverso ao em que ela repousa”. Assim, nas de cooperação, apesar das preocupações dos Estados, elas acabam por exercer pressão sobre eles. Nas de subordinação os Estados procuram diminuir o alcance da atuação das organizações.

e) Outro critério de classificação é o de Julio Barberis, que fala em organizações internacionais independentes e dependentes. Nesta última categoria coloca a UPU, vez que o seu Secretariado se encontra sob a “alta fiscalização” do governo da Confederação Helvética.

258. As organizações internacionais, para que possam bem desempenhar as suas funções, gozam de privilégios e imunidades que são dados também a seus funcionários (v. capítulo XXXIII), que são consagrados em acordos internacionais concluídos entre elas e os Estados-membros.

No século XIX já encontramos tais privilégios e imunidades: a) o tratado de 1871, referente à Comissão do Danúbio, determinava a neutralidade das “obras e estabelecimentos” da referida Comissão e que “o benefício das imunidades que daí derivam se estenderá a todo o pessoal administrativo e técnico da Comissão”; b) em 1884 foi criada a Comissão Internacional do Congo, e os seus membros e agentes gozavam do “privilégio de inviolabilidade no exercício de suas funções”.

Em 1946 a Assembléia Geral da ONU aprovou uma convenção sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas para ser aplicada com os Estados-membros¹⁶ onde se consagra: a) a ONU tem capacidade para

contratar, adquirir e vender bens imóveis e móveis e comparecer em juízo; b) seus bens e haveres gozam de imunidade de jurisdição. Admite a renúncia a esta imunidade, mas "a renúncia não pode estender-se a medidas de execução"; c) os locais e arquivos são invioláveis; d) pode ter fundos em ouro e em qualquer moeda e transferi-los livremente; e) às suas rendas e bens gozam de isenção de imposto direto (não há isenção de taxa), de direitos de alfândega e não sofre restrições de importação e exportação. O que for importado com franquias não será vendido no país onde foi introduzido; f) goza de facilidades de comunicação; g) os representantes dos Estados-membros junto à organização gozam de um modo geral dos privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos (inviolabilidade, etc., mas a imunidade de jurisdição é só para os "atos por eles praticados como representantes", inclusive, para as suas palavras e escritos), "menos o direito de reclamar a isenção dos direitos aduaneiros sobre objetos importados (outros que não aqueles que façam parte de suas bagagens pessoais), ou dos impostos de consumo ou das taxas sobre vendas mercantis". A convenção somente dá privilégios aos cônjuges dos representantes dos Estados-membros no seguinte: "isenção... de todas as medidas restritivas relativas à imigração, de todas as formalidades de registro de estrangeiro e de todas as obrigações de serviço pessoal nos países visitados ou transitados no exercício de suas funções". Quanto aos privilégios e imunidades dos funcionários consagrados nesta convenção, ver capítulo XXVIII. As dúvidas na aplicação deste tratado serão resolvidas com uma consulta à CIJ, e o parecer será obrigatório.

No Brasil, tem sido consagrado que cabe à Justiça do Trabalho julgar as ações trabalhistas contra as organizações internacionais se estas últimas renunciarem à imunidade de jurisdição que possuem.

Tem sido considerado que as organizações internacionais também têm imunidade para os atos "jure gestionis", porque estão ligados as suas funções, por exemplo, quando ela vende as suas publicações.

258A. As organizações internacionais, como uma espécie de superestrutura da sociedade internacional, constituem um reflexo das relações internacionais. Entretanto, uma vez constituídas, elas passam a influenciar o meio social que lhes deu origem. Inúmeras funções e potencialidades das organizações internacionais têm sido apontadas pelos doutrinadores. Elas podem ser apresentadas como as seguintes: a) exercem influência nas decisões dos Estados; b) desenvolvem meios para controlar conflitos; c) aumentam as oportunidades dos Estados subdesenvolvidos, vez que estes possuem maioria nas organizações e atuam como um grupo de pressão. Por outro lado, as organizações fornecem uma estrutura onde tais Estados negociam em igualdade (formalmente) com os Grandes. Eles são protegidos de modo coletivo; d) atuam contra o nacionalismo ao defenderem o internacionalismo. Entretanto, a ONU, através de declarações, tem tentado defender a soberania dos Estados sobre os seus recursos econômicos.

Aparentemente, esta atitude é contraditória, entretanto ela é profundamente realista, porque os denominados Estados ricos, em nome de internacionalismo, têm procurado apenas defender os seus interesses, à custa dos Estados pobres. Enquanto as organizações não se fortalecerem, estas "contradições" continuarão a existir; e) representam um canal de comunicação entre os Estados; f) constituem um mecanismo para a tomada de decisões; g) protegem os direitos do homem; h) o Secretariado (parte administrativa) é um eventual líder para o fim de que as propostas estatais sejam examinadas internacionalmente; i) garantem a segurança dos Estados; j) legitimam determinadas situações, bem como asseguram que as transformações destas sejam pacíficas, o que é importante em um mundo de rápidas transformações; l) procuram restringir o poder dos Grandes; m) internacionalizam os problemas. Na verdade, é extremamente difícil distinguir a política nacional da internacional, vez que elas se inter-relacionam intimamente. Por outro lado, nem sempre a internacionalização de uma questão pode ser considerada uma vantagem. Em certo momento ela pode ser vantajosa para um subdesenvolvido (quando ele negocia com uma grande potência); por outro lado, pode apresentar desvantagens, como na internacionalização de um litígio entre dois Estados com potência equivalente. De qualquer modo, a internacionalização é vantajosa para as grandes potências, que passam a ter um título para a interferência; n) a ONU contribuiu para o aparecimento de inúmeros Estados; o) contribuem para a formação de normas internacionais de diversas maneiras: 1 — a sua prática e atos têm constituído importante elemento para o direito internacional costumeiro; 2 — novos ramos do DI têm sido desenvolvidos (DI do Trabalho, DI Administrativo); 3 — O DI clássico apresentava como uma de suas características a autotutela, enquanto que atualmente as organizações internacionais passaram a possuir um monopólio do uso da força; 4 — novas fontes surgiram no DIP: a lei internacional, ou, como prefere a maioria dos doutrinadores, as decisões das organizações internacionais; 5 — desenvolvem a codificação do DIP, diminuindo a incerteza que existe no DI consuetudinário; 6 — os seus tribunais desenvolvem uma jurisprudência, sendo que todos os tribunais na ordem internacional estão dentro de organizações internacionais; 7 — promovem a expansão geográfica do DI, universalizando-o; p) as organizações internacionais atuam na opinião pública dos Estados e contribuem para o desenvolvimento da opinião pública internacional.

Uma observação que tem sido apresentada é que as organizações internacionais, por não terem cidadãos e bens, são pouco vulneráveis e menos sujeitas a represálias.

É de se ressaltar que o associacionismo internacional não se limita aos Estados. As organizações não-governamentais estão adquirindo grande importância, já se fala em mais de 4.500. Elas têm sido definidas como aquelas que não são criadas por meio de acordos entre os Estados. Dufour assinala

que algumas são "quase-governamentais", tendo em vista que coordenam interesses nos quais os Estados estão diretamente interessados, como é o caso do IATA. Esta cooperação tem-se desenvolvido nos setores de transportes, pesquisa científica, educação, etc. Os Estados não são membros destas organizações, mas, muitas vezes, o são nas administrações, serviços públicos, etc. As organizações não-governamentais estão reguladas pelo direito privado do local de sua sede. Já se fala na existência de 5.000 organizações não-governamentais, o que mostra o associacionismo internacional mesmo fora da área governamental. É de se assinalar que não há definição aceita por todos de organização não-governamental, e elas são formadas por pessoas físicas (Henry G. Schemers). Elas não têm fim lucrativo e dependem dos Estados onde se encontram.

Apesar de tudo, tem sido apontado por alguns autores (Denys Simon) o "declínio irremediável dos mecanismos internacionais de regulação das relações internacionais". Em 1982, o Secretário-geral da ONU já assinalava a "erosão... da autoridade e do prestígio das organizações internacionais". A própria bibliografia está sempre falando na crise de uma ou de outra organização internacional.

258B. Em matéria de contratos entre organizações internacionais e particulares não existe quase jurisprudência, vez que as organizações não renunciam a suas imunidades. O Banco Europeu de Investimentos para os empréstimos dados aos Estados associados à CEE são eles regidos pelo direito suíço, e a jurisdição é dos tribunais suíços. As comunidades europeias ou estabelecem o direito do Estado onde o contrato deve ser executado ("lex loci solutionis"), ou mencionam os princípios gerais do direito.

Pode-se acrescentar que o BIRD admite ação contra ele perante o tribunal "cuja jurisdição advenha: 1º) da presença no território de um escritório de Banco; 2º) se houver nomeação de agentes para aceitar entregas ou notificações de processos; 3º) se ele houver garantido ou emitido apólices...", os bens do BIRD têm imunidade de execução até a decisão final do julgamento. A finalidade deste procedimento do BIRD é dar confiança, vez que ele realiza operações comerciais (sobre este tema, ver Guido Fernando Silva Soares).

259. Os estabelecimentos públicos internacionais representam uma forma de associação internacional que teve grande desenvolvimento nas últimas décadas (v. nº 248).

Eles podem ser definidos como um organismo internacional "destinado a prestar serviços aos particulares ou regulamentar o uso por particulares do domínio público estatal ou interestatal" (Adam).

Alguns autores (Colliard) falam em "organismos internacionais de gestão", alegando que a expressão "estabelecimento público" é tirada do direito público francês e não poderia ser simplesmente transportada para o DI. Esta expressão teria ainda a desvantagem de parecer excluir a participação de capitais privados. Estas observações são procedentes; todavia,

alguns textos internacionais, como a Convenção sobre o Aeroporto Bâle-Mulhouse, entre a França e a Suíça (1949), falam em "estabelecimento público". Outras convenções, como a que instituiu a "Euroquímica" (1957), falam em "sociedade". Na verdade, não existe uma terminologia fixada para estes organismos. Doutrinariamente, talvez fosse melhor agrupá-los sob a denominação de "organismos internacionais de gestão".

Estes organismos apresentam as seguintes características: a) possuem personalidade internacional;^{16a} b) são órgãos de execução material, agindo, por conseguinte, de modo concreto;¹⁷ c) eles podem ter suas atividades regulamentadas pelo DI, ou podem estar, ainda, submetidos subsidiariamente ao direito interno do Estado onde eles têm a sua sede. No tocante à nacionalidade, vai tudo depender da "técnica" utilizada para a sua constituição. Assim, a Air Afrique é plurinacional e tem a nacionalidade de cada um dos contratantes.

Os organismos internacionais de gestão podem ser classificados, conforme as suas finalidades, em: a) econômicos (concedem empréstimos — BID); b) técnicos (Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea — Eurocontrol). Na verdade, existem organismos de gestão com as mais diferentes atividades. Ex.: Serviço Franco-alemão para a Juventude, Estrada de Ferro Djibuti-Adisabeba, etc. Os casos dados acima têm aspecto meramente exemplificativo. Salienta Loussouarn que muitas vezes estas "empresas" se encontram submetidas "a título subsidiário a uma lei nacional", por exemplo, a Sociedade Europeia para o Financiamento de Material Ferroviário (Eurofima) em relação à lei suíça, tendo em vista que aí é a sua sede.

Na verdade, ainda não se fez uma teoria geral destes organismos, apesar dos esforços de alguns doutrinadores (Adam, Colliard). Tais organismos apresentam-se sob os mais variados aspectos: a) em alguns casos eles se confundem com a própria organização internacional; é o caso do BIRD, etc.;¹⁸ b) em outros, a organização internacional tem inúmeras atividades e cria no seu seio um organismo de gestão (ex.: o Banco Europeu de Investimento na CEE); c) e, finalmente, uma organização internacional pode prever a criação de organismos de gestão no futuro; entretanto, a iniciativa desta criação é dada não apenas aos Estados, mas também a empresas privadas, e a organização intervém apenas para autorizar a sua criação. Ex.: as "empresas comuns" no âmbito da EURATOM (Colliard).

260. A evolução histórica das organizações internacionais, propriamente ditas, é bastante recente.¹⁹ Entretanto, os doutrinadores têm incluído entre os seus antecedentes os projetos de paz perpétua. Estes projetos, cujos autores são denominados irenistas,²⁰ apresentam duas grandes linhas de orientação: a) a continental, cujos autores procuram construir a sociedade internacional à imagem da sociedade estatal, com sanções e competências amplas; b) a anglo-saxã, que acredita que para uma sociedade

internacional organizada não há necessidade de sanção, mas bastam apelos morais.

Em todos os projetos existe uma idéia de federação, se tomarmos esta palavra em sentido amplo. Outra grande linha dos projetos que vamos estudar é que, de um modo geral, nos do período medieval há sempre uma idéia de subordinação (ao Papa ou ao imperador), enquanto que após a formação dos grandes Estados nacionais há uma idéia de coordenação.

Vejam os principais projetos:

a) *Pierre Dubois* — no seu livro “De recuperatione Terrae Sanctae” (1305) propõe a igualdade entre os soberanos e a criação de uma república cristã que seria dirigida por um “concílio de leigos prudentes”. O Papa seria o árbitro supremo. A capital seria a cidade de Toulouse. As sanções seriam de natureza temporal, tal como deportação para Jerusalém, etc. O seu projeto visa dar um papel de relevo a Filipe o Belo, e tem uma característica própria perante os outros projetos deste período da História: é que ele prega a igualdade e não a subordinação.

b) *Dante* — no seu “De Monarchia” (1315) propõe uma monarquia universal, a fim de que a paz seja assegurada. Ele propõe a hegemonia do imperador.

c) *Marsílio de Pádua* — no “Defensor Pacis” (1324) antevê a existência de um império de aspecto universal, que teria um “legislador humano supremo”. A sua obra é quase toda dedicada à paz externa dos “Estados”.

d) *Georges Podiebrad* — em 1464, o rei da Boêmia, Georges Podiebrad, propõe através de Antoine Marini um projeto de paz perpétua ao rei de França (Luís XI). Seria formada uma federação entre os príncipes cristãos, que não mais fariam a guerra entre si, e quem violasse este compromisso seria julgado pelo Parlamento a ser instituído. Este projeto visava fazer a união dos príncipes cristãos e que, em consequência, se pudesse reconquistar Constantinopla, que havia caído em poder dos turcos, respondendo aos apelos do Papa Pio II para uma nova Cruzada. O rei de França aceitou o projeto, mas não se comprometeu quanto à Cruzada.²¹

e) *Erasmus* — em “Querela Pacis” (1517), após lembrar a fraternidade dos cristãos, propõe a prática da arbitragem, que a iniciativa da guerra seja de toda a nação e não apenas do príncipe, e que as fronteiras sejam estabilizadas. A sua obra se destinava a que uma paz durável fosse assinada entre os reis de França e Espanha.

f) *Emeric Crucé* — em “Le Nouveau Cynée” (1625)²² propõe a escolha de uma cidade (ele propõe Veneza) onde os chefes de Estados teriam seus embaixadores permanentes que, em assembléia, decidiriam os litígios entre os Estados. Este é o primeiro autor a chamar a atenção para o interesse econômico da federação.

g) *Duque de Sully* — escreveu “Sages et royales économies d'État domestiques, politiques et militaires de Henry Le Grand” (1641). O seu

projeto de “Paz Perpétua” (“Le Grand Dessein”) ele atribuiu a Henrique IV, de quem era ministro. Propõe a criação de uma República cristã, que seria formada da seguinte maneira: a) monarquias hereditárias (Espanha, França, Inglaterra, Suécia, Dinamarca e Lombardia); b) monarquias eletivas (Roma, Veneza, Império, Polônia, Hungria e Boêmia). Liberdade religiosa para o catolicismo, o luteranismo e o calvinismo. Haveria um Conselho Geral e seis Conselhos Particulares. Seria formado um exército europeu para lutar contra os infiéis.

h) *William Penn* — publicou “Essay towards the present and future peace of Europe by the establishment of an European Dyet, parliament of ententes” (1693), onde o autor defende a criação de uma Dieta europeia com 90 membros; cada Estado teria um número de representantes, dependendo da “importância econômica e demográfica dos Estados”.

i) *John Bellers* — escreveu “Quelques raisons pour établir un État européen” (1710). Propõe a divisão da Europa em 100 províncias e a formação de um Senado europeu.

j) *Abade de Saint-Pierre* (Carlos Irineo Castel) — publicou “Projet de traité pour rendre la paix perpétuelle en Europe” (1713). Propõe uma associação de 22 membros e a criação de um Senado em Utrecht, que resolveria por arbitragem ou mediação os litígios. Propôs também que as fronteiras fossem estabilizadas na maneira em que foram estabelecidas na Paz de Utrecht, onde ele fora secretário do abade de Polygnac.

l) *Bentham* — em “A Plan for an Universal and Perpetual Peace”, escrito entre 1786 e 1789 e publicado após a sua morte, em 1843, propõe a formação de uma Dieta, de um exército europeu e a criação de um tribunal de arbitragem.

m) *Rousseau* — não dedicou nenhuma obra ao assunto, tendo apenas publicado, em 1761, uma obra em que resumia a de Saint-Pierre, intitulada “Extrait du projet de paix perpétuelle de Monsieur l'abbé de Saint-Pierre, par J.-J. Rousseau, Citoyen de Genève”. Ele não traz maiores contribuições ao DI, salientando que a guerra nasce de um estado social, que a guerra está ligada aos despotismos e aconselha as pequenas nações a fazerem uma federação a fim de se defenderem dos fortes.

n) *Pierre André Gargaz* — este homem era um forçado de Toulon, que estava preso a bordo da fragata “Duchesse”, condenado por um assassinato que ele negava. Em 1779 ele encaminhou a Franklin o seu projeto, que o publicou na sua tipografia. Gargaz propunha a criação de um Congresso perpétuo na cidade de Lião ou em qualquer outra cidade. O seu projeto se caracterizava pela manutenção do *status quo*. Com a Revolução Francesa, foi publicada uma segunda edição (ano V), com o título: “Contrat social surnommé Union franc-maçonne entre tous les bons citoyens de la République Française et entre la même République et toutes les Nations de la Terre”.

o) *Kant* — no seu ensaio “De la paix perpétuelle” (1795) propõe a formação de uma federação de Estados livres e que deveria haver uma soberania do Direito.

p) *Johann Caspar Bluntschli* — em um estudo sobre a organização da União Européia (1881), propõe a criação de uma associação dos Estados europeus e a formação de um Legislativo onde não haveria apenas representantes dos governos, mas também dos povos. A sede do Conselho da Europa e do Senado europeu se instalaria por quatro anos em cada cidade.

q) *James Lorimer* — propõe em 1877 a formação de um Estado federal europeu, onde haveria um Senado e uma Câmara de Deputados. A sede seria em Constantinopla, que deveria ser neutralizada.

r) *Os EUA* foram berço de alguns projetos de paz perpétua, como os de William Ladd e William Jay, etc. O primeiro, em 1840 (“An Essay on a Congress of Nations”), propõe a formação de um Congresso e de uma Corte das Nações. O segundo, em 1842 (“War and Peace: The Evils of the First and a Plan for Preserving The Last”), propõe a criação de uma corte, o desarmamento e a arbitragem obrigatória.^{22A}

Estes projetos não tiveram maior influência na criação das organizações, ou mesmo criar uma opinião pública em favor de uma “organização internacional”.

O primeiro movimento pacifista europeu (1815-1867) nasceu na Inglaterra e nos EUA nas “Peace Societies”. O 1º Congresso pacifista se reuniu em Londres, em 1843. Nos EUA, em 1828, 50 associações pacifistas se reuniram na American Peace Society, que teve como seu primeiro presidente a William Ladd (luta pela criação de um tribunal internacional), que teve como seu sucessor o presidente da Corte Suprema, William Jay (Friedrich Heer — Europa, madre de revoluciones, vol. 2, 1980).

As organizações internacionais começaram a surgir de necessidades concretas do mundo internacional do século XIX. A sua forma inicial foi a de uniões administrativas, uma vez que elas se limitavam à cooperação no domínio administrativo. A Comissão do Reno (Tratado de Paris de 1814 e Ato Geral de Viena de 1815) é a mais antiga delas; em 1856 (Tratado de Paris) foi criada a Comissão do Danúbio. Ambas deveriam assegurar a liberdade de navegação nos rios internacionais de que tratavam. Em 1865 foi criada a União Telegráfica Universal e em 1878 o Bureau da Organização Internacional Meteorológica, etc. Paul Reuter salientou que estas uniões administrativas tinham um aspecto “rudimentar” como organizações internacionais. A competência delas era de ordem administrativa²³ e estavam baseadas, de um modo geral, no princípio da unanimidade. Elas se caracterizam por não ter objetivos políticos. A sua permanência era assegurada por uma secretaria.²⁴

As organizações internacionais, como nós as entendemos hoje (com fins políticos, modos de decisão pela maioria, com poder regulamentar e

personalidade internacional, etc.), só começaram a se desenvolver após a 1ª Guerra Mundial, com a criação da Liga das Nações.

Atualmente o número de organizações e órgãos internacionais é tão grande que já se fala que a sua proliferação deve ser paralisada. Colliard menciona que a Assembléia Geral, após 1946, já criou mais de 250 órgãos subsidiários.

261 A origem da Liga das Nações²⁵ pode ser traçada na luta pelo pacifismo nos EUA e na Inglaterra. No segundo, a League of Nations Society (1915), que tinha o apoio de Asquith e Grey; no primeiro, foi criada uma semelhante à inglesa por Taft, ainda em 1915, a League to enforce peace.^{25A} Nas vésperas do armistício, foi criada na França a Associação Française pour la Société des Nations.²⁶

Em 8 de janeiro de 1918, Wilson, na mensagem ao Congresso norte-americano, enumerou os seus 14 princípios, sendo que um deles era a formação de uma organização internacional que garantisse a independência dos Estados.

Foram preparados dois projetos para a Liga das Nações: um, francês, e outro, anglo-saxão. O francês ficou pronto em junho de 1918 e foi elaborado por uma comissão presidida por Léon Bougeois, que preparou o projeto dentro da tradição continental, isto é, a organização seria um Superestado com Poder Executivo, Judiciário e um exército. O projeto anglo-americano foi elaborado pelos juristas oficiais destes governos, Hurst e Miller.^{26A} Este projeto, que se inspirava na ideologia de Wilson, foi apresentado nas discussões do Hotel Crillon, e foi o que predominou.²⁷ O projeto Hurst-Miller estava dentro da concepção anglo-saxã de que bastaria a existência de uma organização e a realização de apelos para que a paz estivesse garantida, sendo incipiente o seu sistema de sanções²⁸ (econômicas, financeiras e militares).²⁹ Pode-se acrescentar que houve igualmente projetos elaborados nos países vencidos: o de Mathias Erzberger (na Alemanha) e o de Henri Lammasch (na Áustria), mas que não exerceram influência. Ela foi criada na Paz de Versailles (1919), onde o Brasil teve uma atuação apagada. Como diz Charles Zorgbibe, as observações de Epitácio Pessoa “forma raras”.

Algumas observações devem ser acrescentadas. A expressão “sociedade das nações” já figurava na Convenção de Haia de 1907. O Pacto da SDN foi incluído no Tratado de Versailles para forçar o Senado dos EUA a aprová-lo, porque se pensava que ele não ousaria deixar de restabelecer a paz. O Japão foi um dos membros permanentes devido ao fato de ser aliado da Grã-Bretanha, vez que o seu papel na guerra foi sem importância.

O Pacto da Liga tinha 26 artigos e figurou nos tratados de paz de 1919-1920, não figurando, entretanto, no de Lausanne (1923), com a Turquia.

A sua sede foi a cidade de Genebra, por proposição dos EUA, tendo em vista a neutralidade suíça.³⁰

a) *Composição*

A Sociedade das Nações tinha três categorias de membros:

- 1) originários (os que assinaram o Tratado de Versalhes, excluindo-se os países inimigos);
- 2) convidados (os que tinham permanecido neutros durante o conflito);
- 3) admitidos (eram os que tinham a sua candidatura aprovada por 2/3 da Assembléia). Ela admitiu a entrada dos Domínios.

Os Estados poderiam deixar de ser membros da SDN: 1) voluntariamente, os Estados que quisessem se retirar, poderiam fazê-lo, desde que dessem ciência dois anos antes e estivessem com as suas obrigações internacionais e as do Pacto cumpridas. O Brasil se retirou em 1926, por não ver atendida a sua pretensão de ter um lugar permanente no Conselho;³¹ 2) pela não aceitação de uma emenda do Pacto; 3) exclusão por votação unânime do Conselho (era uma sanção). Neste caso ficou a URSS em 1939 quando invadiu a Finlândia; 4) perda da qualidade de Estado (ex.: Etiópia, em 1936, anexada à Itália).

A SDN chegou a ter 54 membros.

b) *Estrutura*

A Liga possuía três órgãos: 1) Conselho, que tinha nove membros (cinco permanentes: EUA, França, Itália, Japão e Inglaterra),³² a quem competia a exclusão de membros, planos de desarmamento, o controle dos territórios sob mandato, o controle da proteção das minorias, etc. Ela se reunia inicialmente quatro vezes por ano e depois três vezes, podendo ter sessões extraordinárias;³³ 2) Assembléia — reunia-se em setembro, podendo ter sessões extraordinárias. Todos os Estados eram nela representados. Era da sua competência: a admissão de novos membros, eleição dos membros não permanentes, aprovação do orçamento, etc. Ela possuía seis Comissões; 3) Secretariado — era a parte administrativa. Foram seus secretários-gerais: Eric Drummond, Joseph Avenol e Sean Lester.

Existiam certas atribuições que eram exercidas pelo Conselho e Assembléia juntos (atribuições conjuntas), tais como eleições para juiz da CPJI e do Secretário-geral, etc. Outras poderiam ser exercidas tanto pelo Conselho como pela Assembléia (atribuições comuns), como era o direito de pedir pareceres à CPJI.

Uma das maiores críticas que se tem dirigido ao Pacto da Liga das Nações é que ele previa para a Assembléia e o Conselho a unanimidade, como regra geral, para a decisão dos assuntos. Somente nos casos previstos expressamente é que esta regra era abandonada. Assim, a Assembléia admitia novos membros por 2/3, etc.; o Conselho e a Assembléia decidiam as questões processuais por maioria, etc. A regra da unanimidade, difícil

de ser conseguida nas questões importantes, a não entrada dos EUA e o direito de retirada, enfraqueceram a SDN.

A Liga possuía dois organismos autônomos:³⁴ a OIT, que fora criada no Tratado de Versalhes (parte XIII); e a CPJI, que teve o seu estatuto elaborado em 1920.

Ela funcionou de 1920 a 1946, quando, na sua 21ª Sessão, foi dissolvida e todos os seus bens foram transferidos para a ONU. Entretanto, de fato ela parara de funcionar desde a declaração da 2ª Guerra Mundial, e oficialmente existiu até 1947, ao serem encerradas as contas da comissão de liquidação. Durante a 2ª Guerra Mundial vários serviços do Secretariado foram transferidos para a Universidade de Princeton.

NOTAS

I. R. J. Dupuy — Le Droit des Relations entre les Organisations Internationales. *in* RdC, vol. II, t. 100, págs. 457 e segs.; Pierre Pescatore — Les Relations Extérieures des Communautés Européennes, *in* RdC, 1961, vol. II, t. 103, págs. 1 e segs.; Sérgio Néri — De la Nature juridique des Communautés Européennes, 1964; Badr Kasime — La Capacité de l'Organisation des Nations Unies de Conclure des Traités, 1960; Charles Reichling — Le Droit de Légation des Communautés Européennes, 1964; Riccardo Monaco — Lezioni di Organizzazione Internazionale, 2 vols., 1965-1968; Paul Reuter — Institutions Internationales, 1963, págs. 182 e segs.; H. T. Adam — Les Organismes Internationaux Spécialisés, 5 vols., 1965-1991; Louis Cartou — Organisations Européennes, 1965; Paul Reuter — Organisations Européennes, 1965; Claude-Albert Colliard — Institutions Internationales, 1963, págs. 798 e segs.; W. J. Ganshof van der Meersch — Organisations Européennes, vol. I, 1966; Jean-Pierre Colin — Le Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes, 1966; Pitman B. Potter — An Introduction to the Study of International Organization, 1936; Gerard J. Mangone — A Short History of International Organizations, 1954; Pierre Rain — Organisation de la Paix, 1946; L. de Sainte Lorette — L'Idée d'Union Fédérale Européenne, 1955; C. Valenziani — Petite Histoire de la SDN, 1936; Théodore Ruysen — Les Sources doctrinales de l'internationalisme, 3 vols., 1954-1961; Clyde Eagleton — International Organization and the Law of Responsibility, *in* RdC, 1950, vol. I, t. 76, págs. 323 e segs.; J. de Soto — Les Relations Internationales de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *in* RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 29 e segs.; Antonio Malintoppi — Le Recomendazioni Internazionali, 1958; Roger Pinto — Les Organisations Européennes, 1936; Nicola Catalano — Manuale di Diritto delle Comunità Europee, 1962; Pitman G. Potter — Origin of the Term International Organization, *in* AJIL, October 1945, vol. 39, n° 4, págs. 803 e segs.; Bernard Rouer-Hameray — Les Compétences Implicites des Organisations Internationales, 1962; H. T. Adam — Les Établissements Publics Internationaux, 1957; L. Focsaneau — Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies, *in* AFDI, vol. III, 1957, págs. 315 e segs.; J.-F. Lalive — L'Immunité de Jurisdiction des États et des Organisations Internationales, *in* RdC, 1933, vol. III, t. 84, págs. 205 e segs.; D. W. Bowett — The Law of International Institutions, 1963; Pitman B. Potter — Développement de l'Organisation Internationale (1815-1914), *in* RdC, 1938, vol. 11, t. 64, págs. 71 e segs.; Benedetto Conforti — La Funzione, dell'Accordo nel Sistema delle Nazioni Unite, 1968; Léonide C. Ananiadès — L'Association aux Communautés Européennes, 1967; Claudio Zanghi — La Funzione di Controllo negli Enti Internazionali, 1966; Adriana Beghè Loreti — Il Recesso dalle Organizzazioni Internazionali, 1967; Andrea Giuseppe Mochi Onory — La Succession d'États aux traités et notes sur la succession entre organisations internationales, 1968; Shabtai Rosene — United Nations Treaty Practice, *in* RdC, 1954, vol. II, t. 86, págs. 281 e segs.; Joël Rideau — Juridictions Internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales, 1969; Giuseppe Tesaro — Il Finanziamento delle Organizzazioni Internazionali, 1969; Ernest B. Haas — Beyond the Nation-State, 1968; Georges Langrod — Personne Internationale, *in* Dalloz — Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 578 e segs.; L.-M. Mitchell — Organisations Internationales. *in* Dalloz — Répertoire de Droit International, publicado

sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 517 e segs.; Almir de Oliveira — Das Organizações Internacionais. *in* Tabulae. Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, n° 3, 1969, págs. 7 e segs.; Comisión de Derecho Internacional — La Cuestión de los Tratados concertados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales — Documento de trabajo presentado por el Secretario General, 1970; Ivo Sefton de Azevedo — Notas sobre a Fiscalização Financeira e Orçamentária nas Nações Unidas, *in* Boletim Informativo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ano I, n° 3, janeiro-fevereiro de 1969, págs. 8 e segs.; Jorge Castañeda — Valeur Juridique des Résolutions des Nations Unies, *in* RdC, 1970, vol. I, t. 129, págs. 205 e segs.; Celso de Albuquerque Mello — Organizações Internacionais — Parte Geral — tiragem mimeografada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1970, 63 págs.; Charles-Albert Morand — Réflexions sur la Nature des recommandations internationales et des actes de planification, *in* RGDIP, Octobre-Décembre 1970, n° 4, págs. 969 e segs.; Ugo Maria Iaccarino — Gli "atti" delle Comunità Europee, 1970; Giuseppe Biscottini — Il Diritto delle Organizzazioni Internazionali, parte prima, 1971; Kesera Karumaitleke — Essai d'une classification des accords conclus par les Organisations internationales, *in* RGDIP, Janvier-Mars 1971, n° 1, págs. 12 e segs.; Jung-Gun-Kim — La validité des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, *in* RGDIP, Janvier-Mars 1971, n° 1, págs. 92 e segs.; Friedrich Schöer — De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux Organisations internationales, *in* RGDIP, Juillet-Septembre 1971, n° 3, págs. 712 e segs.; Paul Reuter — First Report on the Question of Treaties concluded between States and International Organizations or between two or more International Organizations, International Law Commission, 1972; The Effectiveness of International Decisions, edited by Stephen M. Schwebel, 1971; Victoria Abellán Honrubia — El sistema Financiero de las Naciones Unidas, 1973; José Luis Fernandes Flores — Las Sociedades Internacionales, *in* Anuário do IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 467 e segs.; Karl. W. Deutsch e outros — Political Community and The North Atlantic Area, 1957; European Integration, editado por Michael Hodges, 1972; Yannis Souliotis — La capacité des organisations internationales de conclure des accords d'après leurs actes constitutifs et la pratique, *in* Revue Hellénique de Droit International, Janvier-Décembre, 1972, págs. 194 e segs.; Donald MacNamar — The Future Role of International Institutions, *in* The Future of the International Legal Order, editado por Cyril Black and Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 448 e segs.; Pierre Gerbert — Les Organisations Internationales, 1972; Rudolf Bernhardt — The Nature and Field of Application of the International Law of International Organizations, *in* Law and State, vol. 10, 1974, págs. 7 e segs.; F. A. Mann — Studies in International Law, 1973, págs. 553 e segs.; Michael Virally — La Notion de Fonction dans la Théorie de l'Organisation Internationale, *in* Mélanges Offerits à Charles Rousseau, 1973, págs. 277 e segs.; Ricardo Monaco — Le caractère constitutionnel des actes institués d'Organisations Internationales, *in* Mélanges Offerits à Charles Rousseau, 1974, págs. 153 e segs.; Claudio Zanghi — Gli "Status" Giuridici negli Enti Internazionali, 1975; F. Sayers — Applicable Law and Competent Courts in Relations Between Inter-Governmental Organizations and Private Parties, *in* RdC, 1967, vol. III, t. 122, págs. 427 e segs.; Antonio Linares — Curso de Derecho Internacional (Organizaciones Internacionales), 2 t., 1972; Charles Zorgbibe — Les Relations Internationales,

1975, págs. 114 e segs.; F. Luchaire — Les associations à la Communauté économique européenne, *in* RdC, 1975, vol. I, t. 144, págs. 241 e segs.; Jean Charpentier — Le fondement du pouvoir de contrôle des organisations internationales, *in* Mélanges Offerits à Georges Burdeau, Le Pouvoir, 1977, págs. 999 e segs.; Antonio Malintoppi — De la notion d'organisation en droit International, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Cuggenheim, 1968, págs. 825 e segs.; Georges Fischer e Daniel Vignes — Existe-t-il dans la société internationale une fonction d'inspection?, *in* L'Inspection Internationale, coordenação de Georges Fischer e Daniel Vignes; Isidoro Zanotti — Acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales, especialmente las interamericanas, *in* Cuarto Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano, 1977, págs. 315 e segs.; Paul Reuter — Quelques Réflexions sur le Vocabulaire du Droit International, *in* Mélanges Luis Trotabas, 1970, págs. 423 e segs.; Andrea Comba — Organizzazione Internazionale e Ordinamento dello Stato, 1974; Adlo Armando Cocca — Las Organizaciones no gubernamentales y las Fundaciones ante el Derecho Internacional, *in* Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1981, vol. 6, págs. 219 e segs.; E. Lauterpacht — The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals, *in* RdC, 1976, vol. IV, t. 152, págs. 377 e segs.; R. Monaco — Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales, *in* RdC, 1977, vol. III, t. 156, págs. 79 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Exhaustion of Local remedies and the Law of International Organizations, *in* Revue de Droit International, Avril-Juin 1979, págs. 81 e segs.; Ramón de Miguel Egea — Los observadores ante la Organización de los Estados Americanos, *in* Quinto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano (agosto de 1978), 1979, págs. 247 e segs.; Erik Suy — The Status of Observers in International Organizations, *in* RdC, 1978, vol. II, t. 160, págs. 75 e segs.; Jean Boulouis — La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative aux Relations Extérieures des Communautés, *in* RdC, 1978, vol. II, t. 160, págs. 335 e segs.; Vicente Blanco Gaspar — El Voto Ponderado, 1981; Ernesto J. Rey Caro — La Competencia Legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Efectos Jurídicos de las resoluciones, *in* Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol. 5, 1979, págs. 111 e segs.; Manuel Medina — Las Organizaciones Internacionales, 1976; Le concept d'organisation internationale, direção de Georges Abi-Saab, 1980; Chemillier-Gendreau — Le Cas des Organisations Internationales, *in* Réalités du Droit International Contemporain 3. Actes de la cinquième rencontre de Reims, 1981, págs. 31 e segs.; A. Giardina — La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux, *in* RdC, 1979, vol. IV, t. 165, págs. 233 e segs.; Jerzy Kranz — La cote pondérée dans les Organisations internationales, *in* RGDIP, t. 85, 1984, n° 2, págs. 313 e segs.; Jean François Flauss — Les réserves aux résolutions des Nations Unis, *in* RGDIP, t. 85, 1981, n° 1, págs. 5 e segs.; Jean Duffar — Contribution à l'Étude des Privilèges et Immunités des Organisations Internationales, 1982; L'Avenir des Organisations Internationales, prefácio de Mario Bettati, 1984; Antonio Augusto Cançado Trindade — Direito das Organizações Internacionais, 1990; Hugo Llanos Mansilla — Las Organizaciones Internacionales como sujetos de Derecho Internacional, *in* Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1987, vol. 8, págs. 97 e segs.; Christoph Schreuer — The Significance of

International Organizations in Current International Law, *in* Law and State, vol. 38, 1988, págs. 63 e segs.; Manuel Perez Gonzalez — Las organizaciones internacionales y el derecho de la responsabilidad, 1985. "ponencia" apresentada no IHLADI; Clive Archer — International Organizations, 1983; Mario Bettati — La Droit des Organisations Internationales, 1987, Société Française pour le Droit International — Colloque de Strasbourg — Les organisations internationales contemporaines, 1988; Finn Seyersted — Autoridad vinculantes para las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en determinados campos de lo funcional y territorial, *in* Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. III, 1987-1989, págs. 84 e segs.; Christian Dominicé — Le Règlement juridictionnel du Contentieux Externe des Organisations Internationales, *in* Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement, Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 224 e segs.; Georgeron de Sousa Franca Filho — Imunidade das Organizações Internacionais: Um Aspecto da Competência Internacional da Justiça do Trabalho, *in* Revista do TRT, 8ª Reg., Belém, jul./dez. 1992, págs. 79 e segs.; Ralph Zacklin — Responsabilité des Organisations Internationales, *in* Société Française pour le Droit International — Colloque du Mans — la responsabilité dans le système international, 1991, págs. 91 e segs.; Denys Simon — L'Organisation Internationale, *in* Mélanges Gilbert Apollis, 1992, págs. 61 e segs.; Académie de Droit International de La Haye — Manuel sur les organisations internationales, publicado sob a direção de René-Jean Dupuy, 1988; Simone Goyard Fabre — La Construction de la Paix ou le travail de Sisyphe, 1994; Uniting the Peoples and Nations. Readings in World Federalismo, coordenado por Barbara Walker, 1993; Les Enjeux de la Paix. Nous et les autres XVIII-XXI siècle, coordenado por Pierre Chaunu, 1995; José H. Fischel de Andrade. O treaty-making power das organizações internacionais, *in* Revista de Informação Legislativa, outubro/dezembro 1995, págs. 95 e segs.; Janine Chanteur — De la guerre à la paix, 1989; Revue Française de Finances Publiques, n° 52, 1995 — Le financement des organisations internationales; Pierre Gerbert com a participação de Victor Yves Ghébalí e Marie-Renée Mouton — Le rêve d'un ordre mondial de la SDN à l'ONU, 1996; Paul Taylor — International Organization in the Modern World, 1995; Philippe Moreau Defarges — Les organisations internationales contemporaines, 1996; David Armstrong — The Rise of the International Organization, 1982; Yves-Marie-Laulan — La Faillite des "Machines", 1996.; The Conscience of the World, coordenado por Peter Willetts, 1996; Ricardo Seitenfus — Manual das Organizações Internacionais, 1997; Margarida Salema d'Oliveira Martins e Afonso d'Oliveira Martins — Direito das Organizações Internacionais, 2 vols., 1996; Daniel Dormoy — Droit des organisations internationales, 1995; David Armstrong, Lorna Lloyd, John Redmond — From Versailles to Maastricht, 1996.

1A. O Yearbook of International Organization faz uma lista de critérios para que um ente seja considerado organização internacional; a) deve ter pelo menos três Estados com direito a voto; b) ter uma estrutura formal; c) os funcionários não devem ter a mesma nacionalidade; d) pelo menos três Estados contribuirão substancialmente para o orçamento; e) deve ser independente para escolher seus funcionários; f) desempenhar atividades normalmente; g) tamanho, sede, política, ideologia e nomenclatura são irrelevantes; h) ter objetivo internacional. É previsto para o fim do século a existência de 9.600 organizações internacionais não-governamentais. Uma ONG, segundo Quoc Dinh, é "uma instituição privada ou mista,

excluindo qualquer acordo intragovernamental, agrupando pessoas privadas ou públicas, físicas ou jurídicas, de nacionalidades diversas". As organizações não governamentais trabalham em campanhas altruístas. No final do século XVIII começam a surgir na Inglaterra comitês e associações visando a agirem no campo social. Na Europa Continental tal fato ocorre no século XIX. Em 1910 houve um Congresso Mundial de Associações Internacionais, em Bruxelas, e é formada a União de Associações Internacionais. Houve outros congressos, como o de S. Francisco em 1915. Na Liga das Nações a Câmara Internacional de Comércio tinha três lugares no Comitê Consultivo Econômico da Liga das Nações (Bill Seary). Na ONU, o Comitê de Organizações Não Governamentais, no âmbito do CES, começou como órgão temporário até que se tornou permanente. As ONG têm acesso a todos os documentos e escritórios da ONU. Contudo, algumas ONG não querem trabalhar com a ONU, porque poderia ameaçar a independência delas.

2. Em algumas organizações se tem admitido que "territórios" sejam seus membros. Assim, o Sarre, como território, foi membro associado do Conselho da Europa, antes da sua incorporação à Alemanha.

2A. Nas comunidades européias, foi a CEEA a primeira a utilizar a fórmula de associação em relação à Inglaterra. O regime de associação não estava previsto no seu tratado institutivo.

3. É de se acrescentar que geralmente o tratado institutivo da organização internacional declara de modo expresso que ela goza de personalidade "no território de cada um de seus membros" (art. 104 da Carta da ONU), onde elas gozam de imunidade de jurisdição.

4. Sobre a posição destes estatutos como fonte do DI, ver capítulo XII.

4A. Reuter observa que os técnicos têm um papel importante nas organizações internacionais, vez que algumas delas têm funções meramente técnicas (OIT). Por outro lado, todas fazem apelo aos juristas, que são também tecnocratas. Não existindo um poder internacional que faça uma formulação política da sociedade internacional, surgiria como "fórmula de substituição" o "governo de técnicos" (Reuter). Em algumas organizações os técnicos se encontram no devido lugar, isto é, simples assessores (OACI). Em outras, a tecnocracia teria tomado contra (UPU, UIT). Ou, ainda, escrevia Reuter, os técnicos ameaçariam os políticos em outras organizações (OTAN). Os próprios diplomatas passam a ser vistos como "técnicos em negociação". O grande problema é que o tecnocrata, substituindo ao político, passa a "exercer o poder sem responsabilidade política". A "função técnica" para a tecnocracia, quando aquele enquanto técnico "adquire a capacidade de decidir ou determinar em número preponderante as opções do responsável oficial". Escreve ainda Meynaud: a tecnocracia é uma "revalorização da burocracia". O tecnocrata visa, acima de tudo, uma eficiência. Entretanto, é de se recordar que os fins devem ser sempre escolhidos e determinados pelos políticos (v. Paul Reuter — *Techniciens et Politiques dans l'Organisation Internationale*, in *Politique et Technique*, 1958, págs. 181 e segs.; e Jean Meynaud — *La Tecnocracia*, 1968, especialmente págs. 35, 82, 119 e 129).

4B. Abram Chayes observa que os juristas ingleses e norte-americanos transportaram para as organizações internacionais a sua experiência constitucional; parlamento, conselho executivo (gabinete) e um funcionalismo. Saliencia o internacionalista norte-americano que nada demonstra ser esta estrutura a mais apta para atender às necessidades internacionais. Para Manuel Medina as organizações internacionais tomaram como modelo as uniões administrativas que já tinham:

Conselho, Assembléia e Secretaria. O Secretariado ou a Diretoria, como elemento permanente das uniões administrativas, foram "a transição entre a técnica da conferência e a da organização" (Georges Abi-Saab).

4C. Tem-se incluído atualmente a inspeção como sendo uma das funções das organizações internacionais. Ela é realizada por uma categoria especial de funcionários internacionais e visa verificar se uma situação está conforme as normas internacionais. A inspeção pressupõe o consentimento dos Estados.

5. "As competências implícitas são as competências que não estão dadas expressamente à Organização pela sua carta fundamental ou qualquer outro texto pertinente, mas cuja existência se deduz naturalmente dos termos destes atos internacionais" (B. Rouyer-Hameray).

6. As recomendações já existiam nas conferências internacionais anteriores à criação das organizações internacionais (C.-A. Morand). Elas, em regra geral, têm um valor apenas moral, todavia, em alguns casos, elas são obrigatórias: a) recomendação da Alta Autoridade da CEEA em que as partes têm liberdade para escolher os meios de executá-las; b) o tratado de paz com a Itália estabelecia que as partes contratantes cumprissem as recomendações da ONU no tocante aos territórios italianos na África; c) as recomendações de um órgão superior a um inferior são obrigatórias para estes (ex.: recomendações da Assembléia Geral ao Conselho de Tutela); d) em alguns casos, os Estados se encontram obrigados a submeter as recomendações à apreciação das autoridades nacionais competentes em determinado prazo, para que elas sejam aprovadas pelo Estado ou não (UNESCO). Como se pode verificar, no último caso enunciado, a recomendação não é obrigatória em si mesma, mas o Estado se encontra obrigado a determinada atitude (Díez de Velasco). As declarações aprovadas pela Assembléia Geral da ONU não são obrigatórias e são assimiladas às recomendações. Contudo, como representam a tendência do DI, elas têm papel importante na elaboração do DI costumeiro, ou até mesmo convencional. Muitas vezes as declarações são repetidas porque elas não produziram os efeitos desejados. Entretanto, tem sido assinalado que as declarações que "não somente enunciam um princípio, mas de modo expresso equiparam a sua inobservância à violação da Carta da ONU" ou do "direito comum" são obrigatórias (ex.: Declaração sobre independência dos Povos Coloniais [1960]; Declaração sobre a soberania sobre recursos naturais [1962], Declaração sobre discriminação racial [1963], etc.). Alguns autores (Jorge Castañeda) têm salientado que as resoluções da ONU são tão diversas e têm um valor desigual que isto tem impedido que elas sejam consideradas fontes do DIP (ver capítulo XII). A palavra "resolução" é usada pela Assembléia Geral da ONU tanto para os atos obrigatórios como para os não obrigatórios. Ocorre o mesmo com a palavra "decisão", que para alguns autores seriam os atos obrigatórios e para outros as resoluções que tratam de questão de fundo.

Nas comunidades européias encontramos ainda uma série de "resoluções" como: a) regulamentos comunitários — os Estados devem executar; b) as diretrizes — que não são obrigatórias, mas que determinam um comportamento, em que se escolhe livremente a maneira de tê-lo; c) as decisões que são obrigatórias; d) os pareceres, que são assimilados às recomendações e não são obrigatórios; e) as recomendações. É quase impossível se elaborar uma teoria geral desta matéria, sendo suficiente lembrar a observação de Biscottini de que o sentido e alcance da recomendação varia de uma organização internacional para outra.

Pode-se acrescentar que os afro-asiáticos têm defendido constantemente a obrigatoriedade das declarações. Estas são aprovadas normalmente no "órgão

legislativo" da organização. "isto é, na assembléia ou conferência", onde os países em desenvolvimento têm maioria, o que lhes permitiria "legislar" na ordem internacional, daí a defesa da sua obrigatoriedade. Por outro lado, estes países decidem em conjunto em "um só momento", o que permite maior possibilidade de imporem a sua vontade aos Grandes, que não têm o direito de veto nas votações da Assembléia Geral. Entretanto, talvez a sua fraqueza resida no fato da dificuldade destas declarações serem impostas aos Grandes sem o seu consentimento. Tem sido observado por doutrinadores que quando uma declaração equipara o seu não cumprimento à violação da Carta da ONU, ou ao DI Comum; ela é obrigatória, por exemplo, declaração sobre Independência dos Povos Coloniais (1960). Neste caso, a obrigatoriedade adviria do próprio tratado institutivo da organização, que a declaração apenas explicitaria. Por outro lado, apenas por uma questão de análise, podemos acrescentar que no exemplo citado os dois supergrandes sempre estiveram de acordo no sentido de lutarem contra o colonialismo, e se divergiram de algum princípio da declaração, não discordavam da sua essência. Por outro lado, as recomendações apresentam ainda um valor de permitir alguma coisa, porque o Estado que as seguir não estaria praticando uma infração internacional. Fernandez Flores observa que as declarações não têm sempre o mesmo valor: a) algumas devido ao seu conteúdo e pouca aceitação não produzem normas jurídicas internacionais; b) outras consagram normas ou princípios preexistentes e produzem normas jurídicas. Elas podem até criar novos princípios, e estarão neste caso, se forem aprovadas por unanimidade.

Este assunto é extremamente complexo. Como observa René-Jean Dupuy, existem tratados que são formalmente obrigatórios, mas o seu conteúdo não tem normas precisas. Por outro lado, existem certas resoluções das organizações internacionais que formalmente são recomendações, mas com um conteúdo preciso. Cita o internacionalista francês a Declaração sobre o espaço exterior, de 1963, que os EUA e a URSS afirmaram respeitar. Menciona ainda a existência de reservas em resoluções quando os seus termos são precisos. Conclui Dupuy que há um verdadeiro "nomadismo" nestes casos de tratado e resolução.

Uma resolução aprovada na Assembléia Geral em 1970 afirma: "as convenções e declarações internacionais, concluídas sob seus auspícios, são a expressão da consciência moral da humanidade e ao mesmo tempo constituem normas humanitárias que devem ser respeitadas por todos os membros da comunidade internacional". O Estado que respeita uma recomendação não pode ter a sua atitude criticada, e o Estado que não cumpre é que precisa se justificar, e a organização ainda vai exercer algum controle sobre o cumprimento da recomendação.

Os efeitos jurídicos das decisões das organizações internacionais vão depender das circunstâncias jurídicas em que forem adotadas, ou, ainda, do poder dos Estados que as apóiam.

Um assunto que merece estudo em separado é o das reservas às resoluções. Vamos seguir neste tema Jean-François Flauss, de que tiramos o que se segue. Os tratados que criam algumas organizações especializadas previam que os regulamentos que elas aprovassem fossem suscetíveis de reserva. Na ONU reservas são apresentadas em resoluções-recomendações e, ainda, em decisões internas da organização. As reservas são apresentadas antes ou após o voto. Já no caso de o Estado não participar da votação, ele pode: a) apresentá-la durante os debates ou quando é votado o projeto de resolução; b) se o Estado não toma parte no debate, ele apresenta a reserva quando o Secretário-geral lhe comunica o texto da reso-

lução. Alguns autores negam alcance jurídico a tais reservas, afirmando que elas são apenas uma explicação do voto ou, ainda, a reserva só deveria ser admitida se a própria resolução a previsse. Outros admitem a sua validade afirmando que elas são uma técnica de Direito Internacional, ou que elas permitem ao Estado manifestar a sua opinião, e que equivaleria ao protesto.

O controle das decisões das organizações internacionais é estabelecido pela própria organização, e não existe um sistema que seja comum a todas elas. Por outro lado, as organizações normalmente não dispõem de um poder efetivo para impor as suas decisões. Os Estados ainda possuem uma grande esfera de liberdade para cumprir ou não as decisões de acordo com as suas conveniências políticas.

A OIT faz o controle da aplicação das convenções internacionais do trabalho pelos seguintes meios: a) solicitando relatórios e b) uma comissão técnica para a aplicação das convenções e recomendações, que examina os relatórios dos governos sob o ponto de vista jurídico. Ela é formada por indivíduos designados a título pessoal pelo Conselho de Administração; c) comissão de aplicação das convenções e recomendações da Conferência, que é formada por representantes de governos, patrões e empregados, em cada reunião da Conferência. Ela toma por base o trabalho da Comissão de Técnicos e elabora um relatório que é submetido à Conferência. A OIT admite que associações de empregadores e empregados apresentem reclamações pelo não cumprimento de suas decisões.

A UNESCO, para verificar se suas decisões são cumpridas, exige relatórios dos Estados, que são examinados por um comitê que apresenta os seus comentários à Conferência.

O BIRD supervisiona os projetos que ele financia, inclusive com inspeções locais.

O que se pode verificar é que as organizações não deixam inteira liberdade aos Estados-membros para a execução de suas decisões, mas isto não significa que elas disponham de meios efetivos para impor as suas decisões. Os meios de que elas dispõem são na maioria das vezes de relativo valor político, vez que se resumem quase sempre em simples "censuras". Ou, ainda, elas podem chegar à expulsão do Estado-membro, que é medida extrema e raramente utilizada por diversas razões: a) a expulsão não é acompanhada de medidas "práticas" que a tornem insuportável para os Estados; b) os Estados, para não sofrerem a expulsão, acabam se retirando antes, o que faz com que desapareça da própria expulsão o seu valor moral ou político; c) o Estado, ao sair da organização, não se encontra mais submetido a ela, recuperando uma liberdade de agir. Dentro desta orientação é que o FMI não se preocupa muito com a aplicação de sanções quando os seus dispositivos são violados, mas sim em fazer com que as violações acabem o mais rapidamente possível. Outra questão a ser analisada é a de se saber se as resoluções, por exemplo, do CS, obrigam os Estados apenas ou também aos particulares. Na primeira concepção, os Estados é que deveriam tomar as medidas legislativas cabíveis, e se elas não o forem os particulares estarão livres. Esta tese parece ultrapassada, nos dias de hoje, tendo em vista que Dinamarca, Inglaterra e EUA perseguiram judicialmente as empresas que violaram as sanções votadas pela ONU contra a Rodésia. Uma questão ainda em discussão é se as declarações podem dar margem ao "estoppel". Uns consideram ser isto possível (A. Pellet), enquanto outros (E. Zoller) consideram que nada impede que um Estado adote uma atitude contrária à resolução de uma organização internacional que ele tenha aprovado anteriormente. A ONU adota uma série de procedimentos de supervisão: a) rela-

tórios periódicos dos estados: b) inquérito feito por um subcomitê ou um relator individual; c) dar assistência ao estado para cumprir a medida aprovada; d) expulsão; e) medidas não militares art. 41); f) medidas militares (capítulo VII).

7. A teoria de origem norte-americana declara a não responsabilidade da organização por atos dos seus órgãos incompetentes. Filiamos-nos aqui à teoria de origem européia, que afirma esta responsabilidade.

8. Ver capítulo IX. Deve-se assinalar que o processo de conclusão de tratados pela ONU como parte não é uniforme em todos os casos; assim, os acordos previstos nos artigos 57 e 63, concluídos pelo Conselho Econômico e Social, só são obrigatórios após aprovação pela Assembléia Geral. Já os do Conselho de Segurança (art. 43) dispensam esta aprovação.

Tem-se assinalado que vários tratados entram em vigor sem aprovação da Assembléia Geral da ONU, vez que ela é muito grande e temporária.

Para os acordos não previstos na Carta da ONU de maneira expressa, tem variado a doutrina: Brierly considera que o "treaty making power" pertence à Assembléia Geral, enquanto Fitzmaurice declara que ele pertence ao Secretário Geral, e para outros os diferentes órgãos podem concluir acordos nas matérias de sua competência (Capotorti, Reuter). A segunda concepção é a que parece ser predominante na prática da ONU, sendo mesmo de se assinalar que os acordos concluídos pelos agentes da ONU "são considerados como concluídos em nome do Secretário-geral, na sua qualidade de mais alto funcionário da Organização" (Kasme).

É de se observar que nas comunidades européias desenvolveu-se a tese dos denominados acordos mistos, que são concluídos pelas organizações e também pelos Estados, tendo em vista que determinadas competências pertencem aos Estados e às comunidades.

9. Reuter considera que as organizações, pelo simples fato de existirem, têm uma "competência natural para participar da vida internacional". Em sentido contrário está Pescatore, que assinala: "A personalidade de uma organização internacional nas relações exteriores não pode existir senão em virtude de um ato de vontade, na própria constituição da organização, destinado a lhe conferir funções concretas, e uma capacidade jurídica pode estar implícita." Na verdade, a melhor teoria é a de Reuter, uma vez que nenhum ente social pode permanecer isolado. Uma corrente de autores (Quadri) nega a personalidade internacional das organizações internacionais. Para Krylov elas seriam apenas órgãos investidos de determinadas competências. Para a denominada teoria existencialista (F. Seyfersted e A. Sereni) a personalidade não teria a sua fonte no tratado que cria a organização internacional. A personalidade adviria das competências que ela possui. Ela estaria fundamentada diretamente no DI e não na vontade dos Estados. Outra corrente (Langrod) considera que as organizações internacionais têm uma personalidade derivada, porque resulta de vontade dos Estados que as constituem por meio de um tratado. É a tese voluntarista.

10. Grande parte dos doutrinadores (R. J. Dupuy, Monaco) prefere se utilizar da expressão "direito de missão" em lugar da de "direito de legação", uma vez que este só existiria para as coletividades capazes de ter uma política externa independente. Neste sentido, se poderia utilizar a expressão "direito de legação", de um certo modo, apenas para as comunidades européias. Na verdade, a única vantagem de se utilizar a expressão "direito de missão" é a de salientar as diferenças entre os "observadores" das organizações dos diplomatas dos Estados.

11. Ao contrário do Estado, que somente se utiliza de observadores em períodos excepcionais.

12. Algumas organizações têm representações quase permanentes, como é caso da OCDE na CEECA. O Conselho da Europa e a CEECA têm sempre, alternativamente, um funcionário junto à outra ("cada mês, alternativamente, um funcionário do Conselho da Europa vai para junto da CEECA e o agente desta vai para Estraburgo").

13. As classificações adotadas são de Díez de Velasco e a última de Mitchell.

14. Uns (Catalano, Cansacchi) consideram que a base destas comunidades européias é do tipo federal. Na verdade, estas tentativas de ligar fenômenos novos da vida internacional às formas clássicas não trazem qualquer vantagem; pelo contrário, obrigam, em certos casos, a aproximações grosseiras. O que se pode dizer, sobre estas comunidades, é que elas são um "núcleo da federação", para nos utilizarmos de uma expressão de Quadri em relação à ONU.

15. É de se acrescentar que o direito comunitário é superior ao direito nacional, mesmo em relação a normas constitucionais (Reuter).

16. Os EUA não ratificaram esta convenção, e a ONU concluiu outra com eles em 1947. Finalmente, em 1970, os EUA deram a sua adesão à convenção de 1946.

16A. Entretanto, em alguns casos, como a Universidade das Nações Unidas, não tem personalidade internacional.

17. Esta característica é a grande diferença entre eles e as organizações internacionais, porque estas tomam decisões, fazem recomendações, ou mesmo fiscalizam a execução, mas não executam no plano material e não visam prestar serviços diretamente a particulares.

18. Colliard considera que esta coincidência pode ser absoluta ou relativa, isto é, se a organização só tem função de gestão ou se tem também outras funções. O primeiro caso seria raro.

19. A própria expressão "organização internacional" foi utilizada pela primeira vez na língua inglesa por Lorimer, em 1867, em uma comunicação enviada à Academia Real em Edimburgo. Na língua francesa foi também Lorimer quem a utilizou pela primeira vez, em 1871, em um artigo publicado na Revue de Droit International et de Législation Comparée. Esta expressão foi adotada por Constantin Frantz (1879), que foi um pioneiro neste assunto. Em 1884 Lorimer, no seu "Institutes of the Law of Nations" (principalmente no 2º volume), se utiliza dela livremente. Em 1885 a obra foi traduzida para o francês por Ernest Nys (Pitman Potter).

20. Esta palavra vem do grego ("irén" = paz) e é usada para designar aqueles autores que acreditam na organização da paz internacional. Sobre o pacifismo em geral, é de se reproduzir algumas observações de Julien Freund: "o pacifismo absoluto é uma doutrina do 'tudo ou nada' que desconhece a relatividade, as contradições e os paradoxos da ação política; ela quer animar... a chama de sua própria convicção...". Escreve ainda o grande autor francês: "a atual guerra fria é... uma rivalidade de pacifismos que desconhecem a essência política da paz".

21. Este projeto parece ter sido de autoria de Antoine de Marini.

22. O título desta obra é "Le Nouveau Cynée ou Discours d'Etat représentant les occasions et moyens d'établir une paix générale et la liberté du commerce par tout le monde". A origem deste título é a seguinte: Cinéias, conselheiro do Rei

Pirro, alarmado com as conquistas deste, pergunta-lhe: o que fará após a próxima conquista? Pirro responde que outra conquista e, tendo acabado de enumerá-las, declara que irá descansar. Cinéias pergunta, então, por que não descansar desde agora?

22A. Outros projetos podem ser mencionados, como o de James Mill (1820), que reproduz o de Bentham, bem como propõe a elaboração de um código internacional e a criação de um tribunal. Outro foi o de Saint-Simon no seu livro intitulado "De la réorganisation de la société européenne ou de la nécessité et de moyen de ressembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique en conservant à chacun son indépendance nationale" que prevê, entre outras coisas, a criação de um parlamento europeu. Ou, ainda, o de Brunet (1781), em que se criava um tribunal de 2ª instância tendo exército à sua disposição; Leibnitz (1670 e 1676) propõe uma federação e um senado.

23. Entretanto, a Comissão do Danúbio tinha "competência executiva e regulamentar", e a Comissão do Reno tinha função jurisdicional.

24. Grande parte da doutrina (Le Fur, Monaco) nega que tais uniões tivessem personalidade internacional. As que tinham a sua sede na Suíça, por exemplo, estavam sujeitas ao controle do governo suíço, como era o caso da União Postal Universal. Paulo de Pitta e Cunha (Dos Funcionários Internacionais, 1964) salienta: "A rigor o que se desenvolveu não era uma administração de índole internacional, mas a mera cooperação organizada entre as administrações dos Estados-membros das uniões administrativas."

25. F. P. Walters — A History of the League of Nations, 2 vols., 1952; Clyde Eagleton — International Government, 1957, págs. 239 e segs.; Olof Hoijer — Le Pacte de la Société des Nations, 1926; J. M. Yepes — Commentaire Théorique et Pratique du Pacte de la Société des Nations et les Statuts de l'Union Panaméricaine, 3 vols., 1934-1939; Léon Bourgeois — L'Oeuvre de la Société des Nations 1923; Georges Scelle — Le Pacte de la Société des Nations et sa liaison avec le Traité de Paix, 1919; Mirosław Gonsiorowski — Société des Nations et Problème de la Paix, 2 vols., 1927; William E. Rappard — Vuës rétrospectives sur la Société des Nations, in RdC, 1947, vol. II, t. 71, págs. 117 e segs.; W. Schücking — Le développement du Pacte de la Société des Nations, 1927, vol. IV, t. 20, págs. 353 e segs.; H. Rauchberg — Les obligations juridiques des membres de la Société des Nations pour le maintien de la paix, in RdC, 1931, vol. IV, pág. 87 e segs.; Pierre Gerbert, Victor-Yves Ghebali e Marie-Renée Mouton — Les Palais de la Paix, Société des Nations et Organisation des Nations Unies, 1973.

25A. As primeiras sociedades de paz surgiram nos EUA: em 1914, foi criada uma por Noah Worcester e, em 1915, David Low Lodge fundou outra, em Nova Iorque. Na Inglaterra, William Allen criou a British Society for the Promotion of Permanent and Universal Peace (Londres), em 1916.

Os primeiros congressos internacionais de paz reuniram-se em Londres (1843), Bruxelas (1848), Paris (1849), Francoforte (1850), Londres (1851), Edimburgo (1853).

26. Em 1910, Léon Bourgeois publicava o seu livro intitulado "Société des Nations". A expressão "sociedade das nações" já figurava no preâmbulo de convenção adotada em 1907, na 2ª Conferência de Paz de Haia.

26A. Na Grã-Bretanha, Lorde Robert Cecil prepara um esboço de constituição internacional que serviu de base para discussão a um Comitê intergovernamental presidido por Lorde Phillimore. Este projeto Phillimore foi comunicado a Wilson e Smuts. Este, em livro, apresenta ao público um projeto de organização. David

Hunt Miller e Cecil Hurst preparam um documento combinando as opiniões de Smuts, Wilson e Robert Cecil.

27. Os EUA não entraram para a SDN por não ter o Senado norte-americano aprovado o Pacto. O art. 10 do Pacto, que declarava que todos os membros garantiriam a integridade e a independência dos Estados, foi o dispositivo que levantou mais críticas nos EUA. Temia-se que tivesse de fazer constantes intervenções na Europa em cumprimento deste artigo.

28. É interessante observar que a SDN consagrou a moratória da guerra (art. 12). Qualquer litígio entre os Estados deveria ser submetido à solução judiciária arbitral, ou, ainda, ao Conselho. As decisões dos dois primeiros modos de solução pacífica deveriam ser dadas em um prazo razoável, e o Conselho deveria fazer um relatório no prazo de seis meses. Todavia, após a decisão, os Estados não poderiam recorrer à guerra por um prazo de três meses.

29. Le Fur chega a considerar que o artigo referente às sanções militares tem "sobretudo efeito moral". A proposta de Léon Bourgeois, de se criar um exército da SDN, foi rejeitada.

30. A França queria que fosse em Bruxelas, como uma recompensa por ter tido a Bélgica a sua neutralidade violada.

31. A Alemanha entrou como membro permanente em 1926, o que fez diversos Estados, entre eles o Brasil, reivindicarem também um lugar permanente. O Brasil apresentou o seu pedido de saída em 1926. Nos termos do Pacto, ele só se tornava efetivo dois anos depois. O Brasil reivindicara um lugar no Conselho alegando que: a) na ausência dos EUA era o único grande Estado da América na SDN; b) era limítrofe de todos os Estados da América do Sul e se beneficiava de um "co-império" (*sic*). Não foi atendido na sua pretensão.

32. A composição do Conselho variou com os anos. A Alemanha e a URSS foram, posteriormente, membros permanentes.

Na SDN criaram-se ainda, no seu Conselho, os membros semipermanentes (eram os que seriam reeleitos pela Assembléia); poderiam ser até três. Esta categoria de membros foi criada a partir de 1926.

33. O Conselho criou comissões para auxiliá-lo, como foi o caso da Comissão de Mandatos.

34. Ela tinha ainda organismos auxiliares criados pela Assembléia e pelo Conselho, com a finalidade de auxiliá-la, como a Organização de Higiene (Conselho Consultivo, Comitê de Higiene e Secretariado); Organização Econômica e Financeira (Comitê Financeiro e Comitê Econômico); Organização de Comunicação e de Trânsito (Secretariado, Conferência e Comissão Consultiva e Técnica).

CAPÍTULO XXV

Estados; 271 — A ONU e a neutralidade; 272 — A ONU e a jurisdição doméstica dos Estados; 273 — Admissão na ONU; 274 — Suspensão, expulsão e retirada dos membros da ONU; 275 — A Segurança Internacional (os conflitos armados) e a Carta da ONU; 276 — Revisão e emenda da Carta; 277 — A Corte Internacional de Justiça: a) Origens; b) A Corte como órgão da ONU; c) A questão da jurisdição doméstica dos Estados e a Corte; d) Organização; e) Partes perante a Corte; f) A jurisdição contenciosa; g) A jurisdição consultiva; h) Ajuizamento unilateral de uma demanda e a revelia; i) A sentença; j) Litígios a serem resolvidos pela Corte; l) Atividades extrajudiciais.

262. A idéia de se estabelecer uma paz durável, com um sistema permanente de segurança coletiva, é encontrada na Declaração Interaliada (12-6-1941) e na Carta do Atlântico (14-8-1941).

Em 1º de janeiro de 1942 foi constituída uma aliança para o tempo de guerra pelos países aliados que lutavam contra o Eixo, que foi consubstanciada na Declaração das Nações Unidas.

Foi na Conferência de Moscou, em outubro de 1943, entretanto, que se fez a primeira menção à necessidade de se criar uma organização internacional, após o término da guerra. Na Conferência de Teerã (dezembro de 1943) esta idéia foi reafirmada.^{1A}

Em Dumbarton Oaks, em 1944, foi realizada uma conferência a fim de se constituir a nova organização, sendo preparadas as proposições iniciais referentes a ela.² Em fevereiro de 1945, os chefes de Estado (Churchill, Stalin e Roosevelt)³ resolveram os últimos pontos referentes à nova orga-

nização, como o sistema de tutela, o sistema de votação do Conselho de Segurança, etc. Foi decidida ainda, em Ialta, a convocação para uma Conferência a ser realizada na cidade de São Francisco, a ter início em 25 de abril no mesmo ano. A Conferência de São Francisco foi um convite dos EUA em seu nome e no da URSS, Grã-Bretanha e China. A França não consentiu em figurar entre as potências que convidavam.

A Conferência de São Francisco (25 de abril a 26 de junho) tinha oficialmente a denominação de "Conferência das Nações Unidas para a Organização Internacional" e estava aberta às Nações Unidas^{3A} que lutaram contra o Eixo. Parece ter sido esta a razão para inúmeras declarações de guerra à Alemanha em 1945, quase no final da guerra: Argentina, Uruguai, Paraguai, Turquia, Peru, etc. (Rousseau). Nesta Conferência, de que participaram vários Estados⁴ convidados pelos quatro Grandes (EUA, URSS, China e Grã-Bretanha), preparada a Carta da ONU. A Conferência Carta

quência, 24 de outubro (Pedernales - Associação Carta soa) criticaram a denominação "Nações Unidas" por ela lembrar a aliança militar da II Guerra Mundial.

É de se repetir a opinião de Franz Schurman de que a SDN estava mais no espírito do século XIX de um congresso das nações, enquanto a ONU é pela primeira vez na História "a concreta institucionalização de uma idéia de governo mundial". Acrescenta este autor que a ONU era guiada pelas idéias políticas americanas.

Segundo Thomas M. Frank (Nation against Nation, 1985), a ONU tem duas finalidades: a) resolver os litígios, mantendo a paz entre os Estados; b) mobilizar a comunidade internacional para deter uma agressão. Acho que se pode acrescentar mais uma finalidade, que é a de promover o respeito aos direitos humanos.

263. A ONU possui duas categorias de membros: os originários e os admitidos. Esta distinção não traz qualquer diferença em relação aos direitos e deveres dos membros.

Os membros originários são todos aqueles que estiveram presentes na Conferência de São Francisco ou que haviam assinado a Declaração das Nações Unidas de 1942. O único país que havia assinado esta última, mas não participou da Conferência de São Francisco, foi a Polônia, porque os Grandes não haviam chegado a um acordo sobre qual era o seu "verdadeiro" governo, o pró-Londres ou o pró-Moscou. Eles são 51 membros.

Os membros admitidos ou eleitos são aqueles que preenchem determinadas condições e apresentam a sua candidatura à ONU. São os mem-

bros que nela ingressaram após a sua constituição. Atualmente, são em maior número do que os originários.

264. A sede da ONU é na cidade de Nova Iorque, entre as ruas 42 e 48, ao longo do East River. A carta não declara qual é a sua sede, como fizera o Pacto para a Liga das Nações. A Assembléia Geral, em dezembro de 1946,⁵ decidiu instalar no local descrito a sua sede permanente.

265. A ONU possui seis órgãos, que são os seguintes: Conselho de Segurança, Assembléia Geral, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela,⁶ Secretariado e a Corte Internacional de Justiça.⁷ Quando a Carta foi elaborada, foram realizadas várias propostas (Churchill) para institucionalizar "o aspecto regional da organização", sendo que foi vencedora a concepção universalista de Roosevelt, e deste modo "os órgãos principais da organização foram fundados no princípio da universalidade".

Existem ainda os organismos subsidiários, que são aqueles criados por Incumbe a ele, em nome dos membros das Nações Unidas, a responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais". Nos termos do art. 23, ele é formado por 15 membros,⁹ sendo cinco permanentes (EUA, Rússia, China, França e Grã-Bretanha)^{9A} e dez não permanentes, que serão eleitos pela Assembléia Geral pelo prazo de dois anos.¹⁰ Os não permanentes não podem ser reeleitos. Os membros não permanentes devem seguir uma idéia de repartição geográfica. A partir de 1963 os não permanentes estão distribuídos da seguinte maneira: cinco afro-asiáticos; dois da América Latina; um do leste europeu; dois da Europa Ocidental e outros Estados. Em 1991 a Rússia substituiu a URSS na CS com o consentimento tácito dos demais membros permanentes. No acordo de Alma Ata de 1991 os Estados membros da CEI aceitaram que a Rússia substitua a URSS na ONU com todas as prerrogativas. A Rússia notificou o Secretário-geral e não houve qualquer protesto. Os Estados que mais foram eleitos como membros não permanentes são os seguintes: Japão, Índia, Brasil, Argentina e Canadá.

O Conselho de Segurança é um órgão permanente. As suas decisões deverão ser cumpridas pelas Nações Unidas, e quando houver discussão de assunto do interesse de um Estado que não faça parte dele, este Estado será convidado a participar das discussões, sem direito de votar.

O sistema de votação atualmente é o seguinte: *a)* nas questões processuais (ex.: ordem do dia, etc.), as decisões são tomadas por voto afirmativo de nove membros; *b)* as decisões nos "outros assuntos" serão tomadas por um voto afirmativo dos nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes. Neste último caso surge a figura do veto.¹¹ Na Conferência de Alta foi resolvido definitivamente que os Grandes teriam o direito de vetar qualquer decisão sobre assunto que não fosse matéria processual. Entre as questões não processuais podemos mencionar a ação coercitiva, que é talvez a mais importante de todas.

O veto não existirá nas "decisões previstas no Capítulo VI e no § 3º do art. 52",¹² uma vez que "aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar", no caso de votação para a convocação de uma Conferência Geral de Revisão (art. 109) e na eleição de juizes para a CIJ (art. 10 do Estatuto da CIJ). O veto foi instituído para ser usado apenas quando um interesse vital do Grande estivesse sendo atingido, e acabou sendo utilizado por seus detentores para todo e qualquer caso.

A grande questão a respeito do veto é que a Carta da ONU não estabelece quais são as questões processuais ou não. Deste modo, é submetido preliminarmente, de um modo geral, o assunto em uma votação para ser decidido se ele é processual ou questão de fundo. Esta decisão é considerada matéria importante, surgindo assim a figura do duplo veto.

A adoção do veto na Carta tem impedido que a ONU tome iniciativas em questões de maior importância, levando-a praticamente a uma paralisação. Todavia, ele tem sido também a sua parte benéfica no sentido de que tem mantido todos os Grandes dentro da ONU. Até 1986 a URSS tinha formulado 177 vetos, os EUA 65, a Grã-Bretanha 25, a China 20 e a França 16.

O disposto no art. 27 da Carta da ONU não previu a abstenção de um Grande, ou mesmo a sua ausência do Conselho de Segurança. Esta questão se manifestou de início na ONU, em diversos casos, tais como na aprovação da tutela estratégica (1947), em que houve abstenção da URSS, nas medidas coercitivas adotadas na Coreia (1950), em que a URSS estava ausente, etc. A resolução sobre a Coreia foi tomada com base no art. 27, § 3º, que não exige a presença dos 5 grandes de modo explícito (Franck Attar). O Canadá chegou a propor que a Carta da ONU fosse reformada e passasse a exigir apenas o voto afirmativo dos "membros permanentes presentes e votantes". Esta proposta não foi levada adiante.

O Conselho de Segurança, nos casos citados e em outros, entendeu que a abstenção¹³ ou ausência¹⁴ não era considerada como veto. Esta interpretação não se coaduna com o texto expresso da Carta, que exige o voto afirmativo dos cinco Grandes, e os trabalhos preparatórios do art. 27, onde se observa que a intenção era assimilar a abstenção ao veto. Ela se prende a uma necessidade que podemos dizer de ordem prática: evitar a paralisação da ONU, já tão paralisada pelo veto.¹⁵

A prática no Conselho de Segurança criou uma forma especial de decisão denominada de "consenso" que é aplicada em questões consideradas delicadas. O "consenso", consiste em o presidente tirar conclusões dos debates, como exprimindo a vontade do Conselho de Segurança. Os Estados podem objetar, mas a decisão é tomada sem voto. Este sistema tende a ser utilizado também na Assembléia Geral (Michel Virally).^{15A}

O Conselho de Segurança tem as seguintes funções: *a)* regulamentar os litígios entre os Estados-membros da ONU (arts. 33 a 38); *b)* regulamentação de armamentos (art. 26); *c)* agir nos casos de ameaça à paz e de agressão (arts. 39 e 51); *d)* decidir "sobre as medidas a serem tomadas para o cumprimento" das sentenças da CIJ (art. 94, § 2º).¹⁶

Podemos mencionar as seguintes atribuições exclusivas: *a)* ação nos casos de ameaça à paz; *b)* aprova e controla a tutela estratégica; *c)* execução forçada das decisões da CIJ. Outras atribuições, ele as exerce conjuntamente com a Assembléia Geral; *a)* exclusão, suspensão e admissão dos membros; *b)* eleição dos juizes da CIJ; *c)* designação do Secretário-geral; *d)* emendas à Carta. Outras atribuições são comuns a ele e à Assembléia Geral: *a)* regulamentação de armamentos; *b)* solução de litígios; *c)* pedir pareceres à CIJ.

Devemos lembrar aqui que o Conselho de Segurança também possui poderes implícitos, isto é, que não estão expressamente prescritos na Carta. Esta orientação foi consagrada a respeito da administração de Trieste, quando do Tratado de Paz com a Itália.¹⁷

Existem várias propostas para a reforma do CS: *a)* supressão da categoria de membros permanentes (Malásia, Colômbia); *b)* um alargamento da sua composição e a criação de membros semipermanentes (Canadá); *c)* a supressão do veto (Irã, México, Honduras e Cuba); *d)* limitar o veto a algumas decisões (Austrália, Espanha, Zimbábue).

O CS, com o domínio dos EUA, vai se desmoralizar, mais do que no período da Guerra Fria, em que ele ficava paralisado (Olivier Russbach).

O Conselho de Segurança recentemente iniciou a prática de realizar reuniões fora de Nova Iorque, em Adisabeba (1972) e no Panamá (1975). Devem ser reproduzidas algumas observações de A. Schaus. O CS não está sujeito a nenhum controle juridicamente institucionalizado. Em 1992 o CS aprovou resolução conclamando a Líbia a extraditar os criminosos que haviam explodido um Boeing da Pan Am. A Líbia considerou ilegal, porque nenhuma convenção de proteção à aviação obriga o Estado a extraditar um seu nacional. A Líbia pediu medidas conservatórias à CIJ, mas antes desta decidir o CS considerou a Líbia culpada de ameaça à paz e segurança internacionais e aprovou sanções contra ela. Não há um órgão específico encarregado de controlar a legalidade dos atos da ONU. O não controle dos atos do CS prende-se à sua importância e o controle pela CIJ o enfraqueceria. Um controle *a priori* seria um entrave à sua rápida atuação.

Poderia existir um controle *a posteriori* e se a ação fosse ilegal daria margem a uma reparação. Acresce que a Corte tem afastado as denominadas questões políticas que não podem ser solucionadas pelo Direito. No caso "O Incidente Aéreo de Lockerbie" (1992) a CIJ afirmou que as obrigações decorrentes de uma resolução do CS são superiores a qualquer outro tratado. Neste caso a Inglaterra e os EUA pedem a extradição de dois cidadãos líbios. O CS recomenda, com base no Capítulo VI, que a Líbia dê a extradição. Em 1992 a Líbia vai à CIJ e solicita medidas conservatórias para que lhe fosse garantido o direito da convenção de Montreal de 1971, que permitiria a ela julgar ou extraditar os indiciados. O CS, antes da CIJ, decidiu, com base no Capítulo VII, que ela dê a extradição. A CIJ, quando, pouco depois decide, diz que "as circunstâncias da espécie não são de natureza a exigir o exercício de seu poder de indicar medidas conservatórias". Em 1998, a Líbia, EUA e Inglaterra fizeram acordo no sentido de que os dois acusados do incidente Lockerbie serão julgados na Holanda por um tribunal escocês e o embargo aéreo a Líbia será suspenso. Um outro caso em que o CS decidiu além dos seus poderes, foi em 1992, quando em uma resolução traçou a fronteira entre o Iraque e o Kuwait com base no acordo de 1963 entre os dois países, onde havia vários aspectos não claros. Foi designada uma Comissão de demarcação que tem poder de decisão e acabou por dividir a cidade de Umm-El-Kasr, que era só do Iraque, e em outra área transferiu para o Kuwait importantes poços de petróleo.

A grande questão é que não existe um controle da legalidade dos atos de CS. Foster Dulles afirmava que ele "é por si mesmo um direito". Ele aplicaria um direito autônomo elaborado por ele mesmo. Entretanto, todo órgão, ao se desenvolver, deve sofrer um "controle de sua atividade". Um grupo minoritário de Estados (França, Holanda, Bélgica) defende o controle da legalidade dos atos do CS. Contudo, a maioria dos Estados considera que isto seria uma "camisa de força" para o CS. Kelsen considerava que para manter a paz o CS podia aprovar resolução que não estivesse conforme o DI. Pode-se lembrar que o CS não tem o poder de legislar e as organizações internacionais estão submetidas ao DIP e a própria Carta da ONU não pode violar o DIP. A URSS e os países do leste europeu consideravam que a competência do CS era política, o que excluía um controle jurídico. A AG não exerce um controle político. J. C. Martinez afirma que o empirismo dos órgãos da ONU produziu o "darwinismo onusino" (Mohammed Bedjaoui). Acresce ainda que tem sido contestada a legitimidade da composição do CS, que vem de 1945, por exemplo, tem dois países da Europa Ocidental. Atualmente a Itália propõe que seja um só e que represente a Comunidade Européia. Não há países da África e da América Latina. A Alemanha e o Japão reivindicam um lugar permanente para dar uma dimensão política a seu poder econômico.

Para Serge Sur os poderes do CS são tão discricionários, que não é criado um estado de direito, mas um estado policial.

No CS os Grandes negociavam em particular e nas sessões do CS faziam apenas discursos para constar da ata. Entre 1980 e 1985 os Grandes votaram juntos 75 de 119 resoluções. Entre 1986 e 1990 votaram juntos 93 de 103 resoluções.

O CS serve hoje para legitimar o uso da força.

Assembléia-Geral

A Assembléia Geral é onde estão representados todos os Estados-membros, que têm direito a um voto, apesar de poderem designar para representá-los até cinco delegados.¹⁸ Desde 1974 a Assembléia Geral tem-se recusado a aceitar as credenciais da União Sul-Africana e também de qualquer governo designado por ela para representá-la. Em 1994 a política do apartheid estava encerrada na África do Sul e a situação se normalizou na ONU.

As questões processuais são decididas por maioria simples, enquanto as questões importantes o são por 2/3. O art. 18, inciso 2º, estabelece quais são estas últimas questões (ex.: admissão de novos membros, recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, etc.). O inciso 3º estabelece ainda que a dúvida entre questões processuais e de fundo é resolvida por votação da maioria presente e votante. Ao contrário do que ocorre no Conselho de Segurança, a solução da dúvida é considerada matéria não importante.

A Assembléia Geral não é órgão permanente,¹⁹ reunindo-se anualmente, e as suas sessões têm início na terceira terça-feira do mês de setembro, mas algumas vezes o seu início é adiado em caráter excepcional.^{19A}

Desde a 7ª Assembléia Geral que ela se reúne na cidade de Nova Iorque, tendo anteriormente se reunido não apenas nesta cidade, mas ainda em Londres (1ª) e Paris (3ª e 6ª). Em dezembro de 1988 a Assembléia Geral transferiu a sua reunião para Genebra, vez que os EUA vetaram o ingresso de Yasser Arafat em seu território. A Assembléia pode ter reuniões extraordinárias, que serão convocadas "pelo Secretário-geral, a pedido do Conselho de Segurança ou da maioria dos membros das Nações Unidas" (art. 20).

Ela funciona por meio de sete Comissões, onde estão representados todos os seus membros: 1ª Comissão (questões de segurança e política, inclusive a regulamentação de armamentos); Comissão Política Especial (compartilha o trabalho da 1ª Comissão) 2ª Comissão (assuntos econômicos e financeiros); 3ª Comissão (questões social, humanitária e cultural); 4ª Comissão (questões de tutela e territórios dependentes); 5ª Comissão (questões administrativas e orçamentárias); 6ª Comissão (questões legais). Ela possui ainda comitês, como é o Comitê Geral, formado pelo presiden-

te¹⁹ e 17 vice-presidentes da Assembléia Geral e os sete presidentes das citadas Comissões, para supervisionar os trabalhos da Assembléia. Tem ainda o Comitê de Credenciais (indicado pelo presidente), o Comitê Consultivo de Questões Administrativas e Orçamentárias (13 membros), etc. Nas comissões as decisões são tomadas por maioria dos membros presentes e votantes.

As funções da Assembléia²⁰ são as seguintes: a) discutir e fazer recomendações sobre "quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos" (art. 10);²¹ b) discutir e fazer recomendações sobre desarmamento e regulamentação de armamentos; c) "considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais" e "fazer recomendações relativas a tais princípios" (art. 11); d) fazer estudos e recomendações sobre cooperação internacional, nos diferentes domínios econômicos, cultural e social, codificação e desenvolvimento do DI;²² e) recomendações para a solução pacífica de qualquer situação internacional, etc.

A Assembléia Geral possui inúmeras atribuições exclusivas: a) eleger os membros não permanentes do Conselho de Segurança e os membros dos Conselhos de Tutela e Econômico e Social; b) votar o orçamento da ONU; c) aprovar os acordos de tutela; d) autorizar os organismos especializados a solicitarem pareceres à CIJ; e) coordenar as atividades desses organismos. O CES e o Conselho de Tutela exercem suas competências sob a autoridade da Assembléia Geral.

Tem sido observado que no Conselho de Segurança não há uma democratização, lembrando o século XIX com a noção de Grande Potência, já a Assembléia Geral lembra o Parlamento britânico na época dos "burgos podres", vez que é formada de "estados aparentes".

Os autores têm salientado que a ONU tem sido utilizada como força legislativa pelos Estados africanos (casos da Rodésia e União Sul-Africana), bem como que a ONU em uma sociedade em rápida transformação tende a ser uma "fonte de legitimação coletiva" (Oran R. Young). Dentro da ONU tais fenômenos têm ocorrido, acima de tudo, na Assembléia Geral. Por outro lado, com o predomínio do 3º Mundo, a Assembléia Geral tem cuidado mais de questões econômicas e sociais e menos da manutenção da paz (Donald McNemar). A Assembléia Geral tem recusado as credenciais do representante da União Sul-Africana em virtude do "apartheid".

Gabriella Rosner Lande apresenta algumas observações sobre as resoluções tomadas na ONU que devem ser repetidas. Em uma crise aguda ou em uma longa, existe a mesma probabilidade de uma resolução ser tomada na Assembléia Geral. Havendo conflito entre os Grandes no Conselho de Segurança, há mais probabilidade de ser tomada uma resolução na Assembléia Geral. As resoluções tomadas em termos espe-

cíficos são mais efetivas do que as genéricas. As resoluções da Assembléia Geral que têm o apoio dos Grandes são mais efetivas do que aquelas que não têm este apoio. As resoluções que tratam do mérito da questão só são ligeiramente menos efetivas do que aquelas que evitam uma política favorável a um lado.

Salienta Conforti que não existindo na ONU um controle jurisdicional das resoluções, bem como a ausência de um poder efetivo da ONU em relação aos Estados, o "acordo" tem cada vez maior importância, inclusive para a solução de problemas de legitimidade das resoluções.

Conselho Econômico e Social

Ele é formado por 54 membros eleitos pela Assembléia Geral por um período de três anos.²³ São 14 membros da África, 11 da Ásia, dez da América Latina, seis da Europa Ocidental e 13 entre os ocidentais ou a eles assimilados.

As suas principais funções são as seguintes: a) é o órgão responsável da ONU, sob a autoridade da Assembléia Geral, pelos assuntos econômicos e sociais; b) prepara relatórios e estudos e faz recomendações nestes assuntos; c) convoca conferências e prepara projetos de convenção sobre matérias econômicas e sociais; d) promove o respeito e a observância dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; e) negocia os acordos entre a ONU e as organizações especializadas, bem como coordena as atividades destas organizações,²⁴ etc.

Por solicitação do CES foi criado, pelo Secretário-geral, o Comitê Administrativo de Coordenação (CAC) para fazer esta coordenação. O CAC é presidido pelo Secretário-geral da ONU e formado por todos os diretores gerais das organizações especializadas, sendo que o Diretor do GATT e os de outros organismos participam das reuniões como observadores.

As suas decisões são tomadas por maioria simples. Ele se reúne duas vezes por ano (uma em Genebra e outra em Nova Iorque), podendo ter sessão extraordinária.

Possui uma série de comissões (cujos membros são eleitos pelo CES), formadas de técnicos que o auxiliam nas suas funções: a) Comissão de Estatística; b) Comissão de População; c) Comissão Social; d) Comissão de Direitos Humanos; e) Comissão Sobre a Situação da Mulher; f) Comissão Sobre Narcóticos; g) Comissão Sobre Comércio Internacional de Produtos de Base. Nestas duas últimas são os governos que indicam diretamente os seus membros.

O Conselho Econômico e Social tem ainda quatro comissões econômicas regionais: 1) Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL). Atualmente designada Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL); 2) Comissão Econômica para a Europa (CEE); 3) Comissão

Econômica para a Ásia e Extremo Oriente (CAEO), substituída em 1974 pela Comissão Econômica Social para a Ásia e o Pacífico; 4) Comissão Econômica para a África (CEA), que têm suas sedes, respectivamente, em Santiago do Chile, Genebra, Banguocoque e Adisabeba. Podemos ainda acrescentar o Bureau para assuntos econômicos e sociais das Nações Unidas (BESNUB), em Beirute, que trata do Oriente Médio; não foi criada uma comissão econômica em virtude “da situação política particular da região” (Virally). Em 1973 o BESNUB foi substituído por uma Comissão Econômica para a Ásia Ocidental. Estas comissões regionais visam contribuir para o soerguimento da região e reforçar as relações econômicas entre os países unidos pela geografia. Assim, a da Europa trabalha para ultrapassar a divisão do continente. Sobre a CEPAL, que nos interessa mais de perto, podemos lembrar que ela foi fundada em 1948. A América Latina procurava um projeto alternativo, vez que os EUA recusavam as suas reivindicações: a estabilização de preços de seus produtos primários de exportação e a criação de uma instituição para o desenvolvimento regional. A CEPAL é que vai então formular um “projeto alternativo” de desenvolvimento, vez que estava fora do controle dos EUA (Alexandre de Mello e Silva — Desenvolvimento e Multilateralismo: Um Estudo sobre a Operação Pan-americana no Contexto da Política Externa de JK, *in* Contexto Internacional, jul./dez. 92, vol. 14, nº 2, págs. 209 e segs.).

Ele tem ainda outras comissões e subcomissões, como o Comitê de Assistência Técnica, Comitê para o Desenvolvimento Industrial, Subcomissão para Prevenir Discriminação e Proteção de Minorias, etc.

As organizações não governamentais têm muitas vezes o estatuto de organizações consultivas nas organizações intergovernamentais. O CES criou três categorias: A, B e C. A “A” é formada por aquelas organizações que têm um interesse fundamental na maioria das atividades do CES. Elas podem: 1) enviar representantes e apresentar comunicações ao Conselho e Comissões; 2) fazer declarações; 3) incluir um tema no programa provisório do Conselho. A “B” é formada por aquelas que se interessam em alguns aspectos das atividades do Conselho. Elas podem apresentar comunicações escritas e fazer declarações perante o Comitê encarregado das organizações não-governamentais e perante as Comissões. As da categoria “C” são aquelas que contribuem para os trabalhos do Conselho por meio de consultas especiais, que lhes são dirigidas. Estas se encontram registradas no Secretariado e são as mais numerosas.

Secretariado

É órgão permanente encarregado da parte administrativa da ONU. O seu chefe é o Secretário-geral.²⁵ Este tem um mandato de cinco anos, conforme foi fixado pela Assembléia Geral, uma vez que a Carta é omissa.

A ONU teve até hoje os seguintes Secretários-gerais: Trygve Lie, norueguês (1-2-1946 a 10-11-1952), quando apresentou a sua demissão.²⁶ Dag

Hammarhjold, sueco (10-4-1953 a 7-9-1961); U Thant, birmanês (3-11-1961 a 1971);²⁷ o austríaco Kurt Waldheim, que tomou posse em janeiro de 1972 e foi reeleito em 1976. Em 1981, foi eleito Secretário-geral o peruano Javier Pérez de Cuellar, que foi reeleito em 1986.

Em 1992, teve início o mandato de Boutros Boutros Ghali (eleito em 1991) como Secretário-geral da ONU. O Secretário-geral que mais valorizou o cargo foi Dag Hammarhjold, que desenvolveu uma diplomacia “própria” e com isto criou grandes atritos com a URSS. Já a administração de U Thant é considerada, por Charles Zorgbibe, como um “declínio contínuo da autoridade do Secretário-geral”.

O Secretário-geral é indicado pela Assembléia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

As suas funções são as seguintes: a) é o chefe administrativo da ONU; b) exerce as funções que lhe forem confiadas pela Assembléia Geral, Conselhos de Segurança, de Tutela e Econômico e Social; c) fazer relatórios à Assembléia Geral sobre os trabalhos da ONU; d) tem o direito de “chamar a atenção do Conselho de Segurança para qualquer assunto que em sua opinião possa ameaçar a manutenção da paz e da segurança internacionais” (art. 99); e) indicar os seus auxiliares.²⁸ Ele tem assim funções técnico-administrativas e um direito de iniciativa política.²⁹

O Secretário-geral só é responsável perante a ONU, não podendo, em consequência, receber instruções dos governos.

Em 1946 a Assembléia Geral aprovou resolução em que o Secretário-geral, após deixar o cargo, não poderia receber uma posição de qualquer governo em que as informações que ele possuísse pudessem ser úteis. A Áustria violou esta resolução, ao designar Waldheim seu representante especial em conferências internacionais.

Em 1988, a ONU valorizou o papel do Secretário-geral ao aprovar resolução sobre “Declaração para a prevenção e eliminação de litígios e situações que ameacem a paz internacional”, estabelecendo que o Secretário-geral deve agir na fase inicial do litígio e situações a fim de que não haja ameaça à paz.

A fim de terminar este item vamos reproduzir algumas observações de Alain Daems. Os órgãos da ONU foram criados para manter o equilíbrio das grandes potências de 1945. O Secretário-geral durante a Guerra Fria agia com mandato de algum órgão. Ele acabou por adquirir uma influência superior à prevista pelos autores da Carta. Trygve Lie, após o primeiro mandato, obteve da AG prorrogação por três anos, mas a pressão dos países socialistas o fez renunciar após um ano. A URSS “rompeu” com Dag Hammarhjold e propunha a sua substituição por uma “troika” de secretários, sendo que representariam os três blocos existentes na ONU. Finalmente, ela aceitou U Thant que designou 7 secretários-adjuntos recrutados nos três grandes blocos (capitalista, comunista e neutralista). Ao terminar o seu mandato, U Thant era acusado de ter retirado com muita pressa as

forças da ONU no Egito, poucos dias antes da guerra árabe-israelense de 1967. Waldheim queria um terceiro mandato, e não conseguiu. O único que acabou em paz foi Perez de Cuellar. O problema que ocorre é que as grandes potências são contrárias à diminuição dos poderes do CS e aumentar os dos outros órgãos.

Em dezembro de 1996 foi eleito para o cargo de Secretário-geral Kofi Annan (Gana).

266. A ONU possui seis línguas oficiais: francês, inglês, espanhol, russo, chinês e árabe. Entretanto, na CIJ são línguas oficiais apenas o inglês e o francês. Atualmente o árabe também é língua oficial.

As línguas de trabalho na ONU são o francês e o inglês. Todavia, na Assembléia Geral e no Conselho Econômico e Social, o espanhol também é língua de trabalho. No Conselho de Segurança são línguas de trabalho: francês, inglês, espanhol, russo e árabe. O árabe também é língua de trabalho na Assembléia Geral.

A diferença entre língua oficial e língua de trabalho é que os discursos que forem feitos em língua oficial são traduzidos para as línguas de trabalho; enquanto que um discurso pronunciado em língua de trabalho é traduzido apenas para as outras línguas de trabalho.

267. A natureza jurídica da ONU não é assunto que os doutrinadores tenham encarado de modo pacífico. Verdross assinala que ela é uma confederação de vocação universal. Quadri, por outro lado, prefere qualificá-la de um simples "núcleo de federação", uma vez que "os princípios de federalismo são desenvolvidos somente parcialmente, não tendo sido organizado um poder legislativo".

Na verdade, a Carta da ONU, apesar de ser um tratado, possui características de uma Constituição, como bem assinala Ross. Este aspecto é ressaltado claramente na supremacia que tem a Carta da ONU em relação a todo e qualquer tratado internacional que não pode violar os seus dispositivos imperativos. Ou, ainda, as seguintes características, que a distinguem dos tratados: a) não está sujeita a reservas; b) a obrigação de um tratado é "estatística", enquanto a da ONU é dinâmica, porque não se esgota no texto; c) as emendas são aplicadas a todos, uma vez aprovadas, etc. (A. Moreno López). Salienta este jurista espanhol que a Carta é essencialmente uma constituição e só instrumentalmente um tratado.

Diante deste fato, ou seja, a similitude da Carta da ONU com as Constituições estatais, é que os doutrinadores têm procurado assimilar a organização a uma das formas de Estado conhecidas. Entretanto, podemos assinalar que ela não se enquadra em nenhuma delas. Por exemplo, não existe confederação mundial, e algumas decisões da ONU são obrigatórias para os Estados, independente de uma "ratificação" ou "aceitação", como é o caso do orçamento. A ONU não pode ser comparada a um Estado, vez que ela não pretende nem os fins a que se pretende um Estado, por

exemplo, unidade política no mesmo sentido do Estado, nem possui os seus elementos constitutivos. Talvez a melhor posição seja a de Quadri, ao falar em "núcleo de federação". isto é, um ponto de partida para um federalismo. Entretanto, o federalismo nos parece ser ainda uma verdadeira miragem na sociedade internacional, entendida de um modo global. A ONU é simplesmente uma organização internacional, intergovernamental. Esta é a sua natureza jurídica. Não há qualquer vantagem em procurar assimilá-la a uma forma de Estado já existente, à qual ela só se adaptará com certos argumentos "forçados".

268. O valor jurídico do preâmbulo^{29A} é outro assunto que tem sido dos mais discutidos. Como já vimos (capítulo IX), a doutrina se encontra dividida. A própria prática internacional não é uniforme.³⁰

Esta questão não pode ser resolvida de modo *a priori* e deverá se analisar em cada caso concreto se as partes tiveram intenção ou não de criar obrigações no preâmbulo. De qualquer modo, o preâmbulo terá sempre um valor interpretativo. Neste caso podemos citar, dentro da ONU, o art. 2º, alínea 4ª. Os EUA sustentaram que a intervenção em defesa do seu nacional não violaria o mencionado dispositivo legal, uma vez que esta modalidade de intervenção não ameaça "a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado". Todavia, esta intervenção se torna ilegal se ela for interpretada levando-se em consideração o preâmbulo, que afirma: "a força armada não será usada a não ser no interesse comum".

269. A Carta da ONU não se refere à sua personalidade no mundo internacional. Esta omissão parece que se deveu ao fato de não se querer dar qualquer idéia de que ela era um superestado.

O assunto foi resolvido pela CIJ em um parecer sobre "reparação por danos sofridos a serviço das Nações Unidas". Ele tem por base uma consulta da Assembléia Geral dirigida à CIJ no sentido de saber-se se a ONU teria capacidade para apresentar uma reclamação internacional dirigida a um Estado para conseguir uma reparação por danos sofridos por indivíduos a seu serviço. É que o Conde Bernadotte, que trabalhava como mediador, em nome da ONU, entre árabes e Israel, fora assassinado neste último. A CIJ (1949) considerou que preliminarmente deveria apreciar se a ONU possuía personalidade internacional, resolvendo afirmativamente. Ela levou em conta que os sujeitos do DI não são todos iguais, nem têm os mesmos direitos e deveres. Considerou, ainda, que a ONU já havia concluído acordos internacionais, bem como que ela só poderia exercer as suas funções se tivesse personalidade internacional. Finalmente, concluiu que a ONU tinha capacidade para apresentar uma reclamação internacional.³¹

No âmbito interno dos Estados, a personalidade da ONU foi reconhecida de modo claro no art. 104 da Carta.

270. A ONU possui um aspecto realmente universal em virtude da alínea 6ª do art. 2º. Este dispositivo não é uma completa novidade no

mundo jurídico, uma vez que o art. 17 do Pacto da Liga já estabelecia coisa semelhante, todavia de modo impreciso e que não foi cumprido.

A ONU, em virtude do dispositivo legal acima citado, tem poder para obrigar os Estados que não são seus membros a agirem conforme os princípios das NU. É um daqueles poucos casos em que um tratado tem efeito em relação aos terceiros Estados. Ross tenta explicar tal fato alegando que uma norma consuetudinária é obrigatória para todos, quando ela é geral, e que o mesmo raciocínio poderia se aplicar a normas oriundas de tratados de que faz parte a grande maioria dos Estados. Na verdade, este raciocínio se impõe quando observamos que não se pode falar em paz ou segurança internacionais, a não ser que a elas estejam sujeitos todos os Estados.

Kelsen observa que o art. 2º, alínea 6ª, tornou todos os Estados da sociedade internacional membros da ONU: uns ativos (os que nela tivessem ingressado), outros passivos (os demais). Na verdade, o Estado não membro não tem apenas deveres, mas possui também direitos. Neste último caso estão os arts. 32, 35 (alínea 2ª) e 50.

Sobre o art. 2º, alínea 6ª, existem duas posições: a de Kelsen e a de Salomon.

Kelsen salienta que os não membros estão sujeitos a quase todas as obrigações da Carta da ONU, inclusive a de prestar auxílio para as sanções ordenadas pelo Conselho de Segurança (art. 43).

Salomon, baseando-se no elemento histórico (inicialmente as alíneas 5ª e 6ª eram uma só), conclui que os não membros estariam sujeitos apenas aos dois princípios da alínea 5ª, isto é, dar auxílio nas ações coercitivas e não prestarem auxílio aos Estados contra os quais estas sanções forem exercidas.

Na verdade, devemos nos filiar às observações que sobre o assunto foram apresentadas por Jiménez de Aréchaga. A alínea 6ª parece referir-se a todos os princípios do art. 2º,³² levando em consideração que a alínea 6ª fala em princípios (no plural). Todavia, na prática parece ser impossível se obrigar os terceiros Estados a darem auxílio às sanções do Conselho de Segurança. Por exemplo, o envio de tropas, que na prática não é obrigatório nem para os membros. Entretanto, o dever de abstenção é total, isto é, nenhum não membro poderá dar auxílio a um Estado contra o qual a ONU exerça uma sanção. Por outro lado, "a ONU, para impor determinadas obrigações aos Estados não membros, só conta com as medidas coercitivas do Capítulo VII, as quais requerem a existência de uma agressão, uma ruptura ou uma ameaça à paz" (Aréchaga).

271. O art. 2º, alínea 5ª, que estabelece como sendo um dos princípios da ONU que os seus membros darão assistência às ações empreendidas por ela, bem como "se absterão de dar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo", apresenta uma grande questão: a da compatibilidade da Carta com o estatuto

de neutralidade de um dos seus membros. O outro aspecto do dispositivo é geral e se aplica a qualquer membro ou não membro,³³ isto é, a abstenção de dar auxílio.

O assunto pode ser examinado sob dois aspectos: o da neutralidade em um conflito, ou neutralidade acidental, e o da neutralidade permanente.

A neutralidade em um conflito é possível existir dentro do sistema da ONU. Dentro deste raciocínio pode ser mencionado um conflito que se desenrole antes de o Conselho de Segurança tomar conhecimento dele, ou mesmo quando este conhecimento ocorre e o Conselho de Segurança é paralisado pelo veto. As próprias medidas tomadas pela ONU na Coreia, etc., como veremos, não são obrigatórias para os seus membros. Na própria "guerra" da Coreia foram formadas Comissões de Neutros de que eram participantes Estados-membros das NU. A obrigação de o Estado-membro não ser neutro apenas existe nas ações coercitivas regulamentadas no Capítulo VII da Carta.

O problema mais grave é o que diz respeito à neutralidade permanente. Inicialmente, é necessário se recordar que a ONU parte de uma solidariedade entre as nações e uma indivisibilidade da paz. Tanto assim é que, pelo art. 2º, alínea 6ª, ela possui poderes em relação aos Estados que não são seus membros. Esta argumentação encontra-se de acordo com os trabalhos da Conferência de São Francisco, onde a França propôs que se declarasse a incompatibilidade da ONU com o estatuto da neutralidade permanente. Tal emenda foi considerada supérflua, tendo em vista o que dispunha a Carta da ONU.

A questão só foi levantada quando a Áustria, Estado neutro permanentemente, ingressou na ONU. Os internacionalistas austríacos procuraram justificar esta situação com argumentos políticos e jurídicos: a) o art. 48, inciso 1º, declara que as ações empreendidas pela ONU para cumprimento das decisões do Conselho de Segurança referentes "à manutenção da paz e da segurança internacionais serão levadas a efeito por todos os membros... ou por alguns deles". Ora, se elas poderão ser levadas a efeito apenas por alguns dos membros, a Áustria, em cada caso concreto, poderá ser dispensada, sem haver necessidade de uma dispensa prévia e geral (Verdross); b) Grandes reconheceram a neutralidade permanente austríaca, o que significa o compromisso de respeitá-la. Assim sendo, eles estarão obrigados a, no Conselho de Segurança, dispensar sempre a Áustria da participação nas ações coercitivas (Kunz); c) a neutralidade austríaca fora feita em nome da paz internacional (Verdross).

Os argumentos acima invocados não deixam de ter a sua procedência; todavia, doutrinariamente, parece-nos que a razão está com Nova, uma vez que esta isenção, que sempre existirá para o Estado neutro permanentemente, não está de acordo com o "espírito da Carta" devido à sua permanência.

A Áustria, mesmo tem encontrado dificuldades dentro da ONU para manter a sua neutralidade nas votações, ela se abstém nas questões políticas. Nas econômicas, ela votava de um modo geral com o Ocidente, o que levantou os protestos da URSS, e ela passou também a abster-se nestas. Entretanto, não existe a obrigatoriedade de um Estado neutro permanente manter uma neutralidade econômica em tempo de paz (Ulrich Scheuner). Esta neutralidade econômica prende-se não a uma obrigação jurídica, mas a uma política de neutralismo. Entretanto, ela "participa ativamente na vida da ONU": enviou um contingente sanitário ao Congo (1966) e a Chipre (1964); uma série de conferências internacionais foram realizadas em Viena, etc.

É de se observar, finalmente, que a Suíça³⁴ não entrou na ONU.

272. O art. 2º, alínea 7ª, da Carta da ONU, em que se declara que as Nações Unidas não poderão "intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado", tem levantado divergências na sua interpretação. Um dispositivo semelhante já existia no Pacto da SDN por imposição norte-americana.

Kelsen entende que a palavra "intervir" não foi utilizada em seu sentido técnico e que, portanto, qualquer ação, qualquer recomendação da ONU sobre assunto pertencente à jurisdição doméstica dos Estados, seria ilícita. Em favor desta tese alega que a palavra "intervenção", se fosse entendida no seu sentido técnico, seria inútil, uma vez que a intervenção já seria condenada pelo DI e que existe uma regra de interpretação que estipula não se poder interpretar qualquer palavra em um texto como não tendo efeito útil.

Lauterpacht considera, ao contrário, que a palavra "intervir" foi utilizada no seu sentido técnico e que com esta interpretação ela tem efeito útil. Este dispositivo tem a sua razão de ser para evitar certas intervenções em sentido técnico, que poderia haver caso ele não existisse. Deste modo, estão excluídas as decisões do Conselho de Segurança sobre assuntos da jurisdição doméstica dos Estados, uma vez que elas podem ser coercitivamente executadas, bem como as sentenças da CIJ sobre assuntos da jurisdição doméstica dos Estados, uma vez que elas são executáveis pelo Conselho de Segurança a pedido de uma das partes (v. CIJ).

Esta segunda interpretação é a que está mais de acordo com as finalidades da Carta, porque aceitar a tese de Kelsen seria excluir toda ação da ONU no domínio econômico e social.³⁵

Na ONU quem decide se o assunto é ou não da jurisdição doméstica³⁶ é o próprio órgão que vai apreciá-lo. A Carta é omissa, ao contrário do Pacto da Liga, que dava competência ao Conselho.

273. A idéia de que a ONU abrangesse todos os Estados como seus membros foi defendida na Conferência de São Francisco pelo Uruguai, como a Argentina sustentara para a Liga das Nações.

A ONU, dentro da diretriz que já fora traçada pela SDN, fez uma distinção meramente cronológica entre membros originários e membros eleitos.

Os membros originários, já dissemos quais eram eles, e que estão especificados no art. 3º da Carta. Este dispositivo merece uma observação: é que a palavra "Estados" não se encontra utilizada no seu sentido técnico de "coletividade soberana". Tanto assim que foram considerados membros originários territórios na época ainda sob mandato (ex.: Síria), colônia (ex.: Filipinas), membros de um Estado federal (Ucrânia e Bielo-Rússia).

Os membros eleitos deverão preencher determinadas condições (art. 4º): a) serem Estados (aqui a palavra está utilizada no sentido técnico, isto é, de coletividade soberana); b) que sejam "amantes da paz"; c) que aceitem as obrigações estipuladas na Carta; d) que estejam "aptos e dispostos a cumprir tais obrigações". Pode-se salientar que com o ingresso dos micro-estados a ONU está abandonando este último requisito "aptos" em favor da universalidade.

O Estado que pretender entrar na ONU apresentará a sua candidatura, e o seu ingresso "será efetuado por decisão da Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança".

No início do funcionamento da ONU, os Grandes exerceram abusivamente o direito de veto, a fim de impedir a entrada de novos Estados na ONU,³⁷ e chegaram a criar um verdadeiro impasse que se tentou resolver por meio de duas consultas à CIJ.³⁸

A primeira consulta foi formulada em 1947, pela Assembléia Geral, que indagava à CIJ da possibilidade de existir um condicionamento da admissão de um Estado à admissão de outro. A Corte, em um parecer (1948), considerou que a consulta importava em saber se as condições estabelecidas na alínea 1ª do art. 4º eram exaustivas, ou se poderiam ser criadas novas condições. Ela considerou que as mencionadas condições eram exaustivas e que os Estados poderiam levar em conta fatores políticos, mas ligados a estas condições.³⁹

A segunda consulta formulada pela Assembléia Geral em 1949 prende-se à tese sustentada por Arce, delegado da Argentina, que defendia não ser necessária uma recomendação favorável do Conselho de Segurança para a admissão de um novo membro, uma vez que a alínea 2ª do art. 4º não fala expressamente em "recomendação favorável". A Corte, em 1950, em um parecer, sustentou que a palavra "mediante" do mencionado dispositivo significa "recomendação favorável".

A questão do ingresso de novos membros na ONU só veio a ser resolvida em 1955, quando os dois blocos fizeram um acordo, que possibilitou de imediato a entrada de 16 Estados.

Um assunto que merece referência especial é o do ingresso de Estados que surgem do desmembramento de Estados que são membros da ONU. A Índia e o Paquistão formavam um único Estado, o da Índia. Quando o

Paquistão se separou da Índia esta permaneceu membro da ONU e ele apresentou a sua candidatura para o ingresso. O Comitê Jurídico da Assembleia Geral fixou as seguintes normas sobre o assunto: a) o Estado que já é membro da ONU não perde o seu *status* por ter havido uma alteração nas suas fronteiras; b) o novo Estado, para ser membro da ONU, deve apresentar a sua candidatura.

O Secretário-geral, em um memorando, em 1950, considerou que a China Comunista é que deveria ocupar o lugar da China na ONU, vez que ela é que: "está em posição de empregar os recursos e dirigir a população do Estado para atender às obrigações do *status* de membro". Os EUA contestaram, alegando que a efetiva autoridade deve ser exercida com base no consentimento do povo. Na Assembleia Geral os EUA conseguiram que o ingresso da China fosse considerado matéria importante e não processual, como desejava a URSS, que via a solução da questão como podendo ser feita através de não se aceitar as credenciais do representante da China Nacionalista.

A Assembleia Geral, em 1950, considerou que ela era o órgão "apropriado para estabelecer a política da ONU em questões de representação" (Barabas) É que a ONU necessita ter uma política uniforme em todos os órgãos.

Finalmente, poder-se-ia dizer que os princípios enunciados acima, em relação ao Paquistão e Índia, podiam ser aplicados às duas Chinas.

Neste caso surge ainda uma série de outras questões: a) a China Nacionalista poderia vetar o ingresso da Comunista na ONU, uma vez que a admissão de membros não é questão que o Grande, parte no litígio, seja obrigado a se abster; b) a China Nacionalista não tinha mais razão de ser um dos Grandes; entretanto, a Carta da ONU enumera taxativamente quais são eles, e a China Nacionalista era considerada a que está ali mencionada. Estes aspectos só poderiam ser resolvidos por meio de uma emenda à Carta que, entretanto, só entraria em vigor se "aprovada" pela China Nacionalista.

Como se pode verificar, havia um verdadeiro círculo vicioso sobre o assunto. Ao mesmo tempo, havia um interesse para que a China Comunista entrasse na ONU, a fim de que ela se submetesse ao seu controle. Para o assunto deveriam ser criadas normas especiais pela Assembleia Geral que, como assinala a doutrina e a prática, tem demonstrado possuir um poder de emenda extralegal. Por outro lado, não se podia deixar de reconhecer a China Comunista como sendo a verdadeira China da Carta da ONU.⁴⁰ Neste sentido, a URSS pretendeu que ela substituísse a Nacionalista no Conselho de Segurança, o que não foi aceito.⁴¹ Talvez, a melhor orientação fosse a de se ter na ONU as duas Chinas como Estados-membros; entretanto, os dois blocos defendem as suas teses de modo intransigente. Permaneceria, entretanto, a questão de se saber qual delas seria o membro permanente do Conselho de Segurança.⁴²

Em 1971 a Assembleia Geral, por meio de uma resolução, por maioria simples aprovou a "entrada" da China Comunista, alegando "restituir à República Popular da China todos os seus direitos e reconhecer os representantes do seu Governo, como únicos representantes legítimos da China nas Nações Unidas...". Houve, assim, uma substituição de representação e não o ingresso de um novo Estado, vez que a China já integrava a ONU. A resolução no sistema de votação não foi considerada matéria importante.

A ONU não tem uma orientação uniforme nesta matéria. Quando da guerra de Biafra, U Thant afirmou que a ONU não aceita "a secessão de uma parte de seus Estados-membros". No caso da Eslovênia, Croácia e Bósnia, agiu diferentemente, e estes Estados surgiram na base de limites internos que não têm valor para o DI, e recusou que os sérvios na Bósnia se separassem (Paul-Marie de la Gorce).

274. Um Estado-membro da ONU poderá ser suspenso pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança (art. 5º). A suspensão não significa que o Estado fique isento dos deveres e obrigações que ele possui como membro, ele apenas tem suspensos os seus direitos e privilégios. A revogação da suspensão é feita somente pelo Conselho de Segurança.

A suspensão de um membro é medida facultativa que poderá ser aplicada nos casos em que "for levada a efeito ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança" contra ele.

O art. 6º permite a expulsão de um membro quando ele "houver violado persistentemente os princípios contidos na presente Carta".⁴³ Ela deverá ser determinada pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança. Diversos países, entre eles o Uruguai, criticaram este dispositivo por ser ele contrário à idéia de que a ONU deveria ser a mais universal possível e que os Estados expulsos poderiam formar fora dela um grupo seu inimigo. Entretanto, este último aspecto é corrigido pelo art. 2º, alínea 6ª, que permite a ação da ONU em relação aos terceiros Estados. Um Estado expulso poderá apresentar novamente a sua candidatura e ingressar na ONU outra vez.⁴⁴

A diferença entre a expulsão e a suspensão é que esta visa fazer com que o Estado faça uma revisão de sua atitude, enquanto aquela não tem esta finalidade. Por outro lado, a suspensão é "revogada" pelo Conselho de Segurança, enquanto a expulsão necessita do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral para ser revogada.

Até os dias de hoje não houve caso de suspensão ou de expulsão de um membro da ONU. Em setembro de 1992 houve o 1º caso que quase se pode considerar expulsão da ONU, foi quando o CS decidiu que a Sérvia e Montenegro não "herdavam" o lugar da Iugoslávia na ONU e que se desejassem deveriam apresentar a sua candidatura para admissão. Neste caso a ONU alterou toda a sua prática anterior, como nos casos Índia-Paquistão e Rússia (v. acima). Para Ranjeva e Cadoux não houve

expulsão da Iugoslávia, mas a ONU apenas afirmou que ela não pode suceder a ex-Iugoslávia e que teria de apresentar novamente o seu pedido de admissão. Ph. Bretton esclarece que a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) não pode participar dos trabalhos da AG. Afirma que ela não foi expulsa da ONU, porque havia medo de veto da Rússia, e cita como precedente a União Sul-Africana, cuja delegação não teve os plenos poderes de seus representantes reconhecidos pela AG em 1974. Kimminich afirma que é uma "expulsão virtual" e que se trata de uma situação não prevista na Carta da ONU. Para os EUA, a resolução de 1992 do CS, recomendando à AG para que a Iugoslávia não tome parte nos trabalhos da AG, significa que ela não é membro da ONU. Para a Rússia, China e França ela não participa dos trabalhos da AG, mas continua membro da ONU. A Iugoslávia não foi excluída da ONU, mas os seus representantes não podem atuar. Assim foi mantida na AG a bandeira e a placa da Iugoslávia. A ONU considera que a Iugoslávia não pode participar da AG e de seus órgãos subsidiários, mas pode participar de outros órgãos, o que ela faz.

A Carta da ONU, ao contrário do Pacto da SDN (§ 3º do art. 1º),⁴⁵ não prevê a possibilidade da retirada de um Estado-membro da Organização. Na Conferência de São Francisco, os EUA sustentaram que o direito de secessão existia para os membros, enquanto que a Inglaterra defendeu a posição oposta. Nesta Conferência foi feita uma declaração afirmando-se a existência deste direito. Kelsen, com razão, observa que esta simples declaração não pode ir de encontro à Carta, uma vez que o direito de secessão somente poderia existir se fosse ali consagrado. Na ONU houve um caso de "retirada", que foi o da Indonésia (janeiro de 1965 a setembro de 1966), porque a Malásia havia sido eleita para o Conselho de Segurança.⁴⁶

275. A Carta da ONU não define o que seja agressão.⁴⁷ A ONU levou cerca de trinta anos para conseguir definir agressão.⁴⁸ O Conselho de Segurança é que decide discricionariamente se houve ou não agressão.⁴⁹ Esta é a opinião de Jessup e Quadri, mas, segundo outros autores (Wright, François), a Assembléia Geral também poderia fazê-lo em uma resolução.

A Assembléia Geral aprovou em 1974, em uma declaração, a definição de agressão: a) o uso da força armada; b) bombardeio; c) um ataque armado contra o território, mar territorial ou força armada de outro Estado; d) bloqueio; e) um Estado permitir que seu território seja utilizado por outro Estado para agredir um terceiro; g) o envio de grupos armados ou mercenários para atacarem outro Estado. O Conselho de Segurança poderá determinar outros atos que sejam também agressão. A agressão é um crime contra a paz internacional, e nenhum motivo político, econômico, etc., pode justificá-la. Não será reconhecida como legítima a obtenção de território por meio de agressão. "A agressão, estabelece o texto, é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra

maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas..." Este princípio está consagrado no art. 2º, alínea 4ª da Carta da ONU, que proíbe "a ameaça ou o uso da força". Em 1970 T. M. Franck escreveu um artigo intitulado "Quem matou o art. 2º alínea 4ª" e respondia que era o veto e novas formas de conflito que não se enquadram na guerra e na agressão. Pode-se lembrar neste caso a invasão do Camboja pelo Vietnã. Atualmente o DI tem considerado ilegítimas as medidas que levam ao uso da força. É de se acrescentar um comentário formulado por Sicilianos de que o art. 2º alínea 4ª tem sido interpretado por alguns como englobando pressões econômicas, sendo esta tese defendida pelo 3º Mundo e pelos países socialistas. Em 1973, após o embargo do petróleo pelos árabes, os países ocidentais usaram a retórica do 3º Mundo e vários destes passaram a defender o liberalismo econômico. Falar em agressão econômica é dar um conteúdo muito amplo à palavra agressão. E mais, na Declaração sobre relações amigáveis (v. capítulo Direitos Fundamentais do Estado) as questões econômicas são tratadas apenas como intervenção. Acrescenta o internacionalista francês que a proibição do art. 2º, alínea 4ª não se dirige a movimentos de libertação nacional, daí ser legítima a assistência a eles. Permanece proibida a intervenção armada direta.

O fator cronológico é importante como elemento objetivo para a caracterização da agressão. Entretanto, é de se lembrar, com J. Stone, que não se pode caracterizar a agressão pelo simples cruzar de fronteira, porque muitas vezes não se sabe onde ela está localizada. A grande dificuldade que se encontrou para definir agressão era o que os Estados já haviam feito antes da definição e não desejavam que tais atos fossem assim caracterizados.

Alguns argumentos têm sido apresentados em favor de uma definição de agressão. Eles podem ser resumidos nos seguintes: a) auxilia o Conselho de Segurança ao estudar cada caso; b) facilita a opinião pública; c) existindo o crime de agressão, é preciso que ele seja definido, etc. A definição dada pela Assembléia Geral tem sido criticada, porque ela limitou a alínea 4ª do artigo 2º da Carta, porque este fala em "força" e não em "força armada". Assim sendo, deveria ter entrado na resolução a "agressão econômica" (J. Stone). De qualquer modo, pôde ser considerada a agressão econômica como uma ameaça à paz. O que a Carta da ONU proíbe é a força armada e não outras formas de pressão econômica. O próprio preâmbulo fala é em força armada.

O Capítulo VII, sobre a "Ação Relativa à Ameaça à Paz,"⁵⁰ Ruptura da Paz e Atos de Agressão", é talvez o mais importante do sistema universal, uma vez que ele é o que aparelha a organização para exercer as suas principais funções; entretanto, faliu inteiramente. Até hoje não foi possível estabelecer os acordos para o envio das tropas que serão colocadas à disposição do Conselho de Segurança. Entre as divergências surgidas estão: a) a URSS considera que as tropas fornecidas pelos membros permanentes

do Conselho de Segurança devem ser em número igual, outros consideram que podem variar de acordo com a capacidade do Estado; b) a França e a China Nacionalista defenderam que, em caso de legítima defesa, elas poderiam se utilizar das tropas colocadas à disposição da ONU, o que foi recusado por outros Estados; d) não se chegou a um acordo sobre: 1 — o comando supremo; 2 — o grau de preparação das tropas; 3 — o direito de passagem das tropas, etc. Havia, entretanto, alguns pontos em comum, como o de que os Grandes concordavam que o grosso das tropas seria fornecido por eles. Elisabeth Zoller considera que nos termos da Carta nenhum Estado se encontra obrigado a entregar tropas para servir na ONU. O Capítulo VII passou a ser usado não apenas nos casos de ameaça e integridade territorial e independência política, mas também nos conflitos armados internos e atos de terrorismo internacional. A Carta da ONU não trata destes.

Diante destes desacordos, os arts. 41, 42 e outros ficaram letra morta, durante várias décadas. A grande conseqüência é que o Conselho de Segurança não podia tomar decisões obrigatórias para os Estados no sentido de que eles forneçam tropas, para as suas ações coercitivas. Ele pode, todavia, com base no art. 39, fazer recomendações para a criação de uma força da ONU (Bowett). O Capítulo VII teria saído do que Colliard denominou de "museu das instituições internacionais" com a aplicação de sanções à Rodésia com fundamento no art. 41 (resoluções do CS em 1965, 1966, 1968 e 1970). Em 1977 o CS aplicou este dispositivo à África do Sul, entretanto, só são aplicadas sanções que não levam ao uso da força armada.^{30A} No caso da Rodésia, a ONU a tratou como colônia da Grã-Bretanha e agiu com base no art. 41. É de se acrescentar que o art. 2º, alínea 7ª, não impede a aplicação do Capítulo VII. Em 1966, a pedido do governo britânico, o Conselho de Segurança aprovou uma resolução com fundamento no Capítulo VII, logo obrigatória, solicitando o rompimento do comércio e de relações de todos os países-membros da ONU com a Rodésia. A resolução foi violada por Portugal, União Sul-Africana e empresas de petróleo inglesas.^{30B} Já as resoluções do Conselho de Segurança sobre o "apartheid" na União Sul-Africana foram tratadas com fundamentos no Capítulo VI, e não são obrigatórias. Uma conseqüência do não funcionamento do Capítulo VII foi a proliferação de alianças regionais (Sicilianos). Em 1990, pela primeira vez o Conselho de Segurança aprovou o uso da força para que sejam cumpridas as sanções econômicas ao Iraque, tendo em vista a invasão do Kuwait por aquele Estado, com fundamento nos arts. 39 e 40 da Carta. Em outra resolução, o Conselho de Segurança deu um prazo ao Iraque para retirar suas tropas do Kuwait. Observa Margaret P. Doxey que as potências podem pelo veto evitar as sanções que lhes sejam onerosas, já os demais estados não podem fazer isso.

A própria Comissão de Estado-maior, prevista no Capítulo VII, raramente se reúne e não funciona de modo ativo, e não foi utilizada nem na

Guerra da Coreia, cuja ação foi aprovada por recomendação do Conselho de Segurança. Os seus trabalhos cessaram em 1948.

Na verdade, a ONU tem sempre uma "atuação marginal" nos conflitos que envolvem os Grandes, que por outro lado a marginalizam quando se encontram em fase de bom entendimento. A política dos Grandes é, na prática, mais importante do que a sua Carta. Eles marginalizam sempre a ONU. Saliencia Araújo Castro que "Superpotências preferem negociar secreta e bilateralmente", bem como a agenda da Assembléia. Geral não inclui vários problemas importantes da paz mundial.

A Assembléia Geral passou, de certo modo, a exercer as funções do Conselho de Segurança no tocante à paz e à segurança internacionais. Em 1950, logo no início da guerra da Coreia, a Assembléia Geral aprovou a Resolução o Unindo-se para a Paz, onde se afirma: a) que o Conselho de Segurança, por falta da unanimidade dos seus membros permanentes, não exercia a sua principal obrigação, que é a da manutenção da paz; b) que a Assembléia pode deliberar sobre qualquer assunto por meio de recomendação, enquanto o Conselho pode fazer por resolução. Esta observação tem seu fundamento, entre outros dispositivos, nos arts. 11 (alínea 2ª) e 24 da Carta, sendo que este último declara que o Conselho de Segurança é o principal responsável pela paz, o que significa que não é o único; c) os membros da ONU são convidados a fornecer tropas para a ação da ONU. Esta resolução só atende aos interesses dos EUA para vencer o veto da URSS (Meyrowitz).^{30C} O Ocidente, nesta resolução, desenvolveu a tese de que a Assembléia Geral tinha o direito e o dever de preencher as lacunas da Carta quando o Conselho de Segurança ficasse inativo. De qualquer modo, no caso da Coreia, o Conselho de Segurança agiu no caso da Coreia por meio de recomendação.

Esta resolução criou também uma Comissão de Observação da Paz, composta de 14 membros, para "observar e fazer relatório" sobre situações que ameacem a paz e segurança internacionais. Foi criado, ainda, um Comitê de Medidas Coletivas, composto de 14 membros, encarregados de estudar os métodos coletivos para o fortalecimento da paz e segurança internacionais.

Em 1956, em virtude de uma resolução da Assembléia Geral, a ONU agiu em Suez, mas com uma finalidade diferente da Coreia, onde foi uma ação coercitiva para obrigar pela força um Estado a se submeter à ONU, enquanto que neste caso era uma ação de manutenção da paz com a concordância de todos os interessados. Estas operações ("operação de manutenção da paz"), ao contrário da levada a termo na Coreia, não possuem tropas dos Estados interessados, nem dos Grandes, sendo que a única exceção foi na de Chipre, onde havia um contingente britânico. Este tipo (Suez, Chipre e Congo) de operação pressupõe o consentimento das partes interessadas e não visa alterar uma situação política mas facilitar uma trégua, cessação de hostilidades, etc. Estas forças estão diretamente

ligadas à ONU pelo seu comandante, que é realmente designado por ela e perante quem ele é responsável (Virally).

Na Coreia (1950) o Conselho de Segurança também recomendou aos membros que fornecessem tropas à Coreia do Sul para ela repelir o ataque sofrido.⁵¹ Tem-se procurado distinguir a ação coletiva da ONU de uma guerra, alegando-se que esta é feita em nome de interesses nacionais e aquela em nome da paz (Verdross, C. A. Pompe). Alguns a consideram uma ação de polícia (Scelle), o que é contestado por grande parte da doutrina: Delbez, Kunz, Kotsch, etc. Na verdade, a jurisprudência de alguns países (EUA, Austrália) a tem considerado como uma guerra, como foi o caso da Coreia, e a própria terminologia empregada no armistício parece demonstrar isto, como "hostilidades", "beligerantes", "atos de guerra", etc.

Estas "forças" nem sempre estiveram realmente subordinadas à ONU, como ocorreu na França que agiu na Coreia, em que o Comitê (16 Estados que enviaram tropas) encarregado dela se reunia em Washington e não em Nova Iorque, bem como a demissão de MacArthur de comandante-chefe foi feita pelos EUA, sem qualquer consulta ao Comitê. Na verdade, no caso da Coreia a expressão "Comando das Nações Unidas" parece que foi criada apenas com "finalidade de propaganda" (Von Glahn). Pelo que foi dito podemos lembrar que a ONU pedira aos EUA para designar o comandante, e o poder deste sobre as tropas estrangeiras vinha não de resoluções da ONU, mas de acordos entre os EUA e os países que forneceram tropas. No caso da Coreia, o que houve realmente foi uma guerra dos EUA acobertada pelo nome das Nações Unidas, o que já não ocorreu nos demais casos.

Alguns autores (Bennouna) têm criticado serem as forças de paz criadas pela Assembléia Geral, porque isto destruiu o equilíbrio político da ONU ao não ser necessário o consentimento dos cinco Grandes. Estas "operações de manutenção da paz" (expressão não utilizada na Carta) é uma criação "praeter legem", que não tem base nos Capítulos VI e VII, mas que resulta dos "poderes implícitos" da ONU para realizar os seus fins (Jiménez de Aréchaga). Na verdade, todas as Forças da ONU foram decididas pelo CS com exceção da Força de Urgência das Nações Unidas, em 1956, já citada, bem com a Força de Segurança das Nações Unidas na Nova Guiné Ocidental, em 1962, que foram criadas pela A.G. Atualmente se reconhece que elas só podem ser criadas pelo CS. Boutros-Ghali tentou criar uma força permanente, mas encontrou a oposição dos EUA. A Rússia tem utilizado o seu direito de veto quando se pretende agir em estados da antiga URSS: Alto-Karabakh e Geórgia.

As "Forças das Nações Unidas" (Congo, Suez e Chipre) são órgãos subsidiários da ONU, ou de um dos seus principais órgãos. Atualmente elas são órgãos subsidiários do CS.

A responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelas tropas é de seus Estados nacionais, vez que elas continuam sob os seus comandantes nacio-

nais. Os contingentes nacionais continuam a integrarem as forças armadas de seu país. Assim elas não são no sentido pleno da palavra um exército internacional.

Os contingentes da ONU uma vez formados, fica o Estado de que são nacionais com o direito de tomar medidas disciplinares, exercer jurisdição penal, por atos praticados dentro ou fora do exercício de suas funções. A imunidade de jurisdição civil é apenas para os atos praticados no exercício de suas funções. Já o comandante da Força é um funcionário internacional e recebe o seu "salário" diretamente da ONU, ao contrário dos integrantes dos contingentes.

É preciso salientar que a ONU "participou" de inúmeros outros conflitos por meio de resoluções pedindo negociações entre as partes em luta (Argélia, 1961), designando comissão de investigação (Grécia, 1946), enviando observadores (Líbano, 1958),^{51a} com uma Comissão de Bons Ofícios (Indonésia, 1947), (Oriente-Médio, 1973), o grupo de observação das Nações Unidas no Líbano (GONUL, 1958), Missão de observação das Nações Unidas no Iêmen (1953-1964), Força de Intervenção das Nações Unidas no Líbano (1978), observadores em Caxemira, etc. Esta enumeração é meramente exemplificativa não só nos casos de participação da ONU, bem como nos modos por meio dos quais ela participou nos casos citados. Estes exemplos visam apenas mostrar a variedade dos modos de participação da ONU. As "forças" auxiliam na manutenção da paz e estão fundamentadas não no Capítulo VII, mas no Capítulo XV da Carta (Seystersted, Bowett). Alguns sustentam que a base jurídica das operações de manutenção da paz é o art. 40, entretanto, nele as medidas cabem ao Conselho de Segurança. Outros falam no Capítulo VI (art. 34), que só se refere à investigação com um fim definido. Na verdade, tais operações estão nos poderes implícitos da ONU, para que ela possa realizar o seu propósito de manutenção da paz (E. Jiménez de Aréchaga). Nos primeiros 45 anos da ONU foram realizadas 18 operações de paz, sendo que 2/3 eram de conflitos interestatais. De 1990 a 1995 o CS estabeleceu 20 operações de paz, sendo que 2/3 em conflitos internos (Vladimir Petrovsky).

As "forças de paz" da ONU apresentam características próprias, tendo em vista que: a) a sua constituição é voluntária; b) que o Estado territorial onde elas vão se estabelecer precisa dar o seu consentimento; c) não são criadas para lutar contra o agressor, mas apenas para se interpor entre as partes em luta. Só usam armas em caso de legítima defesa; d) de um modo geral, os Grandes não enviam tropas para estas forças; e) as suas funções podem ainda ser de polícia local, supervisão de plebiscito, manter a ordem em um Estado, etc. Uma exceção foram as tropas inglesas em Chipre, devido ao fato de elas já estarem prontas e este país integrar a Commonwealth. A idéia dos grandes não fornecerem tropa era para diminuir o risco de guerra. As Forças das Nações Unidas são colocadas em funcionamento pelo Secretário-geral. Na sua composição foi estabele-

cido, em 1956, que nenhum dos Grandes podem fornecer tropas. A primeira exceção foi para a Inglaterra em Chipre e a segunda exceção para a França no Líbano (FINUL). A primeira tropa russa colocada à disposição da ONU foi um contingente na Eslavônia (Croácia) e um destacamento em Sarajevo em 1992; *f*) as forças não interferem no direito das partes. U Thant encarregou uma comissão para fazer os estatutos destas forças, mas até agora ainda não foi feito. A primeira contribuição de um país do leste europeu a uma Força da ONU foi da Polónia, que enviou um contingente quando da 4ª guerra entre árabes e Israel em 1973. As Forças de Paz das NU receberam o Prêmio Nobel da Paz em 1988.

Em princípio elas usam a força apenas em legítima defesa, sendo que a operação da ONU no Congo e nas operações de imposição da paz são exceções. Bowett e Seyster afirmam que uma força de interposição pode ser uma medida provisória com fundamento no art. 40.

Merecem ser reproduzidos alguns comentários de Gonçalves Pereira e Fausto Quadros sobre as operações de manutenção da paz e as ações de segurança coletiva que apresentam as seguintes semelhanças: *a*) são ações coletivas da ONU; *b*) os contingentes são fornecidos pelos estados-membros. Entre elas, segundo os internacionalistas portugueses, existem as seguintes diferenças: *a*) no Capítulo VII só o CS pode tomar decisões, enquanto nas operações de manutenção de paz a AG pode agir (há um único caso: a Força enviada para Suez em 1956 — v. acima); nas operações de manutenção de paz não deve haver participação de tropas dos Grandes, mas a França tem participado; *c*) as operações de manutenção de paz não têm aspecto coercitivo (exceção: a que agiu no Congo e evitou a secessão de Katanga); *d*) a operação de manutenção de paz só ocorreu com o consentimento do Estado onde ela vai agir, o que não é necessário nas ações de segurança coletiva da ONU.

Olivier Paye salienta que as operações de paz são militares, mas agem de modo não obrigatório e imparcial. Daí se dizer que elas agem com fundamento em um hipotético Capítulo seis e meio. O Capítulo VI trata de meios não militares e o Capítulo VII dos meios coercitivos em que o uso da força armada é uma sanção. O consentimento das partes em luta é a pedra angular destas operações.

Atualmente, o Canadá tem tropas especializadas para agir nos casos de manutenção da paz.

As ações militares da ONU não são sanções, tendo em vista que as tropas só são enviadas com o consentimento do Estado, bem como não são dirigidas contra o Estado que as recebe, mas contra coletividades que o Estado não controla (Jean Combacau). É de se repetir com este jurista que a Carta da ONU em nenhum local usa a palavra sanção.

Devemos concordar com Inis Claude de que a ONU dificilmente poderá ter um grande poder militar, vez que ela não tem uma base territorial, econômica, científica, etc.^{51b} Por outro lado, a divisão do mundo em zonas

de influência prejudica a ação da ONU, vez que ela não pode intervir em virtude do veto dos Grandes (Régis Debray).

A URSS tem alegado que as operações de manutenção da paz não são constitucionais, vez que a atuação nelas, da Assembleia Geral e do Secretário-geral, quebra o monopólio do Conselho de Segurança, que é que tem a "principal responsabilidade" para a manutenção da paz.

Finalmente, é de se observar que a falta de decisão do Conselho de Segurança não significa autorizar uma ação regional, senão pelo seu próprio veto um Grande desencadearia este tipo de ação (E. Jiménez de Aréchaga).

Podemos fornecer a seguinte lista de forças de manutenção da paz da ONU: *a*) Força de urgência das Nações Unidas (FONU-I), fronteira Egito-Israel, 1956-1967; *b*) Organização das Nações Unidas no Congo (ONUC), Zaire, 1960-1964; *c*) Força de urgência das Nações Unidas (FONU-II), Sinai, 1973-1979; *d*) Força das Nações Unidas em Chipre (1964 — em 1986 ainda estava lá); *e*) Força das Nações Unidas encarregadas de observar o desligamento (FNUOD); ela fiscaliza a cessação de fogo entre Israel e Síria em Golan (1974 — em 1988 ainda estava lá); *f*) Força das Nações no Líbano (FINUL), criada em 1978, e em 1988 ainda estava lá. Todas foram criadas pelo Conselho de Segurança, que é quem renova o seu mandato, com exceção da FUNU-I (Colard e Guilhaudis).

Vários outros exemplos de atuação da ONU podem ser mencionados: *a*) em 1987 a ONU criou o Grupo de Observadores Militares das Nações Unidas para o Irã e Iraque (GOMNU — II); *b*) Autoridade Transitória das NU no Camboja, criada pelo CS (1991), para garantir eleições livres; *c*) Missão das Nações Unidas para o Saara Ocidental (MINURSO), criada pelo CS, em 1990, para preparar a realização de um referendo; *d*) Operação das Nações Unidas na Somália (UNOSOM), criada pelo CS, em 1992, para promover um cessar-fogo, resolver o conflito interno e assegurar assistência humanitária; *e*) a Operação das Nações Unidas em Moçambique (ONU-MOZ) criada pelo CS, em 1992, para fiscalizar acordos de paz; *f*) em 1993 o CS aprovou o bloqueio naval do Haiti para implementar sanções econômicas, etc.

Em 1988 foi criada, ainda, uma missão de bons ofícios entre o Afeganistão e o Paquistão.

Em fins de 1988 foi formada uma missão de observação para fiscalizar a retirada de tropas cubanas de Angola.

Entre 1948 e 1992 houve 26 Operações de Manutenção da Paz (Gonçalves Pereira e Fausto Quadros).

Em dezembro de 1992 a imprensa informava que os "capacetes azuis" estavam: *a*) Camboja (fiscalizando acordo de paz — 22.000 homens); *b*) Croácia (14.000 homens fiscalizando trégua com a Sérvia); *c*) El Salvador (1.000 homens fiscalizando acordo de paz para pôr fim à guerra civil); *d*) Líbano (6.000 homens, desde 1978, para vistoriar a saída de tropas israel-

lenses do sul do Líbano); e) Iraque (200 homens para fiscalizar a guerra desmilitarizada entre ele e Kuwait); f) Angola (desde 1988, para "monitorar" a pacificação); g) Somália (20.000 homens, desde 1992, para garantir a distribuição de alimentos); h) Bósnia (6.000 homens). Estariam atuando ainda no Saara Ocidental.

Em dezembro de 1997 passou a existir uma Missão de Observação da ONU no Tadjiquistão (MONUI) e também a partir deste mesmo ano há uma missão humanitária em Serra Leoa.

Em 1999 o Conselho de Segurança criou uma Força Multinacional para agir em Timor, onde estava ocorrendo um massacre da população que votou favoravelmente a independência.

Uma posição curiosa que temos dúvida em aceitar é a de R. Sadurska, que sustenta ser a ameaça ao uso da força um tipo de sanção com um papel "ritualizado" para substituir a violência e que pode ser utilizada para apressar a solução de um litúgio. Ela não seria proibida pela Carta da ONU, vez que não é tão destrutiva. A ameaça ao uso da força seria lícita para garantir um direito, e ela seria ilegal quando o uso da força é ilegal.

A Força Multinacional para atuar contra o Iraque, a fim de liberar o Kuwait, não foi constituída pela ONU, sendo que ela apenas autorizou o uso da força. A resolução invoca o art. 51 (legítima defesa) e o Capítulo VII. A Resolução nº 661 (1990) do Conselho de Segurança foi promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 99.441 de 7/8/90 com fundamento no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, "e de acordo com o art. 25 da Carta da ONU". O Banco Central do Brasil, pelo Comunicado nº 2.159, de 8/8/90, suspendeu qualquer operação financeira com o Kuwait e o Iraque. O envio de tropas contra o Iraque para a liberação do Kuwait foi aprovado pela Assembléia Legislativa na França e pelo Congresso nos EUA.

Sobre a denominada Guerra do Golfo, vários comentários têm sido formulados: a) a liberação do Kuwait foi feita com uso excessivo da força bruta; b) a ONU fracassou ao não evitar a guerra; c) a exibição de força feita pelos EUA foi para aniquilar o Iraque e estabelecer um papel para os EUA na região; d) o Secretário de Defesa dos EUA, Dick Cheney, declarou, em fevereiro de 1991: "nós pensamos que os EUA têm exigências duradouras. Devemos manter nossa capacidade de controlar os oceanos do mundo, atender os nossos compromissos na Europa e no Pacífico, sermos capazes de colocar forças, seja na Ásia do Sudoeste ou no Panamá para fazer face aos imprevistos a fim de defender as vidas e os interesses americanos"; e) como fatos ilícitos são mencionados os lançamentos de mísseis contra Israel, que não participava do conflito, bem como o uso de napalm pelos EUA. Os norte-americanos bombardearam e tiraram de operação dois reatores de pesquisa de fraca potência que tinham sido inspecionados e aprovados pela AIEA, o que viola o Protocolo I de 1977, que proíbe a destruição de instalações contendo forças perigosas, e a sua destruição colocou em perigo a população civil devido à radiação; f) o que a ONU queria era a libertação do Kuwait sem a destruição do Iraque, o

que poderia ter sido feito por um ataque-relâmpago com uma força terrestre auxiliada pela força aérea. Teria havido uma economia na destruição de vidas e bens; g) outro ato ilícito foi o bombardeio da população civil. Sobre o tema: Christian G./ Caubet — As Verdades da Guerra contra o Iraque, 1991. A ONU autorizou a operação no Iraque, mas não controlou o seu desenrolar. Os EUA utilizaram munição com "urânio empobrecido", que é um subproduto do urânio enriquecido, sendo barata a sua fabricação. Vários civis estão sofrendo diferentes deficiências, como perda de cabelos, sangramentos, danos nos rins e fígado. Foi a primeira vez que se usou esta "arma" em uma guerra (Naima Lefkir-Laffite e Roland Laffite — Armes radioactives contre l'"ennemi" irakien, in Le Monde Diplomatique, Avril, 1995). Tendo início a guerra, o grande objetivo desta passa a ser a destruição do potencial militar do Iraque, bem como de sua infra-estrutura econômica. Foram utilizadas armas químicas, como o "Fuel Air Explosive", que devasta tudo em um raio de 100 metros, por meio de queimadura e asfixia. Foi igualmente utilizado o napalm (Chapour Habhighat: Histoire de La Crise du Golfe, 1992).

Por outro lado, pode-se observar que a ONU nada fez quando a Indonésia ocupou Timor; o Marrocos, o Saara Ocidental; Israel inúmeros territórios árabes; etc.

Em setembro de 1991 a CS aprovou por unanimidade embargo de armas para a Iugoslávia, devido à luta pela independência da Croácia. Em 1992 a ONU enviou uma Força da Paz para fiscalizar o cessar-fogo entre a Croácia e a Sérvia, que era sempre violado.

Ainda em 1992 a CS aprovou resolução obrigatória determinando que a Líbia entregasse as duas pessoas que haviam derrubado um avião na Grã-Bretanha. Esta resolução foi implementada no Brasil pelo Decreto nº 494 de 15/04/92.

Em maio de 1992 (implementado no Brasil por Decreto de 19/06/92, vez que são "sanções" mandatórias) o CS aprova uma resolução que impõe sanções à Sérvia e Montenegro: 1) suspende todo o comércio e só abre exceções para alimentos e remédios; 2) congelamento dos bens monetários e financeiros e contas bancárias; 3) corta as ligações aéreas com exceção da ajuda humanitária; 4) proíbe a venda de peças e máquinas para manutenção de aviões; 5) redução dos quadros das embaixadas e consulados iugoslavos; 6) proíbe a participação da Sérvia e Montenegro em eventos esportivos internacionais; 7) que os exércitos sérvios e do Montenegro se retirem da Bósnia; 8) exige o cumprimento de resoluções da ONU como a de cessar fogo; etc. Em agosto de 1992 nova resolução da CS permite o uso da força armada na Iugoslávia a fim de distribuir ajuda humanitária. Em setembro nova resolução é tomada, aumentando o número de homens para 6.000, a fim de permitir a ajuda humanitária.

Em dezembro de 1992 o CS aprovou por unanimidade o envio de uma força militar à Somália, para garantir a operação de ajuda humanitária. A Força tem tropas dos EUA, Canadá, França, etc. Alain Joxe (Humanitarisme

et empires, in *Le Monde Diplomatique*, janvier 1993) fala na "banalização das expedições sob mandato da ONU" e distingue: *a*) expedições da ONU apoiadas pelos EUA (Líbano, Camboja, Iugoslávia e 1ª fase da Somália) usam capacetes azuis e veículos brancos; e *b*) expedições dos EUA, apoiadas pela ONU (Golfo, 2ª fase da Somália), usam capacetes de guerra e veículos camuflados. As expedições visam manter a presença dos Estados onde eles têm interesse histórico, e a da Somália estaria no "quadro de proteção do golfo".

Em maio de 1994 o CS aprovou sanções ao Haiti proibindo 600 oficiais militares e suas famílias de deixarem a ilha, bem como uma recomendação aos países-para congelarem os bens destes militares. São aplicadas sanções comerciais e só podem ser enviados ao Haiti gás de cozinha, comida, remédios e equipamentos de jornalistas. Em julho do mesmo ano o CS autorizou uma Força Multinacional para agir no Haiti para derrubar os militares golpistas. O Brasil se absteve no CS.

As Forças Especiais da ONU inicialmente foram criadas pela AG e depois pelo CS.

Nguyen Huu Tru observa que os fundadores da ONU não pensaram no uso da força armada pacífica para a manutenção da paz. Eles só pensavam no caso de defesa de uma agressão. Dag Hammarskjöld falava na existência de um capítulo seis e meio na Carta, porque as forças de paz ultrapassam o Capítulo VI e não entram no Capítulo VII. Em 1993, na aprovação da UNISOM II, foi a primeira vez que o CS se referiu ao Capítulo VII, o que visa uma terceira geração de operações de paz. A Força poderia ser usada para dar assistência à população civil, desarmar as facções rivais, etc. A UNISOM II foi a primeira a ser autorizada pelo CS para usar a força. Em 1994, Nguyen Huu Tru afirmava que após 1988 em 15 operações de paz só cinco eram clássicas.

É preciso salientar que as resoluções do CS fundamentadas no Capítulo VII são obrigatórias, enquanto as demais são recomendatórias.

Pode-se mencionar, como medidas recentes da ONU e implementadas pelo Brasil, as seguintes: *a*) o Decreto nº 960 de 13/10/93 torna "mandatório em todo o território nacional os embargos" determinados pela Resolução nº 864/93 do CS contra a UNITA (guerrilha em Angola) com fundamento no art. 84, inciso IV da Constituição; *b*) em 1993 o Executivo pediu autorização ao Congresso para enviar tropas a Moçambique pela ONU. Finalmente, em julho de 1995, o Brasil mandou contingente do Exército e da Marinha para Moçambique. Ainda sobre o Brasil na ONU, ele tem contribuído, no ano 1992-1993, com 1,51% do orçamento.

Tem sido observado que a ONU tem se envolvido cada vez mais em ações humanitárias. O que cria inúmeros problemas. Assim EUA, França e Inglaterra criaram um local seguro para os curdos em nome do aspecto humanitário, mas não se resolveu o tipo de governo desta região, ou, ainda, qual o futuro dos curdos. Na Somália a ONU foi a pedido do que restava do governo e se considerou que havia ameaça à paz, e a operação tem

sido um fracasso. Na Bósnia procura-se distribuir alimentos e obrigar as partes a respeitarem o direito humanitário. Na Bósnia e na Somália a ONU tem tido grandes problemas em lidar com grupos armados, que estão fora do controle das autoridades políticas reconhecidas.

As forças de paz da ONU também estão sujeitas ao D. Humanitário (D. Schindler), vez que as organizações internacionais seguem por analogia o direito interestatal.

Em fevereiro de 95 estavam em funcionamento as seguintes forças de paz: *a*) Grupo de observadores das NU na Índia e Paquistão (UNMOGIP) desde 1948; *b*) Organismo das Nações Unidas encarregado de fiscalizar a trégua na Palestina (ONUST) desde 1948; *c*) Forças de Manutenção da Paz em Chipre (UNFICKP) desde 1964; *d*) Força das Nações Unidas encarregada de observar o "desengement" em Golan (FNUOD) desde 1974; *e*) Força Interina das Nações Unidas no Líbano (FINUL) desde 1978; *f*) Missão de Observação das Nações Unidas para Iraque e Koweite (MONUIK) desde 1991; *g*) Missão das Nações Unidas para o *referendum* de Saara Ocidental (MINURSO) desde 1991; *h*) Grupo de Observadores das Nações Unidas em El Salvador (ONUSAL) desde 1991 — e terminou em 30/4/96; *i*) Missão de Fiscalização das Nações Unidas em Angola (UNAVEM II) desde 1991; *j*) Força de Proteção das Nações Unidas na Croácia, Bósnia e Macedônia (FORPRONU) desde 1992; *k*) Operação das NU em Moçambique (ONUMOZ) desde 1992; *l*) Operação das Nações Unidas na Somália (ONUSOM II) desde 1993 até fevereiro de 1995, quando terminou; *m*) Operação das Nações Unidas na Geórgia (MONUG) desde 1993; *n*) Missão das Nações Unidas na Libéria (MONUL) desde 1993; *o*) Missão de Observação das Nações Unidas no Haiti (MINUHA) desde 1993; *p*) Missão das Nações Unidas para Assistência a Ruanda (MINUAR) desde 1993; *q*) Missão de Observação das Nações Unidas no Tadjiquistão (MONUT) desde 1994.

A lista de Forças da ONU que terminaram até 1994 foram as seguintes: *a*) Primeira Força de Urgência das Nações Unidas no Sinai, Gaza e Suez (FUNU I) de 1956 a 1967; *b*) Grupo de Observação das Nações Unidas no Líbano (GONUL) na fronteira libanesa-síria em 1958; *c*) Operação das Nações Unidas no Congo (ONUC) de 1960 a 1964; *d*) Força de Segurança das Nações Unidas na Nova Guiné Ocidental (FSNU) de 1962 a 1963; *e*) Missão de Observação das NU no Iémen (UNROM) de 1963 a 1964; *f*) Missão do Representante do Secretário-geral na República Dominicana (DOMREP) de 1965 a 1966; *g*) Missão de Observação das NU na Índia e Paquistão (UNIPOM) de 1965 a 1966; *h*) Segunda Força de Urgência das NU no Canal de Suez e Sinai (FUNU II) de 1973 a 1979; *i*) Grupo de Assistência das NU para o período de transição em Namíbia e Angola (GANUPT) de 1989 a 1990; *j*) Grupo de Observadores Militares das NU para o Irã e o Iraque (GOMNU II) de 1988 a 1990; *k*) Missão de Bons Oficiais das NU no Afeganistão e Paquistão (UNGOMAP) de 1988 a 1990;

l) Missão de Fiscalização das Nações Unidas em Angola (UNA-VEMI) de 1989 a 1991; m) Missão de Observação das NU encarregado da fiscalização do processo eleitoral na Nicarágua (ONUVEM) de 1989 a 1990; n) Grupo de Observadores das Nações Unidas na América Central na Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala e Nicarágua (GNUCA) de 1989 a 1992; o) Grupo de Observadores das NU para a verificação das eleições no Haiti (GNUVEH) de 1990 a 1991; p) Missão preparatória das NU no Camboja (MIPRENUC) de 1991 a 1992; q) Operação das Nações Unidas na Somália (GNUSOMI) de 1992 a 1993; r) Missão de Observação das NU encarregada da verificação do *referendum* na Eritreia (GNUVER) em 1993; s) Autoridade provisória das NU no Camboja (APRONUC) de 1992 a 1993; t) Missão de Observação das NU na África do Sul (MONUAS) de 1992 a 1994; u) Missão de Observação das Nações Unidas em Uganda e Ruanda (MONUOR) em 1993, que foi fundida na MINUAR.

Nas operações de paz não há a caracterização de um agressor, elas visam "estabilizar uma situação explosiva". Elas devem atuar de modo imparcial e não devem utilizar força. Estas operações são improvisadas, o que as torna frágeis. Os maiores financiadores das operações de paz são, em ordem decrescente: EUA, Japão, Alemanha, Rússia, França e Inglaterra.

As operações de paz não são todas iguais, por exemplo, a ação da ONU na Iugoslávia colabora com organismos regionais: CSCE, CE, UEO e OTAN.

As missões de observação nas eleições após um conflito é "a fase de consolidação da paz". Para alguns a prática de se enviar observadores internacionais significa "a existência do princípio da democratização" na ordem internacional. Esta prática se desenvolveu a partir de 1990. Os observadores têm por função garantir eleições livres. Eles têm privilégios e imunidades dos agentes diplomáticos. Eles podem ser designados pelas organizações ou ser convidados a título individual. Eles têm o direito de transitar livremente e podem se comunicar com todos os partidos. Contudo, não podem intervir no processo eleitoral, bem como comunicar às autoridades as anomalias. Cabe à ONU dizer se a eleição foi "regular" ou "irregular" (Arnaud de Raülin).

Há diversos conceitos sendo atualmente utilizadas na ONU, como o de "manutenção da paz", forjado por Dag Hammarskjöld e pelo canadense Lester Pearson em 1956. Este ocorre após a cessação das hostilidades, com o consentimento das partes, por exemplo, supervisionar um cessar-fogo. Ele está no Capítulo VI. Como já se afirmou, as "operações para a manutenção da paz" foram criadas pragmaticamente e constituem uma improvisação da "Carta das NU no sentido estrito". Surgiu no conflito de Suez em 1956. Ela pressupõe acordo das partes para uma solução negociada. O de "restauração da paz" é uma intervenção militar para favorecer o retorno à paz com um fim humanitário. Um exemplo seria uma ação

militar em uma guerra civil para garantir a integridade da população. Não há um inimigo declarado. Deve haver imparcialidade na intervenção. Ela é fundamentada no Capítulo VII. O de "imposição da paz" é quando há um inimigo. As tropas da ONU fazem a guerra. Não há imparcialidade. O conceito de "peace enforcement" foi forjado por Boutros Ghali. Ele estaria fundamentado no capítulo VII bis. Este conceito fica entre o de manutenção da paz e o de restauração da paz. Ele não tem tido sucesso. Neste caso o CS qualifica alguém como agressor, e ele pode se opor pela força. Para Françoise Hampson: a) "peace-keeping" é colocar tropas em uma região onde há tensão, mas não há combate; b) "wider peace-keeping" é expressão utilizada pelos juristas ingleses para quando não há uma imparcialidade e as tropas têm que ter maior treinamento do que no caso anterior; c) "peace enforcement" quando cumpre um mandato objetivo. Não há qualquer imparcialidade. Ex: restaurar o Kuwait. Não há o consentimento de todas as partes no litígio, havendo aplicações de medidas militares. Existe também o de "peace building" (construção da paz) que visa a evitar futuros conflitos. Neste caso há desarmamento, destruição de armas, repatriamento de refugiados, bem como procura-se restaurar a paz e a autoridade civil e reconstruir a infra-estrutura do território.

276. O art. 108 trata de emenda à Carta e nele não existe o veto propriamente dito dos Grandes do Conselho de Segurança. Entretanto, a emenda só entra em vigor com a ratificação dos cinco Grandes. Uma emenda à Carta deve ser adotada por 2/3 dos membros da Assembléia Geral e ratificada "por 2/3 dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança".

Na verdade, têm ocorrido, dentro da ONU, inúmeras "emendas extralegis", em virtude de uma interpretação da Carta, para atender às necessidades internacionais, mesmo com a violação de alguns dispositivos expressos, ex.: a abstenção no Conselho de Segurança, a admissão de Estado neutro permanente, etc.

A revisão da Carta está regulada no art. 109, e aqui se previu a criação de um órgão para a sua realização: a Conferência Geral de Revisão. A Conferência se reunirá "em data e lugar a serem fixados pelo voto de 2/3 dos membros da Assembléia Geral e de nove membros (antes da emenda aprovada em 1965 eram sete membros) quaisquer do Conselho de Segurança".³² A modificação terá de ser recomendada por 2/3 dos votos da Conferência. A sua entrada em vigor segue os mesmos requisitos para a entrada em vigor de uma emenda.

É de se assinalar que uma emenda à Carta da ONU, aprovada dentro das normas expostas acima, é obrigatória para todos os Estados-membros, sendo que aqueles que não a aprovaram não têm o direito de retirada (M. Virally).

277. A Corte Internacional de Justiça³³ é o órgão judicial da ONU e o mais importante tribunal judiciário da sociedade internacional.

A) Origens

O Pacto da SDN não criou uma corte internacional de justiça, mas o seu art. 14 estipulava que o Conselho estava incumbido de "preparar um projeto de corte permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos membros da Sociedade". Para a realização desta missão foi convocado, na cidade de Haia, em 1920, um Comitê de Juristas, que preparou o projeto do seu futuro estatuto. Este, sendo aprovado pela Assembléia da SDN em 13/12/1920, entrou em vigor, após as ratificações, em 1921, e constituía um tratado independente do Pacto. A CPJI era, assim, um organismo autônomo da SDN. Ela foi instalada em Haia.

Em 1939 deveria haver uma eleição para a renovação dos juizes, mas ela foi adiada pela SDN, e os que ocupavam seus cargos permaneceram, uma vez que o Estatuto estipulava deverem eles ficar em função até a sua substituição. Com a ocupação da Holanda pela Alemanha, a CPJI foi transferida para Genebra, onde já se encontrava parte dos seus arquivos. Deste modo, juridicamente, a CPJI continuava a existir, apesar da guerra. Ela foi dissolvida em 1946.

Em janeiro de 1942, na Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores das Américas, no Rio de Janeiro, o Comitê Jurídico Interamericano foi incumbido de estudar a criação de uma corte internacional. Neste mesmo ano (novembro) ele apresenta o seu relatório e recomenda que a jurisdição da CPJI seja aumentada.

Em Dumbarton Oaks, uma das proposições versava sobre a criação de uma Corte de Justiça, cujo estatuto faria parte integrante da Carta da Organização e que todos os membros desta fariam parte da corte, *ipso facto*, que a Assembléia Geral, mediante recomendações do Conselho de Segurança, fixaria em cada caso as condições em que os Estados não membros da organização poderiam ser parte do estatuto, etc.

Em Dumbarton Oaks decidiu-se ainda que, antes da Conferência de São Francisco, um Comitê de Juristas prepararia o projeto do estatuto. Este Comitê se reuniu em Washington sob a presidência de Hackworth e teve como relator Basdevant. Ele tomou por base o estatuto da CPJI, introduzindo aí algumas modificações.

A Conferência de São Francisco foi que decidiu a criação de uma nova corte e não a manutenção da CPJI. Esta atitude se deveu às seguintes razões: a) dos 43 Estados parte no estatuto da CPJI, 17 não faziam parte da ONU, diversos deles eram inimigos; b) por outro lado, 13 Estados que seriam membros da ONU não eram parte no estatuto da CPJI; c) o mandato dos juizes da CPJI havia terminado.

O novo Tribunal foi designado de Corte Internacional de Justiça e incluído entre os órgãos da ONU (art. 7º da Carta). A alteração no nome se deveu a duas correções que foram feitas: a) a eliminação do adjetivo "permanente", que foi considerado pleoniasmo, uma vez que todo tribunal

judicial é permanente; b) o adjetivo "internacional" passou a qualificar a corte e não a justiça, uma vez que esta, seja interna ou internacional, é idêntica.

O estatuto da CIJ é praticamente o mesmo da CPJI, o que fez Manley Hudson observar que ela "calçou os sapatos de sua antecessora". As modificações no estatuto foram poucas; por exemplo, o acréscimo do Capítulo V e a alínea 2ª do art. 3º.

A CIJ é a sucessora da CPJI e o art. 37 do estatuto estabelece que o tratado em vigor que estipule dever um assunto ser submetido à CPJI deverá ser apresentado à CIJ.

A CIJ tem como membros 159, que são da ONU, e mais a Suíça, Liechtenstein e San Marino; até 1986, a CIJ havia julgado 48 casos.

B) A CIJ como órgão da ONU

A CIJ, enumerada pelo art. 7º da Carta como órgão da ONU, é qualificada no art. 92 como o "principal órgão judiciário das Nações Unidas" e que o seu estatuto faz parte integrante da Carta.

Devemos assinalar inicialmente que a palavra "principal" significa não ser ela o único tribunal. O art. 95 declara expressamente que os membros das Nações Unidas poderão submeter os seus litígios a outros tribunais.

A CIJ, sendo órgão da ONU, significa que todos os membros da ONU são automaticamente partes no Estatuto.³⁴

Outras conseqüências decorrem desta colocação da Corte como órgão da ONU. Por exemplo, ela não poderá aplicar um tratado não registrado no Secretariado etc.

C) A questão da jurisdição dos Estados e a Corte

Este aspecto é uma decorrência do fato de ser a Corte um órgão da ONU e, devido à sua importância, deve ser apreciado em separado.

A CIJ se encontra sujeita a todos os dispositivos da Carta da ONU, inclusive o já estudado art. 2º, alínea 7ª, o que significa que a Corte não pode decidir sobre assunto que seja do domínio reservado dos Estados porque as suas decisões são executáveis pelo Conselho de Segurança, e mesmo porque os Estados são obrigados a cumpri-los. Este princípio é aplicável pelo menos nos litígios submetidos à Corte com base na cláusula facultativa.

No caso da jurisdição consultiva exercida pela Corte, esse problema não se apresenta, uma vez que os órgãos da ONU que solicitam os pareceres se encontram submetidos ao art. 2º, alínea 7ª, e pode-se assinalar ainda que os pareceres não são obrigatórios.

Na hipótese de a Corte decidir um litígio compulsoriamente com base em um tratado, a nosso ver deverá ser aplicado o mesmo raciocínio usado

para a cláusula facultativa. Se assim não fosse, todos os Estados fariam reserva de que não submeteriam à sua decisão os assuntos do seu domínio reservado. Todavia, nada impede que os Estados voluntariamente submetam à CJI um litígio sobre matéria de sua jurisdição doméstica, mesmo porque o art. 2º, alínea 7ª, apenas declara que os Estados não estão "obrigados" a submetê-lo, o que evidentemente significa, "contrario sensu", que eles poderiam fazê-lo voluntariamente.

É a Corte (art. 6º, alínea 6ª) que decide se possui jurisdição. Ela adota o critério jurídico para saber se o assunto é da jurisdição doméstica dos Estados ou não.

A exceção de incompetência da Corte, por se tratar de assunto da jurisdição doméstica, é decidida preliminarmente. Entretanto, ao ser decidida esta preliminar em favor de quem a interpôs, na verdade se decide a questão de fundo (Aréchaga), uma vez que, se o assunto era da jurisdição doméstica do Estado, ele tinha a seu respeito as "mãos livres".

D) Organização da Corte

Ela é composta de 15 juízes, não podendo dois deles ser nacionais do mesmo Estado. O mandato dos juízes é de nove anos, que pode ser renovado.⁵⁵ Os grandes juízes quase sempre são reeleitos. O juiz que for eleito na vaga de um que não tenha acabado o seu mandato "completará o período do mandato de seu predecessor".

Os juízes são eleitos pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança.⁵⁶ A eleição nestes dois órgãos será feita por maioria absoluta, não havendo no Conselho de Segurança qualquer diferença entre os membros permanentes e não permanentes.⁵⁷

A Assembléia e o Conselho decidirão entre os nomes constantes "de uma lista de pessoas apresentadas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem". Se o Estado não fizer parte da Corte Permanente de Arbitragem, ele utilizará processo semelhante (art. 4º, alínea 2ª). "Nenhum grupo deverá indicar mais de quatro pessoas, das quais no máximo duas poderão ser de sua nacionalidade" (art. 5º, alínea 2ª). Cada grupo não poderá indicar candidatos em maior número "do que o dobro dos lugares a serem preenchidos". O Secretário-geral convida, através dos governos, os grupos nacionais da CPA a se manifestarem três meses antes das eleições.

Estas listas são encaminhadas à Assembléia Geral^{57A} e ao Conselho de Segurança, que fazem as eleições em separado. E depois são comparadas as duas listas dos eleitos. Se permanecerem vagos alguns lugares (ex.: candidatos que não tenham sido eleitos nos dois órgãos), serão feitas uma segunda e terceira eleições. Se a situação perdurar, será formada uma Comissão de seis membros (três do Conselho e três da Assembléia Geral) que, por maioria absoluta, escolherá um dos candidatos e o submeterá à

aprovação da Assembléia-Geral e do Conselho de Segurança. Esta comissão unanimemente pode escolher um nome que não seja candidato. Se esta comissão não chegar a um acordo, os membros da Corte é que decidirão o procedimento da vaga entre os candidatos "que tenham obtido votos na Assembléia Geral ou no Conselho de Segurança". Em caso de empate na Corte, o juiz mais velho "terá voto decisivo". Quanto a esta comissão, ainda não foi necessária a sua utilização.

O procedimento de eleição pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança tem ocasionado que muitas vezes é ali eleito maior número de candidatos do que as vagas. Neste caso, são feitas eleições sucessivas até que o número de eleitos seja igual ao número de vagas. Pode-se lembrar que, na década de 1950, no Instituto do DI, La Pradelle propôs que a própria Corte elaborasse a lista de candidatos a juízes.

A composição da Corte tem sido criticada pelos afro-asiáticos, que consideram a sua "representação" nela insuficiente, bem como o predomínio europeu na Corte, ou, ainda, que os cinco Grandes têm sempre juízes de sua nacionalidade eleitos, sem que o estatuto da CJI lhes dê lugar permanente.^{57B} As últimas eleições têm aumentado a "representação" dos afro-asiáticos. Outro motivo de crítica para os africanos foram os pareceres dados pela CIJ no caso do sudoeste africano, até que ela revisse a sua posição.

A demissão de um juiz só é feita por decisão unânime da própria Corte.

O presidente e o vice-presidente são eleitos por três anos.

É de se assinalar que os juízes deverão representar as "mais altas formas de civilização e os principais sistemas jurídicos do mundo".

A precedência entre os juízes é feita pela antiguidade, e quando foram eleitos na mesma sessão, a precedência é pela idade.

A CIJ possui um escrivão e um escrivão-adjunto, que são eleitos por sete anos.

A sede da Corte é em Haia, sendo que o seu presidente e o escrivão são obrigados a residir nesta cidade.^{57C}

Os juízes não deverão exercer outras funções, enfim, deverão manter a sua completa independência. Os juízes, no exercício de suas funções, gozarão dos privilégios e imunidades diplomáticas.

Ao lado destes juízes, que compõem permanentemente a Corte, existem ainda os juízes "ad hoc", que são temporários. O juiz "ad hoc", também chamado juiz "nacional",⁵⁸ é indicado pelos Estados partes em um litígio a ser decidido pela Corte quando ela não tem um juiz de sua nacionalidade. É uma instituição remanescente da arbitragem e visa atender à igualdade entre os Estados e dar às partes maior confiança na Corte.

Esta instituição tem sido criticada porque já se sabe de antemão o voto do juiz "ad hoc". Entretanto, o juiz permanente tem mais imparcialidade, o que dá desvantagem ao Estado que já tem juiz seu nacional na Corte.

A Corte, em regra geral, funciona em sessão plenária (o *quorum* mínimo é de nove); entretanto, em alguns casos (arts. 26 e 29), ela poderá formar Câmaras de três ou mais juízes. Em 1981, os EUA e Canadá comunicaram à CIJ que submeteriam a ela um litígio (delimitação da fronteira marítima: plataforma e zona de pesca) a ser julgado por uma câmara especial. É a primeira vez que algum Estado se utiliza disto. São as partes que indicam os juízes que desejam e a Corte os elege, o que ela fez em 1982. Foi o caso de delimitação da fronteira marítima da área do Golfo de Maine em 1984, entre EUA e Canadá. E. Zoller assinala que de um certo modo é uma desconfiança em relação à CJI. Em 1983, Mali e Alto Volta concluíram um acordo internacional para submeter um litígio de fronteira a uma câmara da CJI, constituída nos termos do art. 26, § 2º, do Estatuto da CJI.

Ela elabora o seu regimento interno ("regras da Corte"), sendo que o mais recente entrou em vigor em 1978 (texto *in* International Legal Materials, setembro de 1978), que permitiu o julgamento por câmaras.

McWhinney faz uma observação contundente a respeito dos juízes da Corte, após considerar que os ocidentais estão em relação a ela com uma atitude "mais defensiva ou conservadora", como a URSS. Escreve que os candidatos a juízes, atualmente, são os funcionários dos ministérios das relações exteriores e não mais magistrados independentes ou os jurisconsultos.

E) Partes perante a Corte

A Corte só atua em litígios em que as partes sejam Estados. São partes no seu estatuto todos os membros da ONU e ainda Estados que não fazem parte da ONU (ex.: Suíça).

O homem, apesar das discussões no seio do Comitê de Juristas de Haia, não foi admitido como parte.⁵⁹

As organizações internacionais, inclusive a ONU, não podem ser parte em um litígio perante a CIJ. Elas podem apenas prestar informações à Corte, bem como solicitar pareceres.

F) A jurisdição contenciosa da CIJ

A jurisdição internacional é ainda, via de regra, facultativa. Dentro deste princípio está também a CIJ. Ela só decide os dissídios em que todos os litigantes estejam de acordo em submeter a questão à sua apreciação.

A Corte define litígio internacional como "um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição; uma oposição de teses jurídicas ou de interesses...". É necessário que a posição de um tenha a oposição do outro (P. Pazartzis).

O fato de o Estado ser membro da ONU e parte do Estatuto não o obriga a submeter compulsoriamente seu litígio ao julgamento da Corte. É necessário ainda um ato complementar dos litigantes submetendo a questão à sua apreciação.

A jurisdição pode ser obrigatória em caso de estar prevista expressamente em tratados (art. 36, § 1º).⁶⁰ Neste caso, podemos exemplificar o tratado de paz com o Japão, que estipula que as dívidas que surgirem na sua aplicação serão resolvidas pela CIJ.

A jurisdição pode ser compulsória, com base na cláusula facultativa. Esta cláusula é a alínea 2ª do art. 36 e foi proposta na SDN por Raul Fernandes. Ela foi uma fórmula de transação resultante das discussões ocorridas na SDN: o Comitê de Juristas estabelecera que a jurisdição seria compulsória nos litígios jurídicos, enquanto o Conselho da Liga sustentava a jurisdição facultativa. Nas discussões travadas na Assembléia surgiu a cláusula facultativa proposta por Raul Fernandes.⁶¹ Esta cláusula já foi caracterizada como sendo a "ponte" entre a jurisdição facultativa e a jurisdição obrigatória.

Ela consiste no seguinte: os Estados que reconhecerem a jurisdição da Corte como obrigatória, o que é feito por uma declaração, se obrigam a submeter à apreciação da Corte todos os litígios em que forem partes e que tenham por objeto: "a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional".

Na prática, esta cláusula tem sido restringida pelos Estados, que a aceitam com reservas: a) reciprocidade; b) determinado prazo (ex.: Brasil); c) apenas em relação a determinados Estados (ex.: no art. 31 do Pacto de Bogotá, 1948, os Estados americanos declaram aceitar a cláusula facultativa em redação a qualquer outro Estado americano); d) outros só a aceitam em redação aos membros da ONU; e) diversos países fazem reservas dos assuntos da sua jurisdição doméstica (ex.: reserva Connaly, 1946, dos EUA); f) aplicação a litígios futuros; g) exclusão de litígios com determinados membros (ex.: os membros da Commonwealth excluem os litígios entre eles); h) Portugal fez sob reserva de poder excluir no futuro certos litígios, o que tornou a sua aceitação praticamente sem efeito, etc.

Estas reservas têm sido admitidas porque o Estado é livre de reconhecer a cláusula como obrigatória ou não; em consequência, ele pode limitar a sua aceitação. É mais interessante para a justiça internacional que haja aceitação da cláusula facultativa com reservas do que não haja aceitação.

Tem havido um descréscimo acentuado na aceitação da cláusula facultativa nos Estados que entraram na ONU a partir de 1955. Em 1994, cinquenta e três países aceitam a cláusula facultativa. Se um litígio é iniciado

com base na cláusula optativa, mesmo que ela caduque, por ter vencido o termo, a CIJ continua a julgar, vez que o litígio foi apresentado na vigência dela.

Pode-se acrescentar que não se pode retirar a aceitação da cláusula facultativa após o caso ser levado à Corte. H. Waldock sustenta que a aceitação da cláusula facultativa sem prazo está submetida ao direito dos tratados e só pode ser retirada com o consentimento das partes, ou então que se aplique a cláusula "rebus sic stantibus". A Corte aplica o princípio da boa fé e o direito dos tratados. Alguns afirmam que os Estados podem retirar a declaração de aceitação, mas antes de a Corte ser chamada a julgar.

A justiça internacional é gratuita, sendo que as despesas serão pagas pela ONU. É de se lembrar que os Estados contribuem para o orçamento da ONU.

Atualmente os Estados preferem as negociações diretas para a solução dos litígios do que a sua submissão à CIJ.

Tem sido observado que os Estados, a fim de desenvolverem a solução judicial, teriam que despolitizar os litígios. Alguns autores (Northrop) têm procurado uma explicação para a fuga à CIJ e salientam que os Estados do sudeste asiático, a China e a Índia, devido à sua filosofia intuitiva, não aceitam a solução dos litígios por tribunais judiciais. Entretanto, o Direito Hindu sempre teve tribunais e procedimentos legais para a solução dos litígios. Outra crítica que tem sido dirigida à CIJ, é que ela não pode ter a mesma composição do Conselho de Segurança, por exemplo, ter sempre um juiz de cada um dos Grandes, o que acaba por politizar as suas eleições. Na realidade é a idéia de soberania ou de interesse nacional que inibe as apresentações dos litígios à CIJ para aí serem julgados. Ela tem sido considerada o órgão de "menos sucesso" da ONU (Arthur Rovine).

Fitzmaurice observa, com razão, que não se pode falar em falta de confiança na CIJ, porque nenhum tribunal pode ter a sua sentença prevista. Salienta este internacionalista inglês que quando um tribunal abre novas direções, é acusado de falta de previsibilidade; e que quando só repete o já existente, a acusação é de esterilidade.

Tem-se proposto abrir a Corte a organizações internacionais não-governamentais, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, as organizações regionais, etc., a fim de ampliar o seu campo de atuação, dando-lhe mais vida. A doutrina (Remiro Brotons) tem assinalado que tem diminuído o número de tratados e cláusulas convencionais que dão competência à CIJ, bem como também tem "declinado" a aceitação da cláusula facultativa.^{61a}

Christian Philip mostra que a CIJ desenvolve também um trabalho político, por exemplo, quando, em 1974, no caso da Plataforma do Mar do Norte, ela convidou as partes a negociarem.

G) A jurisdição consultiva

A CIJ tem uma atuação também como órgão de consulta, que ela atende por meio de parecer ("avis consultatif"). Esta jurisdição está prevista nos arts. 96 da Carta e 65 do Estatuto.

A Assembléia Geral e o Conselho de Segurança podem solicitar pareceres à Corte. Os demais órgãos e organismos especializados poderão fazê-lo com autorização da Assembléia Geral. Alguns autores (Jessup, Jenks) têm defendido que o Secretário-geral da ONU pode solicitar pareceres à CIJ, mas este assunto até agora não foi resolvido pela Assembléia Geral. Quando o parecer solicitado for sobre litígio entre dois Estados, a Corte aplica as normas do art. 31 (juiz "ad hoc"). Isto é o que determina o regimento da CIJ, estabelecido em 1946 e revisado em 1972. Os Estados podem prestar informações escritas ou orais à Corte.

Os pareceres não são obrigatórios, entretanto, de um modo geral, têm sido cumpridos. Existem alguns casos em que se convencionou previamente a obrigatoriedade do parecer. Nesta última hipótese se encontra o tratado entre os EUA e a ONU sobre os privilégios e imunidades da Organização, em que se estipula que qualquer dúvida será solucionada pela CIJ por meio de parecer, que será aceito pelas partes.

Existe, a respeito destes pareceres, um caso que merece menção especial: é o do Tribunal Administrativo da ONU e do Tribunal Administrativo da OIT. Alguns "órgãos" destas organizações internacionais (Conselho de Administração do BIT, comitê encarregado de examinar pedidos de revisão do TANU, etc.) podem solicitar à Corte um parecer sobre a validade de uma decisão destes tribunais administrativos. Nestes casos, os pareceres são obrigatórios⁶² e a CIJ atua excepcionalmente como órgão de 2ª instância. A defesa dos funcionários é encaminhada por escrito à CIJ, juntamente com o pedido de parecer.

Em 1989 o Secretário-geral solicitou um parecer sobre questão formulada no CES com fundamento na convenção sobre privilégios e imunidades das NU, que estabelece serem os pareceres da CIJ obrigatórios. Entretanto, a Romênia tinha apresentado reserva a este dispositivo e, em consequência, não foi pedido um parecer obrigatório. Salienta Roberto Ago que está aberto o caminho de um parecer obrigatório poder ser formulado com o fundamento em uma cláusula compromissória.

É interessante observar que a CIJ tem afirmado que ela pode se recusar a dar um parecer se considerar que não é conveniente proferi-lo. Entretanto, até os dias de hoje ela nunca se recusou.

Até o fim de 1994 a CIJ só tinha dado vinte pareceres, sendo que treze solicitados pela AG e um pelo CS, e os demais por outras instituições internacionais.

H) Ajuizamento unilateral de um litígio e a revelia

Na CIJ é possível a um Estado ajuizar uma demanda contra um Estado que não esteja obrigado a submeter compulsoriamente os litígios a ela. A Corte só será competente se o demandado aceitar comparecer perante ela. Esta hipótese ocorreu no caso do Canal de Corfu, em que a Inglaterra demandou a Albânia e esta aceitou comparecer perante a Corte. É a aplicação do princípio do "forum prorogatum", em que um juiz só é competente porque houve consentimento dos litigantes. É de se assinalar que a Corte também só será competente para julgar aquele litígio, não sendo competente para os futuros.

O Estatuto, no seu art. 53, prevê a revelia nos casos de obrigatoriedade da sua jurisdição, em que, "se uma das partes deixar de comparecer perante a Corte ou de apresentar a sua defesa, a outra parte poderá solicitar à Corte que decida a favor de sua pretensão". A Corte deverá, entretanto, verificar se o assunto é da sua competência e se a pretensão tem fundamento.

I) A sentença

Para a elaboração da sentença não é designado um juiz relator. Declara Petren que talvez haja receio de que ele deixe transparecer os seus sentimentos. Cada juiz prepara o seu projeto de julgamento. Há discussões informais entre os juizes. É então eleita uma Comissão de redação com dois juizes eleitos cujas notas refletem melhor a opinião da Corte. O terceiro membro desta Comissão é o Presidente da CIJ, e se ele estiver impedido, é designado o Vice-presidente. É um sistema semelhante ao adotado na Corte Suprema dos EUA.

Deve-se observar inicialmente que a Corte não pode dar um "nonliquet". Para se evitar que isto pudesse acontecer, foram incluídos "os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas" (art. 38, I, letra c) como sendo aplicáveis pela Corte para a solução dos litígios internacionais. Ricci Busatti, entretanto, assinalava, no Comitê de Juristas, que a ausência de normas internacionais sobre o assunto significaria que a "situação" era lícita: o que não é proibido é permitido.

Antes de proferir a sua sentença, a Corte poderá indicar "medidas provisórias" para acautelarem os direitos das partes. Estas medidas não são obrigatórias,⁶⁵ uma vez que elas são adotadas antes de a Corte decidir da sua competência.

A sentença é definitiva e inapelável. Só são admitidos os recursos de interpretação e revisão. Este último só existirá se houver descoberta de fato novo e antes de transcorridos dez anos.

Os juizes minoritários têm o direito de enunciar os seus votos dissidentes em separado. Tem sido observado que as opiniões dissidentes dos

juizes socialistas fazem maior defesa da soberania dos Estados do que a jurisprudência da Corte (H. Isaia).

Pelo art. 49 da Carta da ONU os Estados-membros se comprometem a cumprir as sentenças da Corte. Entretanto, se uma das partes se recusar a cumprir a sentença, a outra poderá solicitar ao Conselho de Segurança a sua execução. Este órgão decidirá ou recomendará as medidas necessárias para a sua execução. Até os dias de hoje não houve nenhum caso de execução forçada.⁶⁴ Ernest Kerley assinala que o Conselho de Segurança só pode agir se houver ameaça à paz, porque o art. 94, alínea 2ª, está submetido aos Capítulos VI e VII da Carta.

J) Litígios a serem resolvidos pela Corte

Existe uma grande discussão para se saber quais os litígios a serem resolvidos pela Corte, isto é, se ela aprecia apenas os litígios jurídicos ou também os políticos. Na verdade, nem sempre é fácil de se fazer uma distinção entre tais litígios, uma vez que toda questão política é apresentada quase sempre com fundamento jurídico.

A nosso ver, ela é competente para julgar qualquer litígio. O art. 36, alínea 1ª, declara expressamente que a sua competência "abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos...". E mais, apenas para argumentar, suponhamos a existência de um litígio exclusivamente político: a Corte ainda poderia julgar com base na equidade (art. 38, alínea 2ª) se as partes lhe dessem competência para isto.⁶⁵

L) Atividades extrajudiciárias

A Corte tem atividades extrajudiciárias que são normalmente as seguintes:

- 1) Atividades administrativas — ela elabora as regras do seu funcionamento, etc.
- 2) Designação de árbitros, superárbitros, membros de comissão — é comum que os Estados estipulem em tratado que tais pessoas sejam indicadas pela Corte, por seu presidente ou vice-presidente. Ocorrem ainda casos de os Estados solicitarem tais nomeações unilateralmente, isto é, sem qualquer estipulação convencional prévia.

Para encerrar vou reproduzir uma estatística fornecida por Pazartzis:
a) a CPJI de 1922 a 1939 teve 61 casos, sendo 28 pareceres e 31 contenciosos;
b) a CIJ entre 1946-1989 teve 76 casos, sendo 19 pareceres e 57 contenciosos.

NOTAS

1. Pierre-F. Brugière — Les Pouvoirs de l'Assemblée Générale des Nations Unies en Matière Politique et de Sécurité, 1955; idem — La Règle de l'Unanimité des Membres Permanents du Conseil de Sécurité — "Droit de Veto", 1952; Georges Day — Le Droit de Veto dans l'Organisation des Nations Unies, 1952; Louis B. Sohn — Cases on United Nations Law, 1956; Leland M. Goodrich e Edward Hambro — Charter of the United Nations Commentary and Documents, 1949; Hans Kelsen — The Law of the United Nations, 1950; idem — Recent Trends in the Law of the United Nations, 1951 (suplemento do anterior); Louis B. Sohn — Basic Documents of the United Nations, 1956; Angel Modesto Paredes — La Carta de las Naciones Unidas, 1946; Leland M. Goodrich — The United Nations, 1960; Amry Vandenbosch e Willard H. Hogan — The United Nations, 1952; The United Nations Conference on International Organization — Selected Documents, 1946; Marius Vaucher — Le problème de la justiciabilité et de la non justiciabilité en droit international des différents dits "politiques" ou "non-juridiques", et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale, 1951; Christian Chassériau — Le Veto en Droit International. s.d.; H. Field Haviland Jr. — Le Rôle Politique de l'Assemblée Générale des Nations Unies, 1952; Robert E. Riggs — Politic in the United Nations, 1958; Marc Frankenstein — L'Organisation des Nations Unies, 1952; Greenville Clark e Louis B. Sohn — World Peace Through World Law, 1958; Georges Kaackenbeeck — La Charte de San-Francisco dans ses rapports avec le Droit International, in RdC, 1947, vol. I, t. 70, págs. 113 e segs.; Lawrence Preuss — Article 2, paragraph 7 of the Charter of the United Nations and matters of domestic jurisdiction, in RdC, 1959, v. 1, t. 74, págs. 553 e segs.; Nathan Feinberg — L'admission des nouveaux membres à la SDN et à ONU, in RdC, t. 80, 1952, vol. I, págs. 293 e segs.; Alfred von Verdross — Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies, in RdC, 1953, vol. II, t. 85, pag. 1, 1951; Norman Bentwich e Andrew Martin — A Commentary on the Charter of the United Nations, 1950; Hossein Fakher — The Relationship among the Principal Organs of the United Nations, 1951; Pierre Poirier — La Force Internationale d'Urgente, 1962; D. W. Bowett — United Nations Forces, 1964; Eduardo Jiménez de Aréchaga — Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, 1958 (este capítulo se encontra fundamentalmente baseado nesta magnífica obra); Sydney D. Bailey — The General Assembly of The United Nations, 1960; Charles Chaumont — L'ONU, 1974; Lazare Kopelmanas — L'Organisation des Nations Unies, vol. I, 1947; Émile Giraud — La Révision de la Charte des Nations Unies, in RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 307 e segs.; F. A. Vallat — The Competence of the United Nations General Assembly, in RdC, 1959, vol. II, t. 97, págs. 203 e segs.; Charles Chaumont — Nations Unies et Neutralité, in RdC, 1956, vol. I, t. 99, págs. 1 e segs.; Evan Luard — United Nations Peace Forces, in The Evolution of International Organization, editado por Evan Luard, 1967, págs. 138 e segs.; Claudio Zanghi — La Funzione di Controllo negli Enti Internazionali 1966; Shabtai Rosenne — United Nations Treaty Practice, in RdC, 1954, vol. II, t. 86, págs. 28 e segs.; Maurice Waters — The United Nations, 1967; Linda B. Miller — World Order and Local Disorder, 1967; Finn Seyersted — United Nations Forces, 1966; John G. Stoessinger

— The United Nations and the Superpowers, 1966: The United Nations Political System, editado por David A. Kay, 1967; H. G. Nicholas — The United Nations, 1967; Hernane Favares de Sá — Nos Bastidores da ONU, 1967; Benedetto Conforti — La Funzione dell'Accordo nel Sistema delle Nazioni Unite, 1968; Walter L. Williams, Jr. — Intergovernmental military forces and world public order, 1971; Richard A. Falk — The Authority of the United Nations to Control Nonmembers, in The Status of Law in International Society, 1970, págs. 185 e segs.; Josef L. Kunz — Austria's Permanent Neutrality, in The Changing Law of Nations, 1968, págs. 320 e segs.; Revista Brasileira de Política Internacional, n.ºs 49/50, junho de 1970 — número dedicado à ONU; Michel Virally — Organisation des Nations Unies, in Dalloz — Encyclopédie Juridique. Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 544 e segs.; Michel Virally — L'Organisation Mondiale, 1972 (a melhor e mais atualizada obra sobre a ONU); Philippe Manin — L'Organisation des Nations Unies et le Maintien de la Paix, 1971; R. Higgins — United Nations Peace Keeping, Asia, vol. 2, 1970; Jacques Ballaloud — L'Observation Militaire dans le Système des Nations Unies, in RGDIP, Avril-Juin, 1974, n.º 2, págs. 399 e segs.; The United Nations in International Politics, editado por Leon Gordenker, 1971; Mahdi Elmandjra — The United Nations System: An Analysis, 1973; Olivier Pirotte — La Fonction de Secrétaire Général de l'ONU à travers l'expérience de M. Kurt Waldheim, in RGDIP, Janvier-Mars, 1974, n.º 1, págs. 121 e segs.; Jean Combacau — Le Pouvoir de Sanction de l'ONU, 1974; S. M. Schwebel — Agression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law, in RdC, 1972, vol. II, t. 136, págs. 411 e segs.; Sydney B. Bailey — The Procedure of the UN Security Council, 1975; B. Conforti — Le rôle de l'accord dans le système des Nations Unies, in RdC, 1974, vol. II, t. 142, págs. 203 e segs.; J. A. de Araújo Castro — Fundamentos da Paz Internacional: Balança de Poder ou Segurança Coletiva, in Documentação e Atualidade Política, n.º 2, janeiro-março 1977, págs. 5 e segs.; Julius Stone — Conflict Through Consensus, 1977; Jean-Marc Lavieille — La procédure de suspension des droits d'un État membre des Nations Unies, in RGDIP, 1977/2, t. 81, págs. 431 e segs.; Philippe Dewast — Quelques aspects du statut des "Casques bleus", in RGDIP, t. 81, 1977/4, págs. 1007 e segs.; Patrick Rambaud — La définition de l'agression par l'ONU, in RGDIP, Juillet-Septembre, 1976, n.º 3, págs. 835 e segs.; Julius Stone — Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, in AJIL, April 1977, vol. 71, n.º 2, págs. 224 e segs.; Guy Feuer — Nations Unies et démocratie, in Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le Pouvoir, 1977, págs. 1073 e segs.; Jean-Claude Martinez — Le financement des opérations de maintien de la paix de l'ONU, in RGDIP, t. 81, 1977/1, págs. 102 e segs.; M. Barbier — L'ONU et le Tiers Monde, in Annuaire du Tiers Monde 1974-1975, 1976, págs. 429 e segs.; Juraj Andrassy — Quelques réflexions sur le problème des opérations de maintien de la paix, in Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 773 e segs.; Leo Gross — Voting in the Security Council and the PLO, in AJIL, July 1976, vol. 70, n.º 3, págs. 470 e segs.; P. Gerbert, V. Y. Ghebali e M. R. Mouton — Les Palais de la Paix, Société des Nations et Organisation des Nations Unies, 1973; Dan Ciobanu — Impact of the Characteristics of the Charter upon its Interpretation, in Current Problems of International Law, editado por Antonio Cassese, 1975, págs. 3 e segs.; Philippe Cahier — La Charte des Nations Unies et

les États Tiers. *in* Current Problems of International Law, editado por Antonio Cassese. 1975. págs. 81 e segs.; Mohammed Bedjaoui — L'inspection internationale dans le cadre des opérations des Nations Unies pour le maintien de la paix. *in* L'inspection Internationale, coordenado por Georges Fischer e Daniel Vignes, 1976. págs. 25 e segs.; P. Morse — Practice, Norms and Reform of International Humanitarian Rescue Operations. *in* RdC. 1977, vol. IV, t. 157. págs. 121 e segs.; Melvin Fagen e Jean Stotis — Les Commissions Économiques Regionales des Nations. *in* Société Française pour le Droit International — Regionalisme et Universalisme dans le droit international Contemporain, Colloque de Bordeaux, 1977. págs. 167 e segs.; Benedetto Conforti — Le Nazioni Unite, 1979; The Arab-Israeli, organizado por John Norton Moore, 1977, especialmente págs. 535 e segs.; Evan Luard — A History of the United Nations, vol. 1, 1982; Thomas M. Frank — Nation against Nation, 1985; Klaus A. Sahlgren — Le Role de la Commission Economique pour l'Europe (CEE) dans l'élaboration du Droit International Économique, *in* Société Française pour le Droit International — Les Nations Unies et le Droit International Economique, Colloque de Nice, 1986, págs. 185 e segs.; Pierre de Senarclens — La crise des Nations Unies, 1988; Edward McWinney — Les Nations Unies et la Formation du Droit, 1986; Romana Sadurska — Threats of Force, *in* AJIL, vol. 82, april, 1988, n° 2, págs. 239 e segs.; Jean Pierre Cot e Alain Pellet — Le Charte des Nations Unies, 1985; Vera Gowlland-Debbas — Legal Significance of the Legitimizing Function of the United Nations; The Cases of Souther Rhodesia and Palestina, *in* Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 323 e segs.; Adam Roberts — Humanitarian War: military intervention and humanrights, *in* Foreign Affairs, vol. 69, n° 3, July, 1993, págs. 429 e segs.; Rosalyn Higgins — The new United Nations and former Yugoslavia, *in* Foreign Affairs, vol. 69, n° 3, July 1993, págs. 465 e segs.; Marrack Goudding — The evolution of United Nations peace keeping, *in* Foreign Affairs, vol. 69, n° 3, July 1993, págs. 451 e segs.; Maurice Bertrand — A ONU, 1995; Olivier Russbach — ONU contre ONU. Le droit international confisqué, 1994; L'ONU et la guerre. La diplomatie en Kaiki, sob a direção de Marie-Claude Smouts. 1994; United Nations Legal Order, coordenado por Oscar Schachter e Christopher C. Joyner, 2 vols, 1995; Pierre-Édouard Deldique — Le mythe des Nations Unies. L'ONU après la guerre froide, 1994; Aleth Manin — L'ONU. Le système institutionnel. Documents d'études, 1996; Sergio de Sanctis — Guerra del Golfo, 1992; Alain Pellet — Les Nations Unies. Textes Fondamentaux, 1995; Pierre Seigneu — L'ONU, 1995; Sélim el Sayegh — La Crise du Golfe, 1993; Guerre du Golfe 1990-1992, documentos apresentados por Brigitte Stern e reunidos por Habib Gherari Olivier Delorme. 1993; Arnaud de Raulin — L'action des observateurs dans le cadre de L'ONU et de la Société internationale, *in* RGDIP, 1995, t. 99, n° 3, págs. 567 e segs.; Thomas G. Weiss. David P. Forsythe e Roger A. Coate — The United Nations and Changing World Politics, 1994; The United Nations and the Iraque-Kuwait Conflict 1990-1996, introdução de Boutros Boutros-Ghali, 1996; Mohammed Bedjaoui — Nuevo orden mundial y controle de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, 1995; Le Statut des États issus de l'Ex-Yugoslavic à L'ONU, documentos coligidos por Brigitte Stern, 1996; Société Française pour le Droit International — Colloque de Rennes, le chapitre VII de la charte des Nations Unies, 1995; André Lewin — L'ONU. Pour quoi faire?, 1995; Charles Zorgbibe — La France. l'ONU et le maintien de la paix, 1996; Operations des Nations Unies. Leçons de terrain, sob a coordenação de Jean Cott, 1995; Ivan

Cannabrava — O Brasil e as operações de manutenção da paz, *in* Política Externa, dezembro-janeiro-fevereiro 1996-1997, vol. 5, n° 3, págs. 93 e segs. Paul Tavernier — Les Casques Bleus. 1996; The "Yugoslav" Crisis in International Law, Part I. General Issues, 1997; Roger H. Paliu — Multinational Forces: Problems and Projects, 1995; David J. Whittaker — United Nations in the Contemporary World, 1987; Peacekeeping na Peacemaking, coordenado por Tom Woodhouse, Robert Bruce e Malcolm Dendo, 1998; Margaret P. Doxey — International Sanctions in Contemporary Perspective, 1996; Maria Del Carmem Márquez Carrasco — Problemas Actuales sobre la Prohibición del Recurso a la Fuerza ens Derecho Internacional, 1998; Mariano J. Azuar Gomez — El Control de Legalidad de la Acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el Ámbito del Capítulo VII de la Carta, "in" Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. VIII, 1998, págs. 31 e segs.; Pablo Antonio Ferañdez Sánchez — Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz, 2. vols., 1998.

1A. É de se recordar que havia um movimento intelectual na Inglaterra e nos EUA para a criação de uma organização internacional. Nos EUA havia uma comissão desde 1939 presidida por James T. Shotwell. Na Inglaterra havia a "League of Nations Union", que se reuniu em Londres em um congresso em 1944.

2. Dumbarton Oaks é uma residência que tem este nome, perto de Washington. Esta Conferência desenrolou em duas fases as suas negociações: primeira, entre EUA, URSS e Grã-Bretanha, de 21 de agosto a 28 de setembro; a segunda, entre EUA, China e Grã-Bretanha, de 29 de setembro a 7 de outubro. Este procedimento foi adotado para proteger a neutralidade da URSS na guerra contra o Japão.

3. A França não participou nem de Dumbarton Oaks nem de Ialta.

3A. A expressão "Nações Unidas" foi criada por Roosevelt em dezembro de 1941, e foi ainda ele quem propôs a mesma designação para a organização a ser criada.

4. Inicialmente foram 46 Estados; posteriormente este número foi elevado a 50 com os convites feitos à Argentina, Bielo-Rússia, Ucrânia e Dinamarca, para que enviassem representantes.

5. Em fevereiro do mesmo ano ela decidiu instalar provisoriamente a Assembléia Geral em Flushing Meadow e o Secretariado e o Conselho de Segurança em Lake Success, ambos os locais em Nova Iorque. A título de curiosidade, o hino da ONU foi composto por Pablo Casals e tocado pela primeira vez em 1971.

6. Sobre este órgão, v. Capítulo XXIII.

7. V. final do presente capítulo.

8. V. Capítulo XXVI.

9. Inicialmente eram doze membros, cinco permanentes e seis não permanentes. A atual composição dada no texto é resultante de uma emenda aprovada na Assembléia Geral em 1963 e que entrou em vigor em 31 de agosto de 1965.

9A. Roosevelt colocava a China como um dos grandes para facilitar uma solução no seu plano interno, bem como servir de barreira ao Japão e à URSS. Paulo Schillin (El Expansionismo Brasileño, 1978) afirma que Roosevelt chegou a propor que o Brasil fosse o sexto membro permanente do Conselho de Segurança, mas que encontrou oposição da URSS e da Inglaterra. O Brasil não mantinha relações diplomáticas com a URSS. O mesmo comentário se encontra em Stanley Hilton — O Ditador e o Embaixador, 1987. Gerson Moura (Sucessos e Ilusões,

Relações Internacionais do Brasil durante e após a Segunda Guerra Mundial, 1992) afirma que, em 1949, o Brasil reivindicou um lugar permanente no CS.

10. Quando a composição do Conselho tinha apenas seis membros não permanentes, na primeira eleição que foi feita, três foram eleitos por um ano e três por dois anos. Tal procedimento foi adotado para que no futuro a renovação dos não permanentes não fosse feita de uma só vez. A emenda de 1963, citada acima, que passou os não permanentes para dez, visando atender ao acréscimo dos membros da ONU e as reivindicações do "neutalismo", mandou que dos quatro novos membros dois fossem eleitos por um ano e dois por dois anos.

11. Os projetos norte-americano e russo, apresentados em Dumbarton Oaks, continham o princípio da unanimidade dos Grandes. Todavia, a Conferência de Dumbarton Oaks silenciou a este respeito, e o assunto foi resolvido em alta (Pierre-F. Brugière). Roosevelt pensava em se resguardar perante o Senado americano: que aprovaria a Carta, e o reivindicou em alta. Uma estatística de 1980 dava como tendo sido o veto utilizado 114 vezes pela URSS, 22 pelos EUA, 15 pela Grã-Bretanha, 11 pela França e quatro pela China.

12. O Capítulo VI trata da "solução pacífica das controvérsias" e o § 3º do art. 53 versa sobre decisões de litígios pelas organizações regionais. É este um dos grandes erros da Carta, que não impõe uma abstenção forçada também nas decisões do Capítulo VII. O Conselho nunca solicitou a algum Estado para se abster.

13. O primeiro caso em que não se assimilou a abstenção com o veto foi em 1946, quando o Conselho de Segurança decidiu a respeito de uma investigação na Grécia, cujo governo lutava contra guerrilheiros. Certos parágrafos da proposta aprovada tiveram abstenções da URSS e da Grã-Bretanha (Georges Day).

14. O primeiro caso de ausência foi quando a URSS se retirou da sala do Conselho de Segurança ao apreciar este a manutenção de tropas soviéticas no Irã. Todavia, neste caso as decisões eram tomadas como matéria processual. Foi em 1950 que a URSS se retirou do Conselho por um período de seis meses, porque este recusara a expulsão da China Nacionalista, surgindo então a não assimilação da ausência ao veto. Em março foi decidida a desmilitarização da Caxemira e em junho a adoção do projeto mandando cessar as hostilidades na Coreia e recomendando que os membros da ONU prestassem auxílio às tropas da Coreia do Sul, etc.

15. Chegou-se a propor a emenda da Carta para suprimir o veto. A Pequena Assembléia, que veremos adiante, tinha por finalidade fiscalizar o veto dos Grandes. A prática abusiva do veto fez com que a Assembléia Geral passasse a exercer funções que competiam ao Conselho de Segurança.

15A. O consenso ocorre para fortalecer as resoluções tomadas na ONU, vez que elas são tomadas por esta modalidade sem voto em contrário. O Estado "em lugar de votar contra apenas manifesta as suas reservas". O consenso surgiu em 1962, nos órgãos subsidiários (comitê dos fundos marinhos, etc.), sendo que antes disto foi usado na Assembléia Geral em 1961, para a readmissão da Síria, que saíra da RAU. A própria interpretação do consenso tem variado conforme os autores, sendo que para Madame Bastid ele significa "complot", enquanto D'Amato considera que ele significa harmonia.

16. Sobre funções e atribuições, v. Ch. Rousseau.

17. Trieste seria internacionalizado e teria um governador nomeado pelo Conselho de Segurança. Todavia, os Grandes não chegaram a um acordo sobre o governador e o território foi entregue à Itália.

18. Os Estados criaram a prática de designar delegados suplentes ou, ainda, conselheiros (assessores), cujo número é ilimitado.

19. Em 1947 foi resolvido criar uma comissão interina, denominada de Pequena Assembléia, formada por um representante de cada Estado, que se reunia nos intervalos das sessões anuais da Assembléia Geral. Esta comissão deveria estudar os assuntos referentes à paz e à segurança internacionais. Ela foi criada por um ano e em 1948 foi prorrogada por mais um, e finalmente em 1949 foi mantida em funcionamento por prazo indefinido. A sua verdadeira finalidade seria a de servir como um grupo de pressão aos Grandes no Conselho de Segurança para que diminuíssem o veto. Todavia, ela não obteve maiores resultados na prática e tem caído em desuso.

19A. A sessão da Assembléia Geral é aberta tradicionalmente pelo discurso do Brasil. Parece que a origem disto está no fato de que nas três primeiras Assembléias Gerais nenhum dos Grandes desejava fazer o discurso de abertura e o Brasil se ofereceu. Formou-se assim esta tradição. Pode-se acrescentar que o Brasil é o país que teve o maior número de vezes assento no Conselho de Segurança entre os membros não permanentes da ONU (1946-47, 1951-52, 1954-55, 1963-64 e 1967-68). Entre todos os membros da ONU, o Brasil, em 1976, ocupava o sexto lugar em participação em operações de manutenção de paz. Ele participou em cinco missões. A Suécia, que ocupa o primeiro lugar, participou de dez missões (Lawrence S. Finkelstein — *apud* Wayne A. Selcher — *Brazil's Multilateral Relations between First and Third Worlds*, 1978). Entre as ações de que o Brasil participou, estão a do Congo, Suez, Chipre, etc.

19B. A eleição para Presidente apresenta importância política, vez que cabe a ele o trabalho diplomático de conciliação nos corredores, é quem decide as questões processuais e dirige os trabalhos (Virally).

20. Em Dumbarton Oaks resolveu-se que a Assembléia Geral não trataria das questões políticas, que ficariam no âmbito do Conselho de Segurança. A Assembléia trataria de questões econômicas, sociais e dos modos de solução pacífica dos litígios internacionais. Entretanto, na Conferência de São Francisco os Pequenos Estados, Austrália, Bélgica, etc., reivindicaram maiores poderes para ela, o que fez surgir o art. 10 da Carta.

21. A Assembléia Geral não poderá fazer recomendações sobre um assunto que esteja sendo discutido perante o Conselho de Segurança, a não ser que este solicite a recomendação (art. 12).

22. Para desempenhar esta função, a Assembléia Geral criou a Comissão de DI.

23. Inicialmente, ele tinha 18 membros e na primeira eleição foram seis eleitos por três anos, seis por dois anos e seis por um ano. Deste modo, anualmente, é renovado 1/3 dos seus membros, sendo que, destes, três foram eleitos por um ano, três por dois anos e três por um ano na primeira eleição.

24. Sobre estas organizações, v. Capítulo XXVI.

25. Em 1961, a URSS apresentou proposta no sentido de que a figura do Secretário-geral fosse substituída por uma "troika", isto é, três secretários, que seriam representantes dos diferentes blocos (o americano, o soviético e o neutalista). Posteriormente, após a morte de Dag Hammarskjöld, ela propôs um Secretário-geral com três adjuntos que, sem o poder de veto, dariam a sua opinião sobre os assuntos de maior importância.

26. Em 1º de novembro de 1960, a Assembléa Geral resolveu mantê-lo no cargo por três anos, uma vez que o Conselho de Segurança não chegara a um acordo sobre o novo secretário. Este procedimento não estava de acordo com a Carta; entretanto, ele estava consoante com um dos princípios do direito público: o da continuidade dos serviços públicos, mesmo com o sacrifício dos textos legais (v. Rousseau). Lie, entretanto, renunciou em 10-11-1952, antes do término dos três anos.

27. Foi o único até agora a cumprir dois mandatos inteiros.

28. U Thant indicou oito subsecretários, que eram os seus principais conselheiros.

29. O Secretário-geral tem atualmente tomado iniciativas diplomáticas no sentido de em seu nome próprio fazer esforços para a paz internacional.

29A. O preâmbulo teve um projeto inicial elaborado pelo General Smuts da União Sul-Africana, que foi posteriormente muito modificado. Parece que o início do preâmbulo foi inspirado no que existe na Constituição dos EUA (Bin Cheng).

30. O art. 5º do Tratado de Versalhes, por inspiração de Wilson, era precedido de um preâmbulo que declarava: "A fim de fazer possível a preparação de uma limitação geral de armamentos de todas as nações, a Alemanha se compromete a observar estritamente as cláusulas militares que se seguem." Os aliados consideraram que a Alemanha estava obrigada a cumprir as "cláusulas militares", mesmo que não houvesse a "limitação geral de armamentos". A Alemanha, ao contrário, condicionava a execução das "cláusulas militares", à "limitação geral de armamentos". Os aliados defendiam que o preâmbulo não originava obrigações, enquanto a Alemanha defendia a tese contrária.

31. O Secretário-geral, autorizado pela Assembléa, apresentou a Israel uma reclamação e este deu o seu pesar, e foi fixada uma indenização.

32. É de se assinalar que o art. 2º, da alínea 2ª, estabelece que os membros da ONU "deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta". Deste modo, com base neste dispositivo, poderia alegar-se que os não membros se encontram sujeitos ainda a outros deveres não estabelecidos expressamente no art. 2º. Todavia, a Assembléa Geral não aceitou esta interpretação ao recomendar medidas contra a Bulgária, Romênia e Hungria, por violarem os direitos do homem. A recomendação, apesar de estes países não serem membros da ONU, não se fundamentou no art. 2º, alínea 6ª.

33. Neste sentido foram votadas sanções contra a China Comunista pela Assembléa Geral, por ela ter auxiliado a Coréia do Norte.

34. A Suíça entrou para a SDN, tendo sido isentada pelo seu Conselho de participar das sanções militares (1920). Era denominada "neutralidade diferencial". Em 1938 foi isentada de participar de qualquer sanção, inclusive das econômicas e financeiras.

35. Alguns autores (Ross) declaram que as recomendações genéricas da Assembléa Geral e do CES são válidas, enquanto as específicas não o seriam. Esta distinção entre recomendações genéricas e específicas não tem qualquer fundamento na Carta (Aréchaga). Entretanto parece que esta distinção encontrou acolhida na prática (v. Quincy Wright).

36. Sobre os diversos critérios da jurisdição doméstica, v. Capítulo XIX.

37. Neste domínio não deveria existir o veto, uma vez que existe interesse de que a ONU seja a mais universal possível.

38. A URSS, por exemplo, vetava os Estados que não mantinham relações diplomáticas com ela, uma vez que tais Estados se recusavam a desenvolver as relações entre as nações que eram indispensáveis à paz. O Chile votava contra os Estados que não tinham governo democrático.

39. Este parecer foi criticado, uma vez que ele estabelece um controle dos vetos fundamentados, isto é, a verificação de que ele se prende a considerações sobre as condições do art. 4º. Entretanto, o veto no Conselho de Segurança não precisa ser fundamentado. Este parecer foi, ainda, uma condenação da tese russa, que pretendia a admissão em bloco das potências derrotadas na 2ª Guerra Mundial, a fim de introduzir na ONU as democracias populares.

40. O Japão só renunciou aos seus direitos à ilha de Formosa pelo Tratado de Paz (1951), isto é, após a expulsão dos "nacionalistas" do continente. Em 1952 o Japão assinou um tratado com a China Nacionalista e reconheceu os direitos desta em Formosa. Entretanto, pode-se argumentar que de certo modo existem duas Chinas, uma vez que existem duas coletividades teoricamente soberanas. Na prática do reconhecimento dos Estados isto não tem ocorrido, uma vez que a URSS, Grã-Bretanha e França reconheceram apenas a China Comunista como sendo a "verdadeira" China. Por outro lado, cada uma das Chinas se considera a única. Em 1978 os EUA estabeleceram relações diplomáticas com a China Comunista, rompendo as que mantinha com Formosa.

41. Poder-se-ia argumentar que, se dois governos procuram representar um Estado, a representação deve ser dada ao governo mais efetivo. Neste caso, seria a China Comunista.

42. Sobre o assunto, ver Gaetano Arangio-Ruiz — *La Question Chinoise, in Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tommaso Perassi*, vol. I, pág. 65 e segs.; Robert P. Newman — *Recognition of Communist China?*, 1961.

43. Um dispositivo semelhante existia na SDN, mas que só foi aplicado em relação à URSS ao invadir a Finlândia. Entretanto, a decisão não fora unânime, como exigia o Pacto, que apenas excluía o voto do que ia ser expulso.

44. Esta é a opinião de Kelsen, que considera ter havido um erro na redação do art. 4º, cujo texto em inglês declara que "a outros Estados...". A palavra "outros" teria sido incluída por erro de redação. Entretanto, a palavra "outros" estaria certa, vez que não existe o direito de retirada. Assim, apenas aqueles Estados que não foram seus membros é que poderiam ser admitidos.

45. Dezesete Estados retiraram-se da SDN.

46. Este Estado já voltou à ONU sem precisar apresentar uma nova candidatura para o ingresso. Na verdade a retirada da Indonésia não foi considerada como ela tendo perdido a sua qualidade de membro, mas apenas que ela havia "cessado a sua cooperação" com a ONU. Tendo em vista este tipo de solução, a Indonésia deveria pagar as contribuições financeiras atrasadas, mas ela não teria se beneficiado da ONU; acertou-se, em consequência, que ela só deveria pagar 10% dos atrasados. Ela voltou a cooperar com a ONU em 1966. No caso da Síria (quando se retirou da RAU), e no da Indonésia, o presidente da Assembléa Geral apenas perguntou se havia objeções para que eles reocupassem os seus lugares. Houve unanimidade no consenso.

47. V. Jaroslav Zourek — *La Définition de l'Aggression et le Droit International — Développements récents de la Question*, in RdC, 1957, volume II, t. 92, págs. 755 e segs.; Bengt Broms — *The Definition of Aggression*, in RdC, 1977, vol. I, t.

154, págs. 299 e segs.; Ian Brownlie — *International Law and the use of force by States*, 1981, págs. 351 e segs.

48. Na Conferência de São Francisco os Pequenos Estados encontraram a oposição dos Grandes para definição de agressão.

49. Cabe apenas assinalar que para haver agressão não é necessário um ataque armado direto. A Convenção sobre definição do agressor de 1933 (entre URSS, Afeganistão, Romênia, Polônia, Turquia, Letônia e Estônia, posteriormente estendida a outros Estados) já declarava que existia agressão nos seguintes casos: *a)* declaração de guerra; *b)* bloqueio naval; *c)* ataque a território, navio ou avião de Estado estrangeiro; *d)* invasão de Estados estrangeiros. A última versão do projeto do Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade (1954), preparado pela Comissão de DI, considerou como ofensas relativas à agressão as seguintes: *a)* atos de agressão, incluindo a utilização da força armada quando não é empregada em legítima defesa; *b)* quando há ameaça das autoridades de um Estado de iniciarem agressão contra outro Estado; *c)* preparo de forças armadas para serem utilizadas contra outro Estado (exclui-se ainda o caso de legítima defesa); *d)* a organização ou a tolerância de bandos armados para agir contra outro Estado; *e)* fomentar guerra civil em outro Estado; *f)* fomentar atividades terroristas em outro Estado; *g)* violar tratados de desarmamento, etc.; *h)* anexar territórios pertencentes a outro Estado ou território internacionalizado por meios que constituam violação do DI; *i)* intervenção política ou econômica nos assuntos internos ou externos de outro Estado pela obtenção de vantagem (von Glahn).

50. A expressão “ameaça à paz” foi criada em Dumbarton Oaks e representa um avanço em relação ao Pacto da SDN, uma vez que esta só agia quando houvesse a ruptura de paz. Enfim, a ONU passou a ter uma função preventiva.

50A. Na verdade, o problema de a ONU aplicar sanções é imenso devido ao aspecto político de que elas se revestem. O BIRD, apesar de organização especializada da ONU, tem-se recusado a aplicar sanções determinadas por ela.

50B. No Brasil, em 1967, o Decreto nº 60.172, de 1º de fevereiro, dispõe sobre a execução no território nacional da Resolução nº 232 (1966) do Conselho de Segurança sobre a aplicação de sanções coletivas contra a Rodésia. Esta era considerada uma ameaça à paz mundial, e a resolução se fundamentou nos arts. 39 e 41 da Carta da ONU. É estabelecido um bloqueio comercial.

50C. Esta resolução tem sido criticada por alterar a Carta da ONU, ao permitir que a Assembléia Geral passe a qualificar os atos de ameaça à paz, bem como a “ação de polícia” pode ser dirigida contra um dos Grandes, vez que neste órgão não há veto.

51. Na questão do Congo (1960), o Conselho de Segurança autorizou o Secretário-geral a tomar medidas necessárias à assistência militar. O Secretário-geral procedeu como “agente” do Conselho de Segurança, com fundamento no art. 98 da Carta. Também por meio de uma recomendação do Conselho de Segurança houve uma “força de paz” para o Chipre (1964), e o Secretário-geral foi autorizado a fixar os efetivos da força em consulta com os Estados interessados. Dag Hammarskjöld aplicou neste caso, e em outras operações de paz (1956-1962), a teoria dos poderes de crise ou de necessidade aplicada por Lincoln. “O Secretário-geral chegou a conceber suas responsabilidades independentemente dos mandatos que lhe confiavam os órgãos da ONU.” Em consequência, houve uma personalização das funções do Secretário-geral (Guillaume Pambou Tchivounda). Sobre estas

forças, inúmeros problemas surgiram, como o de saber quem iria pagar as suas despesas. Quando da ação no Congo, uma consulta foi dirigida à CIJ, que em parecer respondeu serem estas despesas da organização e, portanto, seriam distribuídas por todos. Entretanto, diversos Estados (URSS, França, etc.) não aceitaram este parecer. Quando a URSS não quis pagar as despesas feitas no Congo e no Oriente Médio, os EUA ameaçaram usar o artigo 19 (não votar na Assembléia Geral), e ela declarou que se retiraria da ONU. Os EUA desistiram da aplicação do artigo 19, e a URSS fez uma contribuição voluntária à ONU, que por sua vez foi descontada de sua dívida. Para evitar tais problemas, a força que agiu em Chipre foi custeada pelos interessados e com donativos de outros membros da ONU. A URSS sustenta que oficialmente deve ser do Estado agressor e que ela participa das despesas quando a força for criada pelo Conselho de Segurança. Entretanto, a tese consagrada mais recentemente é a da responsabilidade coletiva para o financiamento. As datas mencionadas para as “forças da paz” são a do seu início de operação, sendo de se lembrar que elas se prolongaram por vários anos.

51A. As questões de observação militar são decididas pelo Conselho de Segurança e a composição da missão é feita pelo Secretário-geral. As missões têm privilégios e imunidades diplomáticas, e liberdade de movimento (Jacques Balloud).

51B. Salienta Seyersted que a primeira força realmente internacional foi criada pela SDN, em 1934, para “manter a ordem durante o plebiscito no Sarre”. Evan Luard lembra que em 1934 a SDN enviou uma pequena força de paz para Letícia, que era disputada pelo Peru e Colômbia. Em 1949 a Assembléia Geral autorizou o Secretário-geral a criar o “United Nations Field Service”, com 300 homens, que integram o Secretariado e são recrutados individualmente. Eles usam uniformes da ONU e em casos especiais podem carregar armas leves. Eles têm por função: prestar serviços técnicos às missões da ONU (transporte, rádio, segurança dos membros) e serviço de guarda da sede. Eles já foram utilizados na Palestina, Coréia, Caxemira. Foi criado, ainda em 1949, o “Panel of Field Observers”, com função de supervisionar tréguas ou plebiscitos, composto de 2.000 homens indicados pelos governos nacionais e convocados pela Assembléia Geral.

52. Em 1955, quando se reuniu a 10ª Assembléia Geral para aproveitar as facilidades do art. 109, alínea 3ª (maioria de votos da Assembléia Geral e “sete” membros quaisquer do Conselho de Segurança), foi convocada uma Conferência Geral “sine die”, como permite o citado dispositivo.

53. Mario Scerni — *La procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale*, in RdC, 1938, vol. III, t. 65, págs. 565 e segs.; Ivan S. Kerno — *L'organisation des Nations Unies et la Cour Internationale de Justice*, in RdC, 1951, vol. I, t. 78, págs. 511 e segs.; Mégalos A. Caloyanni — *L'organisation de la Cour Permanente de Justice et son avenir*, in RdC, 1931, vol. IV, t. 38, págs. 655 e segs.; Simon Rundstein — *La Cour Permanente de Justice Internationale comme instance de recours*, in RdC, 1933, vol. I, t. 43, págs. 5 e segs.; Shabtai Rosenne — *The International Court of Justice*, 1961; idem — *The Law and Practice of the International Court*, 2 vols., 1965; Manley O. Hudson — *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, 1943*; Michel Dubisson — *La Cour Internationale de Justice*, 1964; Charles de Visscher — *Aspects Récents du Droit Procédural de la Cour Internationale de Justice*, 1966; Shabtai Rosene — *The World Court — What it is and how it works*, 1973; Louis Delbez — *Les Principes Généraux du*

Contentieux International. 1962: Geneviève Guyomar — Le Défaut des Parties à un Différend devant les Juridictions Internationales. 1960: Bertrand Maus — Les Réserves dans les Déclarations d'Acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice. 1969: Manley O. Hudson — Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale, *in* RdC, 1925, vol. III, t. 8, págs. 345 e segs.; Charles de Vischer — Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale. *in* RdC, 1929, vol. I, t. 26, págs. 5 e segs.; Paul Guggenheim — Les Mesures Conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire. *in* RdC, 1932, vol. II, t. 40, págs. 649 e segs.; H. W. Briggs — Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice, *in* RdC, 1958, vol. I, t. 93, págs. 223 e segs.; Maarten Røss — Les Conditions du Procès en Droit International Public, *in* Biblioteca Visseriana, t. XX, 1957; Jean-François Lachaume — Le juge "ad hoc", *in* RGDIP, Avril-Juin 1966, págs. 265 e segs.; Leo Gross — The International Court of Justice and the United Nations, *in* RdC, 1967, vol. I, t. 120, págs. 319 e segs.; C. Wilfred Jenks — The Prospects of International Adjudication, 1964; Joël Rideau — Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales, 1969; Vincenzo Starace — La competenza della Corte Internazionale di Giustizia in Materia Contenziosa, 1970; Paul Reuter — Cour Internationale de Justice, *in* Dalloz — Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. I, 1968, págs. 583 e segs.; Celso Lafer — A Condição de Reciprocidade na cláusula facultativa de Jurisdição Obrigatória da Corte Internacional de Justiça, separata da Revista de Direito Público, vol. 3, jan.-março de 1968, págs. 195 e segs.; Luis García Arias — El Caso de la Barcelona Traction ante el Tribunal Internacional de Justicia, *in* Luis García Arias — Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes, vol. II, 1972, págs. 851 e segs.; André Gros — Quelques remarques sur la pratique du droit international, *in* Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, págs. 113 e segs.; Edvard Hambro — Quelques observations sur la revision du règlement de la Cour Internationale de Justice, *in* Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, págs. 125 e segs.; Stude Petrán — Quelques reflexions sur la révision du règlement de la Cour Internationale de Justice, *in* Mélanges offerts à Charles Rousseau, 1974, págs. 187 e segs.; Olivier Audéoud — La Cour Internationale de Justice et le règlement des différends au sein des Organisations internationales, *in* RGDIP, t. 81, 1977/4, págs. 945 e segs.; André Cocatre-Zilgien — Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire, *in* RGDIP, Juillet-Septembre 1976, n° 3, págs. 689 e segs.; Henri Isaia — Les opinions dissidentes des juges socialistes dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, *in* RGDIP, Juillet-Septembre 1975, n° 3, págs. 657 e segs.; The Future of The International Court of Justice, editado por Leo Pross, 2 vols., 1976; Lindel V. Prott — The justification of Decisions in the International Court of Justice, *in* La Motivation des Décisions de Justice. Études publiées par Ch. Perelman e P. Foriers, 1978, págs. 331 e segs.; A. M. Stuyt — "Contre-mémoire" ou "Livre blanc"? Nouvelles tendances à la Cour Internationale de Justice, *in* RGDIP, t. 82, 1978, vol. 2, págs. 401 e segs.; Terumi Furukawa — Le Double Rôle de la Cour Internationale de Justice a l'égard des Organisations Internationales: Protection et Contrôle, *in* Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 293 e segs.; Guillaume Pacot — Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la CPJI et de la CIJ, *in* RGDIP, 1980, vol. 4, págs. 1.027 e segs.; H.

Thierry — Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, *in* RdC, 1980, vol. II, t. 167, págs.; Elisabeth Zoller — La Première Constitution d'une Chambre Spécial par la Cour Internationale: Observations sur l'ordonnance du 20 Janvier 1982, *in* RGDIP, t. 86, 1982, n° 2, págs. 305 e segs.; Michel Virally — Le Champ Opératoire du Règlement Judiciaire International, *in* RGDIP, 1983, n° 2, págs. 281 e segs.; Stephen M. Schwebel — Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice, *in* AJIL, October 1984, vol. 78, n° 4, págs. 869 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Nicaragua versus Estados Unidos (1984-1985), *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.ºs 63/64, julho de 1986 e janeiro de 1987, págs. 37 e segs.; Stephen M. Schwebel — Ad Hoc Chambers of the International Court of Justice, *in* AJIL, October 1987, vol. 81, n.º4, págs. 831 e segs.; Jonathan I. Charney — Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice, *in* AJIL, 1987, 81, n.º 4, págs. 855 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Nicaragua versus Estados Unidos: Os limites da Jurisdição "Obrigatória" da Corte Internacional de Justiça e a Perspectiva da Solução Judicial de Controvérsias Internacionais, *in* BSBDI, 1985/86, págs. 71 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Direito das Organizações Internacionais, 1990; Roberto Ago — Les Avis Consultatifs "obligatoires" de la Cour Internationale de Justice: Problèmes d'hier et d'aujourd'hui, *in* Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 9 e segs.; Mohammed Bedjaoui — La "Fabrication" des carrets de la Cour Internationale de Justice, *in* Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 87 e segs.; Stephen M. Schwebel — Relations Between the International Court of Justice and the United Nations, *in* Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 431 e segs.; Robert Jennings — Chambers of the International Court of Justice and Courts of Arbitration, *in* Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 187 e segs.; Manfred Lachs — Some Comments on ad hoc Chambers of the International Court of Justice, *in* Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 20 e segs.; Loic C. Marion — La saisine de la CIJ por voie de compromis, *in* RGDIP, 1995, n° 2, págs. 257 e segs.; Rosa Riquelme Cortado — La intervención de terceros estados en el proceso internacional, 1993.

54. A Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança, pode fixar, em cada caso, as condições para que os Estados não membros da ONU se tornem partes do estatuto da CIJ.

55. Na primeira eleição, cinco foram eleitos por nove anos, cinco por seis anos e cinco por três anos. Na CPJI era feita uma eleição a cada nove anos. Ainda na CPJI, havia 11 juizes titulares e quatro juizes suplentes, mas por uma emenda feita em 1929, que entrou em vigor em 1936, passaram a ser 15 juizes sem distinção entre titular e suplente. O Brasil teve como juizes Epiácio Pessoa, na CPJI, e Filadelfo de Azevedo e Levi Carneiro (completou o mandato do anterior), na CIJ. Em 1979 teve início o mandato do Embaixador José Sette Câmara, eleito juiz em 1978, que não foi reeleito em 1987. Pode-se acrescentar ainda que, em 1921, Rui Barbosa foi eleito, pelo Conselho da SDN, juiz da CPJI, mas morreu em 1923 sem assumir o cargo (Ricardo Velez Rodrigues — A propaganda Republicana, *in* Evolução do Pensamento Político Brasileiro, coordenado por Vicente Barreto e Antonio Paim, 1989, págs. 125 e segs.).

56. Esta fórmula foi adotada no Comitê de Juristas de Haia por proposta de Elihu Root. Ela atendia aos interesses dos Grandes Estados, que desejavam uma

participação especial na eleição dos juizes (eles se encontram representados no Conselho), e atendeu ainda aos Pequenos Estados, que defendiam a igualdade (eles se encontram todos representados na Assembléa).

57. Um Estado que estiver devendo à ONU (ou um não membro a sua contribuição à Corte) quantia igual ou superior à contribuição de dois anos, não participará da eleição. Entretanto, a Assembléa Geral poderá permitir a sua participação se ele demonstrar que o atraso no pagamento foi por força maior.

57A. Em 1969 a Corte propôs que o seu estatuto fosse alterado para lhe permitir a mudança de sua sede. Esta proposta não foi aceita. A CIJ alegava que o Palácio da Paz era insuficiente para os seus serviços, bem como criticava a precedência dada pelo governo holandês aos juizes nas recepções diplomáticas. A Holanda propôs construir outro prédio.

57B. A China Comunista não tem apresentado candidatos para a CIJ, Comissão do DI, Comissão de D. Comercial Internacional. Ela mudou a sua atitude a partir da década de 80.

57C. O Estado que não for membro da ONU, mas for da CIJ, participa da Assembléa Geral para a eleição de juizes. E a Nicarágua, no caso com os EUA, indicou o internacionalista francês Colliard.

58. Esta denominação não é correta, porque o juiz indicado não precisa ter a nacionalidade do litigante. Assim, a Albânia, no caso do canal de Corfu, indicou um jurisconsulto tcheco.

59. Sobre o assunto, ver capítulo O Homem como Pessoa Internacional.

60. É interessante assinalar que este dispositivo fala em jurisdição compulsória nos casos previstos em tratados e na Carta da ONU. Entretanto, a Carta da ONU não prevê nenhum caso de jurisdição compulsória.

61 Max Huber, na Conferência de Haia de 1907, já fizera uma proposta semelhante (Bertrand Maus).

61A. A América Latina só teve cinco casos na CIJ: os do asilo (Colômbia v. Peru, 1950-1951); Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala, 1953-1959); Antártida (Grã-Bretanha v. Argentina e Chile, 1956); Sentença Arbitral de 1906 do rei da Espanha (Honduras v. Nicarágua, 1960); Nicarágua v. EUA, 1984-1986 (Antonio Augusto Cançado Trindade). Até 1987 a CIJ deu 18 sentenças e 17 pareceres. A CPJI, entre as duas guerras, proferiu 32 sentenças e 27 pareceres.

62. Na ONU, o Secretário-geral cumprirá o parecer ou o enviará ao TANU, para que reforme a sua decisão.

63. Em sentido contrário: Manley Hudson.

64. A Albânia se recusou a cumprir a sentença no caso do canal de Corfu. A Inglaterra tentou reter o ouro da Albânia que se encontrava no seu território, mas não conseguiu (Monetary Gold Case — CIJ — 1954), e até hoje a indenização não foi paga. O ouro continua no Banco da Inglaterra em nome de uma Comissão Tripartite (EUA, Inglaterra e França). Outro caso de sentença não cumprida é a proferida no caso dos reféns norte-americanos no Irã em 1980.

65. Kelsen declara que litígio político é aquele em que as partes querem que seja decidido com base na equidade, e jurídico o em que a decisão é baseada no direito internacional público.

CAPÍTULO XXVI

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS ESPECIALIZADAS E OUTROS ORGANISMOS INTERNACIONAIS DA ONU¹

278 — *A posição dos organismos especializados em relação à ONU;*
279 — *OIT;* 280 — *UNESCO;* 281 — *OMS;* 282 — *FAO;* 283 — *OMM;* 284 — *UPU;* 285 — *AIEA;* 286 — *FMI;* 287 — *BIRD;* 288 — *AID;* 289 — *SFI;* 290 — *UIT;* 291 — *IMCO;* 292 — *OACI;* 292A — *OMPI;* 293 — *GATT-GMC;* 294 — *UNCTAD;* 295 — *UNIDO;* 295A — *FIDA.*

278. A idéia de se colocar os organismos especializados sob o controle da organização mundial não é nova. A SDN, no art. 24 do Pacto, estabelecia que as “repartições internacionais”, instituídas antes da SDN, seriam colocadas sob a sua autoridade desde que os membros destas repartições concordassem. Estipulava ainda que as repartições e as comissões que regulamentassem assuntos de interesse internacional que fossem constituídas no futuro seriam “colocadas sob a autoridade da SDN”.²

A Carta da ONU reproduziu de modo mais feliz o preceituado no Pacto da SDN. O seu art. 57 caracteriza as organizações especializadas como aquelas “criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos”, e determina que “serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do art. 63”.

Estes acordos, que são verdadeiros tratados internacionais, são preparados pelo Conselho Econômico e Social e aprovados pela Assembléa Geral da ONU, e eles determinam as relações entre tais organismos e a ONU (art. 63). No plano administrativo, tais acordos asseguram a uniformidade do estatuto de pessoal, criam um fundo comum de pensões, etc.

A ONU exerce, em relação a estas organizações especializadas, uma função de coordenação e cooperação através do CES (art. 60). O art. 58

declara que: "A Organização fará recomendações para coordenação dos programas de atividades das entidades especializadas." Os arts. 63, 64, 70, etc., estabelecem que o CES pode coordenar as atividades destas organizações por meio de consultas, recomendações, poderá obter delas relatórios, solicitar que representantes delas participem de suas reuniões sem direito a voto, bem como enviar "seus próprios representantes (para que) tomem parte nas deliberações das entidades especializadas".³ Em 1947 o CES criou o Comitê Administrativo de Coordenação (CAC), a fim de fazer a mencionada cooperação.

É de se assinalar que a própria ONU possui um poder de iniciativa para a criação destas organizações (art. 59).

As organizações especializadas gozam de uma certa autonomia, apesar de sujeitas à autoridade da ONU: a) desenvolvem atividades próprias no campo internacional; b) têm sede diferente da ONU;⁴ c) possuem membros que não são da ONU; d) a sua estrutura administrativa é autônoma; e) orçamento próprio;⁵ f) personalidade internacional. E, finalmente pode-se assinalar que elas possuem o direito de pedir pareceres à CIJ desde que autorizadas pela Assembléia Geral.

A estrutura destas organizações é geralmente formada por três órgãos: o Conselho, a Assembléia e o Secretariado. Elas são as seguintes: Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA); Organização Internacional do Trabalho (OIT); Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO); Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO); Organização Mundial de Saúde (OMS); Fundo Monetário Internacional (FMI); Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD); Associação Internacional de Desenvolvimento (AID); Sociedade Financeira Internacional (SFI); Organização da Aviação Civil Internacional (OACI); União Postal Universal (UPU); União Internacional de Telecomunicações (UIT); Organização Meteorológica Mundial (OMM); Organização Intergovernamental Marítima Consultiva (IMCO). O GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) não é uma organização especializada, mas devido às suas relações com algumas destas organizações é geralmente incluído entre elas.

A Organização Internacional de Refugiados (OIR), que foi criada em 1946, desapareceu em 1951. A Organização Internacional do Comércio, que foi prevista pela Carta de Havana (1948), não foi ainda constituída e está abandonada.⁶

Como se pode verificar, estas organizações atuam nos mais diferentes setores da vida internacional: econômico, comunicações, social, cultural, técnico e sanitário.

279. A idéia de se criar uma proteção internacional do trabalho se manifestou em diversas ocasiões durante o século XIX.

Em 1818, Robert Owen, através de Lorde Castlereagh, delegado da Inglaterra no Congresso de Aix-La-Chapelle, propôs a mencionada prote-

ção. Em 1841, Daniel Le Grand apresenta proposta semelhante. Em 1881, o Coronel Frey, do Conselho Suíço, propôs sobre o assunto a reunião de uma conferência internacional que não chegou a se realizar. Em 1890, Guilherme II da Alemanha reuniu uma conferência, que teve como participantes 12 Estados, sem que tenha sido alcançado qualquer resultado prático, uma vez que ela se limitou a fazer "recomendações". Estas são apenas algumas das manifestações ocorridas no século XIX.

A Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores foi criada em 1901. Ela tinha por finalidade preparar projetos de convenção que seriam encaminhados ao Conselho Suíço, que faria a convocação de conferências internacionais para estudá-los. Estas conferências se reuniram em 1905, 1906 e 1913.

A OIT foi criada na Parte XIII do Tratado de Versalhes.⁷ Em relação à SDN, ela tinha a posição de organismo autônomo. Os Estados-membros da SDN tornavam-se automaticamente membros da OIT. Entretanto, a recíproca não era verdadeira, uma vez que diversos Estados faziam parte da OIT e não eram membros da SDN (EUA). Em 1946 ela se transformou em um organismo especializado da ONU. A sede da OIT, desde a sua criação, é em Genebra. Apenas durante a 2ª Guerra Mundial ela foi transferida por algum tempo para Montreal, no Canadá, na Universidade Mac-Gill.

Na OIT sempre se procurou diminuir o argumento da concorrência internacional como a justificando. A concorrência perde a sua razão de ser se levarmos em consideração que a OIT trata de países em condições econômicas diferentes. A sua razão de ser é a paz universal e a justiça social.

Ela possui três órgãos: a) Conferência Internacional do Trabalho; b) Conselho, de Administração e c) Bureau Internacional do Trabalho (BIT).

a) Conferência Internacional do Trabalho

Estão representados todos os membros. A sua reunião é anual. Ela é que estabelece as recomendações⁸ e as convenções,⁹ aprovadas por 2/3 dos membros presentes, que reunidas formam o denominado Código Internacional do Trabalho. As delegações dos Estados-membros a esta Conferência se compõem de: dois delegados do governo, um delegado patronal e um dos empregados.

Algumas observações devem ser feitas: a) nos Estados em que existe um pluralismo de organizações sindicais cada organização sindical envia o seu representante; a que não envia delegado manda assessor técnico; b) já houve casos na Conferência de se invalidar os poderes do representante dos empregados. Tal fato ocorre quando os sindicatos não tiverem liberdade na sua escolha; c) os países comunistas tinham problemas com o delegado dos patrões, que eram sempre contestados. Estes países enviam

direitos de empresas socializadas: *d*) se não é aceita a representação dos empregados de uma delegação, a representação dos empregadores perde o direito de voto e vice-versa.

b) Conselho de Administração

É o verdadeiro órgão executivo. É formado de 48 membros: 24 representantes dos governos (dez são representantes dos países de maior potência industrial;¹⁰ 12 são eleitos pelos representantes dos governos na Conferência, por um período de três anos, e dois pelos Estados de maior importância), 12 representantes dos empregadores e 12 dos empregados. As suas reuniões são em número de três ou quatro por ano. Entre as suas funções estão a de indicar o diretor-geral do BIT e preparar a Ordem do Dia da Conferência.

c) Bureau Internacional do Trabalho (BIT)

É o Secretariado. À sua frente está o diretor-geral. A ele cabe executar as decisões da Conferência e do Conselho.

280. A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) foi criada na Conferência de Londres, reunida para criar uma organização das Nações Unidas para a educação, ciência e cultura (1945).¹¹ Ela começou a funcionar em 1946.

Entre os seus fins podemos mencionar: *a*) "contribuir para a paz e a segurança internacionais promovendo a colaboração entre as nações através da educação, ciência e cultura"; *b*) preservar o respeito à justiça, ao direito, aos direitos do homem e às liberdades fundamentais; *c*) difusão da cultura; *d*) impulsionar a educação popular, etc.

A sua estrutura é a seguinte:

a) Conferência Geral — participam todos os Estados-membros da organização. Ela se reúne a cada dois anos. Ela determina o programa da UNESCO e aprova o seu orçamento.

b) Conselho Executivo — tem 30 membros eleitos pela Conferência Geral por período de três anos. Reúne-se três ou quatro vezes por ano. É o órgão encarregado de executar o programa de atividades da Organização.

c) Secretariado — tem à sua frente um diretor-geral que é indicado pela Conferência e nomeado pelo Conselho. É o órgão administrativo. O seu mandato é de seis anos.

A sede é em Paris.

281. A Organização Mundial de Saúde (OMS ou WHO) foi criada na Conferência Internacional de Saúde, reunida em Nova Iorque (1946), e começou a funcionar em 1948.¹² A sua constituição define a saúde como sendo "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste somente em uma ausência de doença ou enfermidade".

A OMS foi precedida de conferências sanitárias internacionais e tinham duas preocupações contraditórias: *a*) afastar entraves ao comércio; *b*) defender a Europa de pestilências exóticas. Em 1839 foi criado o Conselho Superior de Constantinopla e em 1843 o Conselho Sanitário Marítimo e de Quarentena de Alexandria. Em 1902 foi instituído o Bureau Sanitário Panamericano que fora previsto na Conferência Sanitária Internacional de Washington (1881). Em 1907 surgiu em Roma o Escritório Internacional de Higiene Pública.

Entre as funções da OMS estão: *a*) erradicar as epidemias e endemias; *b*) estabelecer padrões internacionais para produtos biológicos e farmacêuticos e métodos de diagnóstico; *c*) auxiliar os governos; *d*) coordenar as atividades internacionais em matéria de saúde; *e*) contribuir para o aperfeiçoamento do ensino médico, etc. Visa melhorar o nível de saúde no mundo.

Estrutura

- 1) Assembléia Mundial de Saúde — fazem parte todos os Estados-membros. Tem reuniões anuais.
- 2) Conselho — tem 24 membros e se reúne ao menos duas vezes por ano. Executa as decisões da Assembléia.
- 3) Secretariado — é o órgão técnico-administrativo. Tem à sua frente um diretor-geral.

A OMS possui diversos escritórios regionais: em Nova Deli (para o Sudeste Asiático), em Alexandria (para o Mediterrâneo leste), em Manila (para o Pacífico oeste), em Washington (para as Américas), em Brazzaville (para a África) e em Copenhague (para a Europa).

A sede é em Genebra.

282. A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO ou OAA) surgiu em uma conferência internacional reunida na cidade de Hot-Springs, na Virgínia (EUA), em 1943, que elaborou a sua constituição e criou uma comissão interina. Em 1945, em Quebeque (Canadá), foi realizada a sua primeira sessão, e ela começou a existir oficialmente.¹³

As suas finalidades são as seguintes: *a*) preparar informações e apreciações sobre produção, distribuição e consumo sobre agricultura, pescarias, nutrição e silvicultura; *b*) fornecer assistência técnica; *c*) promover a melhoria nacional e internacional de produção, distribuição, etc., de produtos de agricultura, pescarias, etc., etc.

A sua estrutura é a seguintes: *a*) Conferência — reúne-se a cada dois anos e fixa o programa da organização; *b*) Conselho — executa o programa e tem 24 membros; *c*) Secretariado — tem à sua frente um diretor-geral.

Este último tem quatro departamentos: Técnico. Econômico. Relações Públicas e Assuntos Jurídicos, Administração e Finanças.

Ela possui ainda uma série de escritórios regionais.

A sede provisória foi inicialmente em Washington, e desde 1951 se encontra em Roma, que é a sua sede permanente.

283. A Organização Meteorológica Mundial (OMM ou WMO) remonta ao século passado.¹⁴ Em 1873 foi criada a Comissão Meteorológica Internacional, que elaborou a constituição da Organização Meteorológica Internacional, entidade não-governamental, que começou a funcionar em 1878 na Conferência de Utrecht.¹⁵ A atual entrou em funcionamento em 1951. O seu ato constitutivo foi elaborado na Conferência de Diretores, órgão da OMI, que se reuniu, em 1947, em Washington.

As suas finalidades são as seguintes: *a)* promover o rápido intercâmbio, entre os Estados, de informações meteorológicas; *b)* intensificar a aplicação da meteorologia à navegação marítima e aérea e à agricultura; *c)* estabelecer uma rede de estações meteorológicas; *d)* intensificar a pesquisa neste domínio.

A sua estrutura é: *a)* Congresso Meteorológico Mundial, que se reúne a cada dois anos e onde estão representados todos os Estados-membros da organização; *b)* Comitê Executivo, que se reúne ao menos uma vez por ano; *c)* Secretariado; *d)* Comissões Técnicas; *e)* Associações regionais (são em número de seis).

A sede é em Genebra.

284. A União Postal Universal (UPU) é o resultado de uma longa evolução. A primeira conferência internacional postal foi convocada pelo diretor-geral dos Correios dos EUA, reuniu-se em Paris em 1863 e fixou alguns princípios visando facilitar o correio no plano internacional. Em 1874 se reuniu uma nova conferência, por convocação do governo suíço, que criou a União Geral dos Correios, que em 1878 (Congresso de Paris) teve a sua denominação alterada para União Postal Universal.

Ela, em 1948, tornou-se uma organização especializada das Nações Unidas.

A sua finalidade imediata é a de desenvolver a cooperação internacional e os serviços postais. A sua finalidade última seria a constituição de um único território postal, que estaria sujeito às normas da UPU.

Os seus órgãos são os seguintes: *a)* Congresso Postal Universal, que se reúne a cada cinco anos; *b)* Comitê Executivo de Coordenação, que se reúne uma vez por ano e tem 20 membros; *c)* Comitê Consultivo para Estudos Postais; *d)* Bureau Internacional, que é o Secretariado, órgão permanente.

A sede é em Berna.

285. A Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) tem as suas origens em uma proposição de Eisenhower, perante a Assembléia Geral

da ONU, em 1953.¹⁶ O presidente norte-americano apresentou proposta no sentido de ser criada uma organização internacional "devotada exclusivamente aos usos pacíficos da energia atômica", que foi aprovada pela Assembléia Geral em 1954. Em 1957 ela começou a funcionar.

As suas funções são: *a)* facilitar a troca de dados e cientistas; *b)* incrementar a utilização pacífica da energia atômica; *c)* "age como intermediária entre os seus membros para providenciar serviços, equipamentos", etc., etc.

A AIEA se encontra subordinada à ONU, e após cada sessão ordinária deve enviar relatórios à Assembléia Geral e ao CES. O seu orçamento é comunicado à ONU. O Secretário-geral da ONU participa das discussões na AIEA sem direito de voto.

Ela apresenta a seguinte estrutura: *a)* Conferência Geral, que se reúne anualmente; *b)* Junta de Governadores, que tem 34 membros (12 designados pela própria Junta e 22 eleitos pela Conferência). Este órgão tem um Comitê Consultivo Científico; *c)* Secretariado, que tem à sua frente um diretor-geral e é dividido em cinco Departamentos.

A AIEA exerce um controle por meio de inspeção. Se um Estado viola as suas normas, é feito um relatório ao Conselho de Governadores, que exorta o Estado a respeitar as normas da AIEA e comunica a violação à Assembléia Geral e ao Conselho de Segurança. A sanção pode ainda abranger a interrupção do auxílio prestado pela AIEA ao Estado ou, ainda, a sua exclusão da organização. O Estado só se submete a inspeção se quiser. Ela só é obrigatória em caso de projetos oriundos da AIEA.

Em 1986 foram concluídas convenções no âmbito da AIEA sobre notificação de acidente nuclear e sobre assistência em caso de acidente nuclear ou radiológico.

A sede é em Viena.

286. O Fundo Monetário Internacional (FMI) surgiu na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas que se reuniu em Bretton Woods (New Hampshire, EUA) em 1944. Ele começou a funcionar em 1945.

A sede é em Washington.

É de se recordar que durante a 2ª Guerra Mundial foram elaborados vários planos monetários: White, Keynes, Fraser e Isley. O FMI é uma conciliação dos planos White e Keynes, sendo que o primeiro exerceu maior influência. Keynes, no seu projeto, propunha que o FMI pudesse criar uma moeda internacional específica. As dívidas da Inglaterra seriam pagas nesta moeda e não em uma moeda nacional, como o dólar, cuja emissão não era controlada por ela. O plano Keynes visava mais objetivos de ordem interna, como pleno emprego, etc. Este plano poderia ser embrião "de um futuro governo econômico do mundo". Havia nele um abandono importante da soberania. O plano White visava a liberalização do comércio, a estabilidade do câmbio e os pagamentos internacionais.

Os acordos de Bretton Woods foram os primeiros "tratados internacionais com conteúdo econômico e financeiro com vocação universal" (R. Lavallo).

As suas finalidades são: *a)* desenvolver o comércio internacional; *b)* evitar a depreciação das moedas, mantendo estáveis os balanços de pagamento; *c)* colocar à disposição dos Estados-membros os recursos de que dispõe. A partir de 1976, quando os estatutos do FMI foram emendados, ele não intervém mais no tocante à paridade das moedas. A desvalorização do dólar, realizada pelos EUA na década de 70, é que acabou com as paridades fixas previstas pelo FMI.

Ele possui os seguintes órgãos: *a)* Conselho de Governadores — onde estão representados todos os membros; *b)* Conselho de Administradores — executa as operações do Fundo. São em número de 20 (seis designados pelos Estados que sejam os maiores subscritores do FMI e 14 eleitos pelos governadores). Tem um diretor-geral eleito pelos administradores, que serve como presidente do CA. Nos dois órgãos acima mencionados cada governador ou administrador tem um número de votos que é proporcional à quota-parte subscrita pelo Estado que representa.

Esta quota-parte é fixada em função do peso econômico do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento industrial e, em consequência, a sua participação no campo financeiro internacional.

Os maiores quotistas são: EUA, Japão, Alemanha, Grã-Bretanha e França (sendo os dois últimos em quarto lugar). A Rússia e os demais países do CEI ingressaram, em 1992, no FMI e no BIRD.

A cada 5 anos o Conselho de Governadores deve rever as quotas-partes e propor a sua revisão se for o caso. Os-EUA têm 19,88% das quotas-partes e têm 19,14 de votos, o que pode impedir decisões importantes que são tomadas por 85% de votos. Cerca de 50 países têm em conjunto 1,2% de quotas-partes.

O auxílio financeiro dado pelo FMI é feito mediante um intercâmbio de moedas. O país-membro entrega a sua moeda na quantidade correspondente à moeda estrangeira que ele vai receber e no prazo de três ou cinco anos (no máximo) ele deve resgatar a sua moeda com pagamento em ouro ou em moeda que o Fundo aceite.^{13b}

Várias críticas foram dirigidas ao padrão-ouro: *a)* era inflacionário porque permitia aos Bancos Centrais que recebiam dólares reempréstarem a curto prazo as mesmas divisas aos EUA, que continuavam emprestando a longo prazo no exterior; *b)* era injusto porque alguns países tinham de fazer poupança, enquanto outros tinham uma faculdade ilimitada de criar meios de pagamento para financiar suas contas no exterior deficitárias. Este era o caso dos EUA, que tinham um balanço de pagamento quase permanentemente deficitário (Jacques Blanc).

Finalmente, é de se assinalar que em 1976 foi aprovada modificação no estatuto do FMI. A reforma altera a organização interna, legaliza o

direito especial de saque, consagra uma taxa de câmbio flutuante (as moedas passaram a flutuar depois de 1973), etc. Jacques Blanc apresenta as seguintes vantagens para a taxa flutuante: *a)* limita a intervenção do Estado na vida econômica; *b)* permite às autoridades monetárias praticarem uma política autônoma indiferente às influências externas; *c)* fazer economia de reservas. As desvantagens seriam: *a)* não contribuir para o ajustamento dos balanços de pagamento; *b)* traz incertezas às relações comerciais internacionais. Os Acordos da Jamaica (reforma de 1976) foram a segunda emenda aos estatutos do FMI (a primeira foi a que criou os direitos especiais de saque, em 1969).

D. Carreau salienta que tem ocorrido uma diminuição da importância do FMI, sendo que os seus recursos representavam 15 anos atrás 10% do comércio mundial e atualmente representam 5%. Salienta ainda este jurista que os desequilíbrios dos balanços de pagamento estão sendo atualmente financiados pelo "poder bancário privado internacional".

O "empréstimo" dado pelo FMI é dado com condições, como o controle de salários e uma restrição ao crédito, o que é visto por alguns autores (José Luiz Reyna) como sendo necessário que os Estados tenham governos fortes. Daí, Julius Nyerere, presidente da Tanzânia, em janeiro de 1980, declarou: "a medicação do FMI favorece sistematicamente os setores mais conservadores da sociedade e os centros tradicionais do poder... As políticas do Fundo, concebidas para promover a estabilização, na verdade contribuíram para a desestabilização e a limitação do processo democrático".

O FMI tem pouco poder, vez que seus recursos são de menos de 5% das trocas internacionais (J. Touscoz).

287. O Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD) surgiu na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas que se reuniu em Bretton Woods e a sua primeira sessão foi em 1946, em Savannah (Geórgia, EUA), junto com a do FMI. Só pode ser membro do BIRD quem for membro do FMI, assim como só pode ser membro da AID e da SFI quem o for do BIRD. Já para ingressar no Centro Internacional para a Solução dos Litígios relativos aos investimentos, que também é associado ao BIRD, não é necessário ser membro do BIRD.

Ele é um projeto essencialmente dos EUA. Na sua origem a finalidade era apoiar a UNRRA e conceder empréstimos rentáveis. Foram os latino-americanos, em Bretton Woods, que reivindicaram que o Banco visasse um programa de desenvolvimento.

Ele tem por finalidades: *a)* favorecer o desenvolvimento; *b)* conceder empréstimos, etc.

A sua organização compreende: *a)* Conselho de Governadores, onde estão representados todos os Estados-membros. A maioria dos seus poderes foi delegada aos administradores;¹⁶ *b)* Conselho de Administradores, que tem cinco membros indicados pelos maiores contribuintes, e os demais

eleitos. Reúne-se inúmeras vezes por mês e tem um presidente eleito pelo Conselho de Administradores, cujas sessões são por ele presididas. Os presidentes são sempre norte-americanos e preponderantemente banqueiros. O presidente do BIRD é o presidente da AID e da SFI. O mesmo ocorre com os governadores e administradores.

O BIRD não empresta o custo total de um projeto, mas apenas os custos em moeda estrangeira e serviços importados. Os custos em moeda local ele não financia.

Algumas outras observações podem ser acrescentadas em relação ao BIRD. Os acordos de empréstimo são regidos pelos estatutos do BIRD (são também normas de DIP), bem como também por normas gerais do DIP.^{16A} É de se lembrar que são acordos concluídos entre sujeitos de DI (Estado e organização internacional). Quando o empréstimo é dado a entidade não estatal, os acordos são regidos pelos estatutos do BIRD, sendo que o Estado de que a entidade é nacional conclui um acordo de garantia com o BIRD, onde normalmente se exclui a aplicação do direito interno do Estado. Os acordos concluídos pelo BIRD são registrados na ONU. Quando surgem litígios em torno de empréstimos, eles são resolvidos amigavelmente ou por tribunal arbitral especial.

Tem-se considerado que a maior parte dos empréstimos do BIRD não é transferida aos países, tendo em vista que é consumida "pelo serviço da dívida" (Angelos Angelopoulos).

A política do BIRD é de só dar empréstimos aos Estados que mantêm em ordem o pagamento de suas dívidas públicas externas, bem como àqueles que pagam indenização em caso de nacionalização. É no fundo um meio de fazer a política dos países exportadores de capital, porque não se pode dizer que pagar indenização em caso de nacionalização seja um índice de solvência econômico-financeira. A questão é de se saber se existe uma norma obrigando o pagamento de indenização ou, ainda, em que termos pode ser feito o pagamento. O BIRD recusa empréstimos para a criação ou desenvolvimento de empresas do Estado e só os concede em casos especiais, "quando o capital privado está ausente e o banco se assegurou de que a participação do governo não trará prejuízos" à iniciativa privada (v. Vakhruchev — O Nacionalismo e os seus Métodos, 1975).

A sua sede é no Estado-membro que possuir maior número de quotas, os EUA, controlando 20,9% dos votos do BIRD.

A sede é em Washington.

Atualmente o BIRD é conhecido como "Banco Mundial" e parece que a denominação foi dada pela imprensa anglo-saxônica por razões de comodidade. Ela foi usada oficialmente pela primeira vez em 1955, no Relatório Oficial.

288. A Associação Internacional de Desenvolvimento (AID) surgiu para atender, como indica o seu nome, ao desenvolvimento. O BIRD não atende,

muitas vezes, a esta finalidade, uma vez que ele só fornece empréstimos com juros altos e em moedas fortes. Ao contrário, a AID fornece empréstimos com juros baixos, a longo prazo, podendo ser pagos na moeda de quem contraiu o empréstimo. Ela visa atender certas necessidades do desenvolvimento que não são rendosas o suficiente para se contrair empréstimos a curto prazo e a juros do mercado. A idéia de um organismo deste gênero foi do Senador Monroney (EUA) em 1958. A AID teve a sua constituição elaborada pelo Conselho de Administradores do BIRD e entrou em funcionamento em 1960. O pessoal e a estrutura da AID se confundem com os do BIRD.

As suas finalidades são as seguintes: a) favorecer o desenvolvimento econômico; b) melhorar o nível de vida e c) aumentar a produtividade. Ela não fornece empréstimos para projetos que possam ser financiados por particulares ou pelo BIRD.

A sua estrutura é idêntica à do BIRD e os mesmos homens que exercem as funções no banco as exercem na AID. Ela possui: a) Conselho de Governadores; b) Conselho de Administradores; c) Presidente.

A sede é em Washington.

289. A Sociedade Financeira Internacional (SFI) foi criada pelo BIRD em virtude de uma resolução da Assembléia Geral da ONU em 1954. Ela começou a funcionar em 1956.

A sua finalidade é incrementar o desenvolvimento de empresas particulares nos Estados subdesenvolvidos.

Ela não somente concede empréstimos, mas acima de tudo investe. Adota uma política de rotação na sua carteira, fazendo a venda de suas inversões logo que os atrativos destas atraiam os investidores privados. A SFI, na maioria dos casos, não investe em empresas cujo capital seja inferior a 500 mil dólares.

Os seus órgãos são iguais aos do BIRD e as mesmas pessoas deste exercem as funções na SFI. A única diferença é que a SFI possui um diretor-geral, ao lado do presidente, que não existe no BIRD.

A sede é em Washington.¹⁷

Tem sido designado de "grupo do Banco Mundial" o conjunto formado pelo BIRD, AID e SFI. A AID e a SFI são consideradas filiais do BIRD.

Pode-se observar que Jean-Luc Mathieu declarava, com razão, que o complexo econômico-financeiro das Nações Unidas nada mais era do que "a armadura internacional do mundo capitalista".

290. A União Internacional de Telecomunicações (UIT ou ITU) tem as suas raízes no século XIX. Em 1855 foi formada a União Telegráfica da Europa Ocidental.¹⁸ Em 1865 é constituída a União Telegráfica Internacional, sendo que em 1868 foi nela constituído um Bureaü Internacional que começou a funcionar em 1869.

Em 1906, em Berlim, foi criada a União Radiotelegráfica Internacional, cujo Bureau, em Roma, era o mesmo da União Telegráfica Internacional.

Em 1932, em Madri, as duas Uniões acima mencionadas (UTI e URI) foram reunidas em uma só: a União Internacional de Telecomunicações. Esta foi profundamente modificada na Conferência de Atlantic City (1947) e finalmente, em Buenos Aires (1952), uma convenção, que reviu a anterior, foi aprovada e entrou em vigor em 1954. Em 1961 entrou em vigor uma convenção concluída em Genebra, ainda sobre ela.

As suas finalidades são: *a)* cooperação internacional no domínio das telecomunicações; *b)* desenvolvimento da técnica neste setor; etc.

Ela possui os seguintes órgãos: *a)* Conferência Plenipotenciária (órgão supremo); *b)* Conferências Administrativas; *c)* Conselho Administrativo; tem ainda quatro órgãos permanentes: *a)* Secretariado; *b)* Conselho Internacional de Registro de Frequência; *c)* Comitê Consultivo Internacional de Telégrafo e Telefone; *d)* Comitê Consultivo Internacional de Rádio.

A sede é em Genebra.

291. A Organização Intergovernamental Marítima Consultiva (IMCO) teve a sua constituição elaborada em 1948, mas só entrou em vigor dez anos mais tarde (1958). A sua designação atual é Organização Internacional Marítima (IMO — International Maritime Organization).

As suas principais finalidades são: *a)* cooperação e troca de informações no campo internacional a respeito de assuntos técnicos de navegação comercial; *b)* desenvolver a segurança no mar; *c)* reunir conferências sobre navegação, etc.

Possui os seguintes órgãos: *a)* Assembléia, que se reúne a cada dois anos; *b)* Conselho, que tem 18 membros eleitos pela Assembléia; *c)* O Comitê de Segurança Marítima tem 16 membros reeleitos pela Assembléia por quatro anos: oito são eleitos entre os dez Estados com maiores interesses no transporte marítimo (aqueles que maior número de nacionais entre nas equipagens, interesse no transporte de passageiros); quatro são eleitos de modo que cada um represente as seguintes regiões: 1. África; 2. Américas; 3. Ásia-Oceania; 4. Europa; quatro são eleitos entre os demais Estados não representados no Comitê; *d)* Secretariado, que tem à sua frente um secretário-geral.

Ela é a menor das organizações especializadas.

A sede é em Londres.

292. A Organização da Aviação Civil Internacional (OACI ou ICAO) foi criada na Convenção de Chicago em 1944, que entrou em vigor em 1947.¹⁹

Os seus fins são: *a)* dar maior segurança de vôo; *b)* incrementar o desenvolvimento ordenado da aviação civil; *c)* aumentar as facilidades à aviação civil; *d)* evitar discriminação entre os contratantes, etc.

Ela apresenta a seguinte estrutura: *a)* Assembléia — reúne-se uma vez por ano; *b)* Conselho — tem 27 membros eleitos por três anos. É o órgão permanente. Ele é auxiliado pela Comissão de Navegação Aérea, que tem 12 membros indicados pelo Conselho. É o verdadeiro órgão técnico da OACI; *c)* Secretariado.²⁰

A sede é em Montreal (Canadá).

292A. Outra organização especializada do sistema das Nações Unidas é a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

Ela foi criada na conferência de Estocolmo sobre propriedade intelectual em 1967 e ingressou no sistema das Nações Unidas em 1974, quando concluiu acordo com a ONU.

Os seus órgãos são: *a)* Assembléia — reúne-se anualmente, é formada por todos os Estados da OMPI que são também membros de uma das Uniões;^{20A} *b)* Conferência — formada por todos os Estados-membros da OMPI, sejam ou não membros de Uniões; *c)* Comitê de Coordenação é o órgão consultivo e executivo; *d)* Secretariado — tem à sua frente um Diretor-geral.

Os seus fins são: *a)* proteger a propriedade intelectual e *b)* assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões.

A sede é em Genebra.

293. O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) não é propriamente uma organização especializada da ONU, mas, devido às suas relações com estas organizações, ele é incluído entre elas.²¹ Tem existido cooperação entre a ONU e o GATT. O GATT não assinou qualquer acordo com a ONU. Entretanto, ele surgiu em uma conferência convocada pela ONU. Para mostrar a ligação entre as duas organizações, é de se lembrar que o Diretor-geral do GATT tem assento no Comitê de Coordenação presidido pelo Secretário-geral da ONU e integrado pelos diretores-gerais ou secretários-gerais das organizações especializadas. E, mais ainda, o estatuto do pessoal do GATT está “alinhado em matéria de remuneração e aposentadoria com o da ONU” (Daniel Jouanneau).

Surgiu na Conferência de Genebra em 1947 e entrou em vigor em 1948. A convenção é um simples “quadro” para as negociações. Ela prevê uma série de princípios que regem as relações comerciais entre os Estados. Entre os seus “princípios” está o da igualdade econômica, isto é, condena a discriminação. O GATT procura estabelecer a liberdade existente no comércio internacional antes da 1ª Guerra Mundial (Thiébaud Flory). Ele foi criado pela diplomacia dos EUA, inspirada em Cordell Hull. Este considerava que a eliminação das barreiras comerciais acarretaria maior desenvolvimento mundial que contribuisse para a paz (Celso Lafer).

A idéia de que um comércio mundial sem discriminação era necessário para a paz já é encontrada nos estadistas norte-americanos de antes e durante a 2ª Guerra Mundial (Hull, Summer Welles).

As suas funções são: *a)* promover o pleno emprego; *b)* incrementar o comércio internacional; *c)* aumentar o padrão de vida. etc.

Ele realiza conferências entre os Estados-membros no Acordo. As rodadas de negociação do GATT visam promover negociações e discussões do que causa desequilíbrio no comércio internacional. A atual Rodada Uruguaí começou em 1986 e ainda não terminou (setembro de 1993) porque os EUA insistem na liberalização do comércio de serviços. O seu Secretariado, formado de especialistas, é em Genebra. Tem à sua frente um Secretário Executivo.

As Rodadas do GATT foram as seguintes: *a)* Annecy (abril-agosto de 1949); *b)* Torquay (setembro de 1950 a abril de 1951); *c)* Dillon (setembro de 1.960 a julho de 1962); *d)* Kennedy (maio de 1964 a junho de 1965); *e)* Tóquio (setembro de 1973 a novembro de 1979); *e)* Montevideu (1986 e termina em abril de 1994).

Esta última reduziu os subsídios da agroindústria, extinguindo tarifas no comércio internacional de produtos têxteis, etc.

Pode-se ressaltar, tendo em vista o interesse que apresenta para nós, países em desenvolvimento, que em Tóquio (1979) é que foi aprovada a cláusula de habilitação que explicita o princípio da não reciprocidade: "os países desenvolvidos não esperam que os países em desenvolvimento apor-tem, no curso das negociações comerciais, contribuições incompatíveis com as necessidades do desenvolvimento, das finanças ou do comércio de cada um dos países". Os países em desenvolvimento não terão que fazer concessões incompatíveis com o seu desenvolvimento.

Em 1955, em uma conferência do GATT, foi instituída dentro dele a Organização de Cooperação Comercial. Ela era "a institucionalização do GATT" (Colliard). Ela, entretanto, não entrou em vigor. Em 1960 o GATT, continuando a sua luta pela institucionalização, criou um Conselho de Representantes e em 1964 criou um Comitê de Comércio e Desenvolvimento, sendo que existem ainda outros Comitês no GATT. Em 1965 foi instituído o Diretor-geral e o Secretariado. Os seus fins são: *a)* aplicar o Acordo Geral; *b)* auxiliar as negociações comerciais internacionais; *c)* estudar questões de comércio internacional.

O GATT não é uma organização internacional.

A Organização Mundial de Comércio surge na assinatura da Ata Final da Rodada Uruguaí em 15 de abril de 1994, em acordo concluído em Marraqueche. A Rodada Uruguaí terminou, em 1993, em Genebra, vindo a seguir a Rodada Marraqueche que finda em 1994. A estrutura da OMC é a seguinte: *a)* Conferência Ministerial, formada por representantes dos Estados, visa ratificar as negociações comerciais. Reúne-se a cada dois anos; *b)* Conselho Geral que supervisiona as decisões da Conferência; *c)* Órgãos do Conselho: 1 — Conselho de Mercadorias (GATT), que supervisiona os acordos de comércio sobre mercadorias; 2 — Conselho de Serviços (GATS), supervisiona acordos de comércio de serviços; 3 — Conselho de Proprie-

dade Intelectual (TRIPS), que supervisiona os acordos desta área; 4 — Órgão de Solução de Controvérsias, que controla o cumprimento das recomendações e autoriza medidas de retorsão comercial; 5 — Órgão de Exame das Políticas Comerciais, que analisa as decisões dos governos sobre comércio. Tem um Secretariado com um Diretor-geral. A Secretaria do GATT se transformou em Secretaria da OMC. Podem ser criados órgãos subsidiários. A sede é em Genebra.

O GATS (General Agreement on Trade in Services) visa a regulamentar como diz a sua denominação de serviços, tais como, telecomunicações, financeiras, seguros, transporte marítimos e audiovisuais. O acordo moldura consagra a reciprocidade, mas esta tem interpretações diferentes: *a)* reciprocidade relativa em relação aos países em desenvolvimento que podem moldar as concessões conforme o seu grau de desenvolvimento; *b)* reciprocidade inversa porque são países que tentam chegar ao mercado dos países pobres, logo o problema é saber o que estes obterão dos países ricos; *c)* reciprocidade específica, os EUA apresentaram uma imensa lista de serviços que não entrariam nas cláusulas de nação mais favorecida, como transporte aéreo e telecomunicações.

O GATS consagra as seguintes cláusulas: *a)* princípio de não discriminação que é um prolongamento da cláusula de nação mais favorecida; *b)* tratamento nacional não se pode privilegiar a um país porque prejudica a concorrência; *c)* o princípio de não discriminação leva ao de acesso aos mercados; *d)* princípio da transparência, todas as medidas de caráter geral tem que ser publicadas e uma parte deve ser informada de toda a legislação da outra parte. Nos países ricos os serviços representam 50 a 60% do PIB, mas no comércio mundial corresponde de 20 a 25%.

As centrais sindicais têm tentado incluir no comércio internacional cláusulas sociais, isto é, a criação ou introdução de normas e regulamentos vinculando as relações comerciais ou o acesso a mercados ao cumprimento de um certo número de normas sociais e trabalhistas.

A OMC tem por objetivo ser a moldura para a condução das relações. Ela será o foro para as negociações entre os membros, bem como "administrará o entendimento relativo às normas e procedimentos que regem a solução de controvérsias "e cooperará com o FMI e o BIRD." Os Estados subdesenvolvidos mantêm muito poucas vantagens no comércio com os países ricos. Há um acordo de salvaguarda para o caso da importação de um bem acarretar prejuízo grave, por exemplo, ocasião de deterioração da indústria nacional.

No GATT os países tinham maior liberdade para serem protecionistas. Já a OMC estabelece regras de comércio liberal. Só há obrigação do tratamento de nação mais favorecida, especialmente, na área de serviços. As regulamentações internas devem ser imparciais.

O processo de "Entendimento" prevê o fortalecimento do regime de consultas e se estas não dêrem resultado em um prazo de sessenta dias,

será criado um Grupo Especial. Pode haver para a solução de controvérsias. Bons Ofícios, Mediação e Conciliação.

O tratado do Gatt de 1947 tinha várias limitações: *a)* não estavam abrangidos os produtos agrícolas, os serviços e os têxteis. Estes últimos foram objeto dos Acordos Multifibras (AMF), que permitiam um comércio "administrado e contingenciado", *b)* os países do 3º e 4º Mundos se beneficiavam de normas especiais; *c)* dentro de certas condições, o comércio no interior das zonas de livre comércio e nas uniões aduaneiras não estava sujeito às normas gerais. Por sua vez as normas que regem atualmente o comércio internacional são objeto de várias críticas: *a)* a flutuação das taxas de câmbio elimina os efeitos das medidas tomadas pelo GATT; *b)* o multilateralismo não se adapta à sociedade internacional, que tem grandes diversidades; *c)* os EUA têm grandes vantagens, com o tamanho do seu mercado e o seu poder político, que lhe permite adotar a retorsão; *d)* as estratégias das empresas são mais importantes do que as dos Estados (Jean Touscoz).

Inúmeras outras observações podem ser apresentadas sobre o GATT. O GATT de 1949 só tratava de mercadorias, enquanto a OMC inclui os serviços. O GATT não existe como organização e continua vigorando modificado pelo GATT DE 1994. O tratado (1947) integra o da OMC. Os princípios do GATT estão incluídos nos acordos relativos a serviços e propriedade industrial, entre eles, o da não discriminação, transparência e previsibilidade. As normas do GATT formam um ramo especial do DIP. Para Peter Kuyper é um regime "autocontinente". Assim nele não se aplica as represálias e nem a "exceptio non-adimplendi contractus" do direito dos tratados. Riphagen já dizia que o GATT era formado de "degradações comerciais" do DI. Os "panels" (a tradução oficial desta palavra é "grupos especiais") dão preferência ao elemento histórico na interpretação dos tratados, enquanto no D. dos Tratados o elemento histórico é um meio suplementar. Já no GATT o elemento histórico está no mesmo nível dos outros métodos da interpretação. A ausência do exercício de direitos por um longo tempo não leva a sua perda. Os "panels" têm rejeitado o "estoppel", o que não é correto, porque ele é um "conceito básico de justiça". Os "panels" não têm exigido o cumprimento da regra do esgotamento dos recursos internos. No acordo Anti-Dumping fala-se apenas no esgotamento dos recursos administrativos. No caso de responsabilidade internacional por atos do Poder Legislativo adota-se o seguinte procedimento: *a)* se a lei é mandatória e viola o acordo do GATT ela é anulada, mesmo que não tenha se tornado efetiva; *b)* se a lei não é mandatória e pode ser implementada de acordo com o GATT, então ela não é considerada contrária "ipso facto" ao GATT. Os Grupos Especiais recomendam a "restitutio in integrum" em caso de reparação. "O prejuízo sofrido antes e durante o procedimento não é levado em consideração. As sanções são "retaliações levemente punitivas".

O GATT apresenta algumas diferenças: *a)* as suas normas são programáticas; *b)* os procedimentos eram fracos. Já no GATT 94 os "panels" foram reforçados, mas a sua decisão não é obrigatória. Sendo ela submetida a uma avaliação política e pode ser bloqueada; *c)* ausência de um quadro institucional. No GATT saíram perdendo os consumidores e pequenos países exportadores industrializados.

O GATT 94 é formado pelos acordos relativos aos GATS e ao TRIPS (acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio — Trade Related of Intellectual Property Rights) que integram a OMC e só pode aderir a tais acordos quem é da OMC. Quem quer aderir a OMC tem que também aderir ao GATT 94.

A solução de controvérsia é administrada pelo Órgão para a Solução de Controvérsias. Não há sanções eficazes e são proibidas contramedidas unilaterais.

A solução de controvérsia é administrada pelo Órgão para a Solução de Controvérsias. Não há sanções eficazes e são proibidas contramedidas unilaterais.

A solução de um litígio começa por uma negociação que se não chegar a obter êxito no prazo de sessenta dias, então se deve criar um "panel", que tem a sua composição fixada pelo Direito Geral da OMC. O "panel" envia relatório ao Órgão de solução de Controvérsias (OSC) que é adotada em sessenta dias se não houver apelação.

O GATT de 1994 está inserido no Anexo I do Acordo de Marraqueche.

A própria globalização consagrada nos acordos de Marraqueche não é total. Não houve acordo sobre a cláusula social. Alguns acordos são muito limitados, como o sobre o meio ambiente. Os audiovisuais foram objeto de um acordo que não é claro. Os acordos sobre transportes marítimos, telecomunicações e turismo não têm maior alcance prático. Acresce ainda que o comércio de aeronaves civis, laticínios e carne bovina foram objeto de acordos, mas que são facultativos.

Houve uma globalização, mas não uma uniformização das normas, inclusive os acordos prevêm inúmeras exceções. Os países do 3º e 4º Mundos serão submetidos às regras de direito comum, mas conservam para estes países "tratamentos especiais e diferenciados". Uma outra questão é se o GATT conseguirá controlar os acordos de comércio das "entidades econômicas regionais" (Jean Touscoz).

Tem sido assinalado que o GATT de 1994 não torna inteiramente caduco o GATT de 1947. As regras específicas do GATT de 1994 prevalecem sobre as de 1947. Pierre Michel Eisemann afirma que os acordos de 1994 não são uma "ruptura fundamental" com o de 1947.

A OMC não é uma organização especializada na ONU (Thiebaut Flory) e o seu acordo não menciona os países em desenvolvimento. As suas atividades não são coordenadas pelos órgãos da ONU.

A OMC foi criada para fiscalizar o comércio internacional e criar o sistema de solução de litígios.

294. A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) foi criada em 1964 por resolução da Assembleia Geral da ONU. Ela "é um órgão da Assembleia Geral" (Vellas), não sendo assim uma organização especializada autônoma e sim um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Em consequência, o seu estatuto pode ser modificado por resolução da Assembleia-Geral.

Ela visa desenvolver o comércio internacional, tendo em vista o desenvolvimento econômico e formular princípios de política comercial no plano internacional.

As suas decisões não são obrigatórias. Ela tem sido utilizada pelos subdesenvolvidos como um grupo de pressão. Daí ter-se dado ironicamente à sigla da UNCTAD o seguinte significado: Under No Circumstance Take Any Decision (em nenhuma circunstância tome qualquer decisão).

Os seus órgãos são: a) Conferência Geral, que se reúne no máximo uma vez a cada três anos. Ela se reuniu em Genebra (1964), Nova Deli (1968), Santiago do Chile (1972), Nairobi (1976) e, mais recentemente, em Belgrado (1983); b) Conselho de Comércio e de Desenvolvimento — é o órgão permanente, com 55 membros (22 vagas para a Ásia e África; 18 para os Estados desenvolvidos; nove para a América; seis para as democracias populares da Europa). Tem quatro Comissões: 1) de Produtos de Base; 2) de Transportes Marítimos;²² 3) de Artigos Manufaturados e 4) de Financiamentos; c) Secretariado (o secretário-geral é designado pelo Secretário-geral da ONU e confirmado pela Assembleia Geral). Possui ainda alguns comitês.

A sede é em Genebra.

295. A Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO) foi criada pela Assembleia Geral da ONU em 1965, com a finalidade de incrementar a industrialização dos países subdesenvolvidos, propor medidas técnicas e financeiras, realizar estudos, etc.

Ela tem a seguinte estrutura: a) Conselho de Desenvolvimento Industrial (45 membros divididos geograficamente: 18 para os subdesenvolvidos da África e Ásia; 15 para os Estados desenvolvidos; sete para a América Latina; cinco para as democracias populares da Europa são eleitos pela Assembleia Geral). O Conselho submetê um relatório mensal à Assembleia Geral por intermédio do CES, que pode fazer observações; b) Secretariado (o diretor-geral é designado pelo Secretário-geral da ONU e confirmado pela Assembleia Geral); c) Conferência Geral. O Conselho pode criar órgãos subsidiários.

Ela não era uma organização especializada autônoma, mas uma "organização interna" da ONU no âmbito da Assembleia Geral, isto é, um órgão subsidiário da Assembleia Geral. Em consequência, o seu estatuto

pode ser modificado por resolução da Assembleia Geral. As suas decisões não são obrigatórias.

Os seus funcionários estão submetidos ao estatuto dos funcionários da ONU. Finalmente, os Estados não membros da ONU podem fornecer ou receber prestações da UNIDO.

A sede é em Viena.

Em 1979 foi concluído um tratado transformando a UNIDO em organização especializada com as consequências daí decorrentes.

295A. Em Roma, em 1976, reuniu-se a Conferência das Nações Unidas para a criação de um Fundo Internacional para o Desenvolvimento da Agricultura. Em 1977 o tratado entrou em vigor e neste mesmo ano uma resolução da Assembleia Geral lhe reconheceu o estatuto de organização especializada da ONU. A sua finalidade é aumentar a produção alimentar e melhorar o nível de nutrição das populações mais pobres nos países que apresentam maior déficit alimentar. Deverá cooperar com a FAO.

Em matéria de votação, tem sido assinalado que ele é controlado pelo 3º Mundo.

A sede é em Roma.

A sua estrutura compreende: a) Conselho de Governadores; b) Comitê Executivo; c) Presidente.

Ele financia projetos e programas.

NOTAS

1. Amos J. Peaslee — *International Governmental Organizations*. 2 volumes, 1956; Camille Gut — *Les accords de Bretton Woods et les institutions qui en sont issues*, in *RdC*, 1948, vol. I, t. 72, págs. 71 e segs.; Henri Bonnet — *Les Institutions Financières Internationales*, 1963, págs. 425 e segs.; Marc Manteceau — *L'Organisation Internationale du Travail*, 1959; Paul Reuter — *Institutions Internationales*, 1963, págs. 232 e segs.; Georges Scelle — *L'Organisation Internationale du Travail et le BIT*, 1930; Theodoro Besterman — *UNESCO*, 1951; René Coutrin — *L'Organisation Permanente du Travail et son Action*, 1923; Léon-Eli Troclet — *Législation Sociale Internationale*, 1952; Ernest Mahaim — *L'Organisation permanente du travail*, in *RdC*, 1924, vol. III, t. 4, págs. 69 e segs.; C. W. Jenks — *Co-ordination: The new problem of international organization*, in *RdC*, 1950, vol. II, t. 77, págs. 157 e segs.; D. W. Bowett — *The Law International Institutions*, 1963; J. C. Sampaio de Lacerda — *Organização Intergovernamental Consultiva para a Navegação Marítima (IMCO) — Suplemento do Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, 1965; Jacob Schenkman — *International Civil Aviation Organization*, 1955; M. A. G. van Meerhaeghe — *International Economic Institutions*, 1966; Thiébaud Flory — *Le GATT — Droit International et Commerce Mondial*, 1968; Georges Fischer — *L'UNCTAD et sa place dans le système des Nations Unies*, in *AFDI*, 1966, págs. 234 e segs.; C. Wilfred Jenks — *Social Justice in The Law of Nations, The ILO Impact after Fifty Years*, 1970; Geraldo Bezerra de Moura — *A competência da OACI em matéria de arbitragem internacional*, 1967; J. M. Reinaud — *L'Agence International de l'Énergie Atomique*, 1970; D. Carreau — *Le Fonds Monétaire International*, 1970; Jacques e Colette Nême — *Organisations Économiques Internationales*, 1972; Jacob Dolinger — *Repercussão no Fundo Monetário Internacional do Direito Internacional Privado*, s.d.; Aleth Manin — *L'Organisation de l'Aviation Civile Internationale*, 1970; Nicolas Valticos — *Droit international du travail*, 1970 e suplemento de 1973; Robert Charvin — *L'organisation des Nations Unies pour le développement industriel*, in *RGDIP*, Juin-Sept., 1969, n° 3, págs. 744 e segs.; Robert Charvin — *Aperçu de l'évolution de l'ONUDI (1967-1970)*, in *RGDIP*, Janvier-Mars 1971, n° 1, págs. 105 e segs.; Harold Karan Jacobson — *International Institutions for Telecommunications. The ITU's Role*, in *The International Law of Communications*. editado por Edwards McWhinney, 1971, págs. 51 e segs.; L.-M. Mitchell — *Organisations Internationales*, in *Dalloz — Répertoire de Droit International*, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 517 e segs.; Nicolas Valticos — *Organisation Internationale du Travail*, in *Dalloz — Répertoire de Droit International*, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 537 e segs.; Kenneth W. Dam — *The GATT, Law and International Economic Organisation*, 1970; Robert Lavalle V. — *La Banque Mondiale et ses filiales: aspects juridiques et fonctionnement*, 1972; Michel Koulouris — *Les Aspects Recents du Droit International em Matière des Transports Maritimes Internationaux*, 1973; D. Carreau — *Le Système Monétaire International*, 1972; Edward S. Mason e Robert E. Asher — *The World Bank since Bretton Woods*, 1973; Gérard Lyon-Caen — *Droit Social International et Européen*, 1974; James Patricê Sewell — *Functional Agencies, in the Future of the International Legal Order*, editado por Cyril E. Black and Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 480 e segs.; F. A. Mann-Studies in International Law, 1973, págs.

591 e segs.; *Revista Brasileira de Política Internacional*, janeiro/junho de 1972 (sobre a III UNCTAD); *Pays en voie de développement et Transformation du Droit International*, Colloque d'Aix-en-Provence, 1974, págs. 89 e segs.; André Farhi — *Le Règle du Dollar Hegemonie et Declin*, in Yann Fitt, André Farhi e Jean-Pierre Vigier — *La Crise de l'impérialisme et la troisième guerre mondiale*, 1976, págs. 109 e segs.; Claude Gueydan — *Naissance et organisation de L'aide au développement dans le système des Nations Unies*, in A. Colombeau e outros — *Études de Doctrine et de Droit International du Développement*, 1975, págs. 197 e segs.; Celso Lafer — *O GATT. a Cláusula da Nação mais Favorecida e a América Latina*, in *BSBDI*, janeiro-dezembro, 1972-74, n°s 55/60, págs. 133 e segs.; Joseph Ekedí Samnik — *Une nouvelle institution spécialisée, l'OMPI*, in *RGDIP*, t. 81, 1977/2, págs. 466 e segs.; Dominique Carreau, Patrick Juillard e Thiébaud Flory — *Droit International Economique*, 1978, especialmente págs. 91 e segs. e 230 e segs.; os trabalhos de Dominique Carreau (*Le pouvoir de contrôle du Fonds Monétaire International*, págs. 275 e segs.), Andrés Rigo Sureda (*La surveillance exercée par la Banque Mondiale*, págs. 299 e segs.), Nicolas Valticos (*L'inspection internationale dans le droit international du travail*, págs. 379 e segs.) e Claude-Henri Vignes (*L'inspection internationale au sein de l'Organisation Mondiale de la Santé*, págs. 439 e segs.), in *L'Inspection Internationale*, coordenação de Georges Fischer e Daniel Vignes, 1976; Jean-Luc Mathieu — *Les Institutions Spécialisées des Nations Unies*, 1977; Claude-Henri Vignes — *La Régionalisation de l'Organisation Mondiale de la Santé*, in *Société Française pour le Droit International — Régionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, 1977, págs. 188 e segs.; Nicolas Valticos — *Normes Universelles et Normes Régionales dans le Domaine du Travail*, in *Société Française pour le Droit International — Regionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, 1977, págs. 289 e segs.; Robert Solomon — *O Sistema Monetário Internacional 1945-1976*, 1979; Stephen Zamora — *Voting in International Economic Organization*, in *AJIL*, July 1980, vol. 74, n° 3, págs. 566 e segs.; Suzanne Bastid — *Sur Quelques Problèmes Juridiques de Coordination dans la Famille des Nations Unies*, in *Mélanges Offerts à Paul Reuter*, 1981, págs. 75 e segs.; Pierre Keller — *L'avenir du système monétaire international*, in *Quel nouveau Ordre économique international?*, *Annales d'Études Internationales*, 1978, págs. 25 e segs.; Ary Pezutti — *A Agência Internacional de Energia Atômica*, 1980 (mimeografado); *O Sistema Monetário Internacional — Biblioteca Salvat de Grandes Temas*, 1979; Félix Fernández-Shaw — *Organización Internacional de las Telecomunicaciones y de la Radiofusión*, 1978; Jacques Blanc — *Le Système Monétaire International*, in *Droit Économique II*, 1979, págs. 1 e segs.; Thiébaud Flory — *Les accords du Tokyo Round du GATT et la réforme des procédures de règlement des différends dans le système commercial interetatique*, in *RGDIP*, t. 86, 1982, n° 2, págs. 235 e segs.; Joel Lebullenger — *La portée des nouvelles règles du GATT en faveur des parties contractantes en voie de développement*, in *RGDIP*, t. 86, 1982, n° 2, págs. 254 e segs.; Anthony Sampson — *Os Credores do Mundo*, s.d.; Arnaldo Sussekind — *Direito Internacional do Trabalho*, 1983; Daniel Jouanneau — *Le GATT*, 1980; Reinhard Rainer — *La Fonction de Contrôle: L'Exemple de l'AIEA*, in *Société Française pour le Droit International — Les agents internationaux*. Colloque d'Aix-en-Provence, 1985, págs. 108 e segs.; Joseph Gold — *Developments in the International Monetary System, the International Monetary*

Fund and International Monetary Law since 1971. *in* RdC. 1982. vol. 1, t. 174, págs. 107 e segs.; Société Française pour le Droit International — Les Nations Unies et le Droit International Économique. Colloque de Nice. 1986, especialmente, págs. 169 e segs., 197 e segs. e 311 e segs.; Samuel Lichtensztein e Monica Baer — Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, 1987; Henri Bretaudeau — La Banque Mondiale, 1986; Sílvia Marina Pinheiro — Legislação Brasileira Anti-dumping e de subsídios: um estudo comparativo, 1992 (tiragem mimeografada); Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros — Natureza Jurídica e Eficácia das Cartas de Intenções ao FMI, *in* BSBDI, julho/dezembro 1991, n^{os} 75 e 76, págs. 51 e segs.; Michel Lelart — Le Fonds Monétaire International, 1991; Arnaldo Sussekind — Convenções da OIT, 1994; Hans Albiecht Schraepel — Organisations Internationales et Européennes, 1995; Jacques Fontanel — Organisations économiques internationales, 1995; Paulo Nogueira Batista — Cláusula social e comércio internacional: uma antiga questão sob nova roupagem. *in* Política Externa, vol. 3, n^o 2, setembro-outubro-novembro, 1994; Paulo Roberto de Almeida — O Fim de Bretton-Woods? A Longa Marcha da Organização Mundial de Comércio, *in* Contexto International, vol. 16, n^o 2, julho-dezembro, 94 págs., 249 e segs.; Michel Bélanger — Instituições Económicas Internationales, 1992; Patrick Musserlin — La nouvelle organisation mondiale du commerce, 1995; Nicolas Valticos — Les Conventions de l'organisation internationale du travail à la croisée des anniversaires, *in* RGDIP, 1996, págs. 5 e segs.; Francis Maupain — La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial; un lien ou un frein? *in* RGDIP, 1996, 1, págs. 45 e segs.; Société Française pour le Droit International — Colloque de Nice — La Réorganisation Mondiale des Échanges (Problèmes juridiques), 1996. Yves Beigbeder — L'Organisation Mondiale de la Santé, 1997; Celso Lafer — A OMC e a regulamentação internacional: uma visão brasileira, 1998; Sylvie Ciabrini — Les Services dans le Commerce International, 1996; Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio, coordenadores: Paulo Borba Casello e Araminta de Azevedo Mercadante, 1998; Philippe Moreau Defarges — Les organisations internationales contemporaines, 1996; Michel J. Trebilcock e Robert House — The Regulations of International Trade, 1996; Hélène Ruiz Fabri — L'appel dans de règlement des différences de l'OMC: trois ans après quinze rapports plus tard, "in" RGDIP, t. 103, 1999/1. págs. 47 e segs.

2. Este dispositivo não foi aplicado às organizações já existentes, uma vez que alguns Estados, que não eram membros da SDN (EUA), se opuseram a isto. Por outro lado, nem todas as que foram criadas após a Liga foram colocadas sob a sua autoridade.

3. Eles também não têm direito de voto.

4. Em 1946, os EUA propuseram que todas elas tivessem a sua sede em Nova Iorque, o que não foi aprovado, encontrando a oposição de inúmeros países, inclusive a França.

5. Os seus orçamentos são examinados pela Assembléia Geral, que poderá fazer-lhes recomendações (art. 17, alínea 3^a).

6. Ela tinha por finalidade regulamentar o comércio internacional e teria como órgãos: a) Assembléia; b) Comitê Executivo (17 membros) e c) Secretariado, tendo à sua frente um diretor-geral. Ela foi criticada no Congresso dos EUA porque elogiava a planificação e abria caminho para uma organização dirigista de produtos de base, etc.

7. Esta parte XIII é o projeto de convenção preparado pela "Comissão de Legislação Internacional do Trabalho" (15 membros), que fora constituída pela Conferência da Paz e que tinha por missão estudar a situação do trabalhador sob o ângulo internacional.

8. O Estado deve submeter aos seus órgãos competentes a recomendação no prazo máximo de 12 a 18 meses, para que sejam adotadas as medidas legislativas cabíveis. As recomendações são utilizadas para aqueles assuntos em que ainda não é possível se fazer uma convenção internacional. "Esta fórmula apresenta uma vantagem... para os Estados federais, se a matéria de que elas tratam é da competência não do Estado federal, mas das coletividades membros" (Colliard). As "recomendações" dão aos Estados uma diretriz, porque a regulamentação do assunto será feita pela legislação interna. A forma de recomendação é utilizada para assuntos não amadurecidos ou, ainda, para complementar uma convenção. O Executivo é obrigado a enviar ao Legislativo as recomendações, mas não é obrigado a sancionar a lei que for elaborada. É de se acrescentar que a Conferência toma ainda resoluções que não têm qualquer aspecto obrigatório para os Estados.

9. As convenções deverão ser submetidas, no prazo máximo de 12 a 18 meses, ao Legislativo, para sua aprovação. Estas, ao contrário das recomendações, regulamentam internacionalmente a matéria. Sobre as recomendações podemos acrescentar que elas deverão ser submetidas no prazo máximo de 12 a 18 meses "a autoridade ou autoridades a que compete o assunto, tendo em vista transformá-las em lei ou adotar medidas de outra ordem". É interessante observar que os Estados, mesmo quando não ratificam as convenções da OIT, se forem solicitados por ela, são obrigados a informar o porquê da recusa.

10. É o próprio Conselho que determina quais são estes países que não são fixos. Desta decisão do Conselho cabe recurso para a Conferência.

11. Entre os seus antecedentes estão: a) em 1913 a Holanda convocou uma conferência, que não se reuniu por causa da guerra, para a criação da Organização Internacional de Educação; b) a Bélgica e a França propuseram a criação de uma Comissão de Cooperação Intelectual como órgão consultivo do Conselho e da Assembléia da SDN, instituída em 1921 e que em 1930 passou a ter um Comitê Executivo que deveria fiscalizar a execução do que fora decidido na Comissão; c) em 1924 a França criou o Instituto Internacional de Cooperação Intelectual, com sede em Paris, que foi posto à disposição da Liga.

12. A 1^a Conferência Sanitária Internacional foi convocada por Napoleão III e se reuniu em 1851 em Paris. Posteriormente, outras se reuniram: 1859 (Paris), 1866 (Constantinopla), 1874 (Viena), 1881 (Washington), 1885 (Roma), etc. Em Roma (1907) foi criada, com sede em Paris, a Secretaria Internacional de Higiene Pública. A SDN, em 1920, criou a Comissão Temporária de Epidemias, que acabou por transformar em um Comitê de Higiene. Em 1944, parte das suas funções passou para a UNRRA (Administração das Nações Unidas para o Socorro e Reconstrução). A idéia da OMS surgiu na Conferência de São Francisco. Estes são alguns dos antecedentes da OMS.

13. Entre os seus antecedentes estava o Instituto Internacional de Agricultura, criado pela Convenção de Roma (1905), com a finalidade de prestar informação e preparar estatísticas.

14. A primeira conferência internacional sobre o assunto foi a de Bruxelas, em 1853, que estudou as condições meteorológicas nos mares.

15. Os seus membros eram os diretores dos serviços meteorológicos dos Estados.

15A. Em 1945, Truman fala em um acordo internacional para a renúncia ao uso da bomba atômica e a utilização pacífica do átomo. Em 1946, Bernard Baruch propõe a criação de uma autoridade internacional.

15B. O FMI não dá empréstimo. Os Estados, para utilizarem os recursos do FMI, têm o direito de saque, isto é, a compra de "divisas estrangeiras em troca de ouro ou de sua própria moeda nacional", com o compromisso de recomprar a sua moeda em ouro ou em divisas convertíveis. O FMI tem também os denominados "stand by agreements" ou acordos de confirmação que "consiste em uma linha de créditos cujas modalidades de abertura e utilização foram previamente debatidas entre o Fundo e um de seus membros, e que permite a este último efetuar, durante um período e sobre um montante determinado, um saque sobre o fundo conforme as condições preestabelecidas. Este acordo tem dois documentos: a) um, estabelecendo as condições do saque; b) o outro é um memorando do Ministro da Fazenda fixando a política monetária do Estado. Este tipo de acordo é que tem sido mais utilizado, a partir de sua criação em 1952. Estes são menos rígidos do que os saques. Estes não atendiam ao FMI, que tinha pouco tempo para estudar o pedido, nem ao Estado, que tinha muitas vezes necessidades urgentes. Também existe aqui a obrigação de o Estado fazer a recompra. Estes acordos são tratados internacionais, apesar de o memorando do Ministro da Fazenda ser um "ato unilateral" (D. Carreau). O Estado só tem acesso aos recursos após a remessa da carta de intenção, sendo que o primeiro caso ocorreu em 1952, para atender a Bélgica. Uma questão bastante discutida é a natureza do "stand-by arrangement". Em 1979 o FMI considerou que não são acordos internacionais mas composição (*arrangement*). Joseph Gold afirma que não tem aspecto contratual. François Gianviti afirma que não são registrados, no Secretariado da ONU como os tratados, e no interior dos Estados não estão sujeitos aos procedimentos regulares de aprovação de tratados e que não se aplica a eles as regras de interpretação dos tratados. Para Dominique Carreau é um acordo internacional. Celso Lafer afirma que eles não são obrigatórios para os Estados, mas produzem efeitos jurídicos. Cachapuz de Medeiros (em quem nos fundamentamos) alega que, não sendo tratados, eles só necessitam ser aprovados pelo Senado.

A nossa posição é de que necessitam ser aprovados pelo Congresso Nacional (tese mais democrática), tendo em vista a amplitude do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, e acima de tudo porque as cartas de intenção não cuidam apenas de operações financeiras, mas também da política econômica e social (salário) do Estado. Os denominados direitos especiais de saques foram instituídos pelo Grupo dos Dez (Bélgica, Canadá, França, Alemanha Ocidental, Itália, Suécia, Japão, Grã-Bretanha, Estados Unidos e Holanda), em Estocolmo, em 1968. Surgiu devido à escassez de ouro com fins monetários e também por causa das crises de confiança no dólar. Eles são mais um passo para a criação de um papel-moeda internacional, que serviria para o pagamento de dívidas entre autoridades monetárias. Constituem uma conta própria e têm sido considerados uma "moeda escritural internacional". É uma retirada incondicional. A sua finalidade seria evitar a estagnação econômica e atender a liquidez, vez que os DES podem ser fornecidos periodicamente. As instituições detentoras de DES (Estados e algumas organizações financeiras internacionais) podem transacionar livremente entre eles. Os DES não

podem ser usados nas transações em que participem pessoas privadas. Alguns autores consideram que os direitos especiais de saque aumentam a inflação. Eles têm uma liquidez internacional incondicional. A sua retirada não depende de autorização do FMI. O Estado pode retirar livremente dentro dos limites que lhe são fixados, ficando assim igual a uma reserva monetária. Os direitos especiais de que são proporcionais às quotas de ouro dos Estados, o que é criticado, porque só EUA com isto tiraram quantia quase igual à de todos os países em desenvolvimento. Eles podem ser usados para pagar dívidas a governos ou a bancos. O maior número de quotas é dos EUA. Tais direitos foram utilizados pelos EUA para sustentar o dólar entre 1970 e 1974. Ainda aqui surge a idéia de reembolsar, bem como que a obrigação fundamental é "de fornecer moeda efetivamente convertível a outro participante em troca de direitos especiais de saque" (D. Carreau). Ele tem emissões periódicas. Os direitos especiais de saque já existiam no Plano Keynes. Pode-se observar que o auxílio financeiro dado pelo FMI é feito mediante um intercâmbio de moedas. É de se esclarecer que o Grupo dos Dez surgiu em 1961, quando dez países colocaram à disposição do FMI dez bilhões de dólares. Ele acabou por se erigir em um "centro de decisão autônomo". O grande problema do sistema monetário internacional é, como diz Robert Solomon, a independência política dos Estados e a sua dependência econômica.

16. Nos Conselhos de Governadores e Administradores cada Estado tem 250 votos e mais um voto por cada quota subscrita.

16A. No início o BIRD determinava nos seus empréstimos que os acordos deviam ser interpretados nos termos do direito do Estado de Nova Iorque.

17. É de se assinalar que no âmbito da ONU, além dos organismos financeiros citados (FMI, BIRD, AID, SFI), existe o Fundo Especial das Nações Unidas. Ele possui também um diretor-geral nomeado por quatro anos pelo Secretário-geral da ONU. Tem ainda um Comitê Consultivo (Secretário-geral da ONU, presidente do BIRD, diretor do Bureau de Assistência Técnica das Nações Unidas). Ele visa conceder empréstimos aos subdesenvolvidos para atenderem às suas necessidades imediatas.

Em 1965 o Fundo Especial das Nações Unidas e o Programa de Assistência Técnica foram fundidos em um Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que tem um Conselho de Administração (48 membros eleitos pelo Conselho Econômico e Social); um diretor e um Bureau Consultivo (formado pelo Secretário-geral da ONU e os chefes dos Secretariados das organizações especializadas).

O PNUD é um programa de assistência multilateral ao "pré-investimento", visando pesquisar os recursos naturais, criar estruturas permanentes necessárias ao desenvolvimento, etc. Ele está sob a autoridade do CES e da Assembléia Geral.

É financiado por quase todos os Estados.

Existe ainda o Programa Alimentar Mundial, que é dirigido pela ONU e pela FAO, com um comitê (20 membros) e um Secretariado, que tem à sua frente um diretor-geral. Está sendo criado ainda o Fundo de Equipamento das Nações Unidas.

Pôdemos mencionar, ainda no âmbito da ONU, o Fundo Internacional de Socorro à Infância (UNICEF-FISI), que foi criado provisoriamente em 1946 pela Assembléia Geral e definitivamente estruturado em 1953. A sua finalidade é auxiliar a infância, principalmente no aspecto de saúde e nutrição. Possui a seguinte estrutura: a) Comitê Executivo (30 membros); b) Comitê de Programas (16 membros); c) Comitê Administrativo (dez membros). Possui um diretor-executivo, que

está sob a autoridade do Secretário-geral da ONU. O seu programa é fixado anualmente pela Assembléia-Geral e pelo CES. Em 1965, o Fundo recebeu o Prêmio Nobel da Paz. A sede é em Nova Iorque. Em 1953 o United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF) foi transformado em United Nations Children's Fund, que contudo manteve a sigla UNICEF, por já estar conhecida.

O Fundo das Nações Unidas para questões de população foi criado em 1967 pelo Secretário-geral, tendo em vista resoluções da Assembléia Geral e do CES. Ele visa prestar auxílio aos governos em matéria de população, promovendo o conhecimento dos problemas demográficos e suas conseqüências econômicas e sociais.

Pode-se mencionar ainda um programa das Nações Unidas (UNEP) para o Meio Ambiente, com sede em Nairobi.

Em 1975 a Assembléia Geral criou o Fundo Especial das Nações Unidas para os países sem litoral.

Estes Fundos não são organismos especializados, vez que não têm a autonomia destes, apesar de possuírem autonomia financeira.

Os denominados Programas criados no âmbito das NU surgem quando a organização necessita planificar a sua ação e fixar objetivos a que ela pretende se consagrar. A sua finalidade é orientar a atividade da organização. Ele é executado pela organização e, muitas vezes, pelos Estados contribuintes ou beneficiários. Os programas de assistência técnica, geralmente, têm princípios diretores.

18. Anterior a esta, existia a União Telegráfica Austríaco-alemã (1850).

19. A sua antecessora foi a Comissão Internacional de Navegação Aérea (CINA), instituída pela Convenção de Paris de 1919, que regulamentou o aspecto técnico da aviação. Outras convenções sobre navegação aérea foram concluídas, assim a Ibero-americana (1926) criou uma Comissão Ibero-americana de Navegação Aérea; a Pan-americana de Havana (1928), que não criou um organismo internacional, e em 1937 uma conferência interamericana criou a Comissão Aérea Pan-americana.

A Convenção de Chicago veio unificar a regulamentação da navegação aérea. Entre 1945 e até a entrada em funcionamento da OACI funcionou a Organização Provisória da Aviação Civil Internacional. É interessante assinalar a existência, no domínio aéreo, de uma organização internacional não-governamental que é a International Air Transport Association (IATA), que assegura a cooperação entre as companhias de navegação aérea. A sua sede é em Montreal.

20. É interessante repetir a observação de Aleth Manin, de que as decisões da OACI não produzem efeitos diretos na ordem interna dos Estados-membros, entretanto, estes não se encontram obrigados a introduzir os regulamentos da OACI na sua ordem interna.

20A. Por exemplo: União de Berna (Convenção para a proteção de obras literárias e artísticas) e União de Paris (Convenção para a proteção da propriedade industrial).

21. O próprio Everyman's United Nations o estuda entre as organizações especializadas, fazendo ressalva.

22. Um problema a respeito dos transportes marítimos é a questão dos fretes. Países como Japão, Itália, França, Inglaterra, etc., consideram que a taxa de frete é problema de mercado. Os países subdesenvolvidos consideram que o frete deve ser diminuído para facilitar as suas exportações. Este problema começou a ser discutido na conferência de Nova Deli (M. Koulouris).

CAPÍTULO XXVII

ORGANIZAÇÕES REGIONAIS E OUTRAS

296 — *O regionalismo nas organizações internacionais*; 297 — *As organizações européias*: a) *Conselho da Europa*; b) *Conselho Nórdico*; c) *Associação Européia de Livre Comércio*; d) *União Econômica da Bélgica, Holanda e Luxemburgo*; e) *Comunidade Européia do Carvão e do Aço*; f) *Comunidade Econômica Européia*; g) *Comunidade Européia de Energia Atômica*; h) *União da Europa Ocidental*; i) *Pacto de Varsóvia*; j) *Conselho de Assistência Econômica Mútua*; l) *BERD*; m) *Organização do Tratado do Atlântico Norte*; n) *Organização Européia de Cooperação Econômica e Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico*; 298 — *Organizações Asiáticas*: a) *Associação do Sudeste Asiático*; b) *Organização do Tratado Central*; c) *Organização do Tratado para a Defesa Coletiva do Sudeste Asiático*; d) *Organização de Segurança e Assistência entre Austrália, Nova Zelândia e EUA*; e) *Conselho de Cooperação dos Estados Árabes do Golfo*; 299 — *Organizações Africanas*; 300 — *Liga dos Estados Árabes*; 301 — *Organizações americanas*: a) *Associação Latino-americana de Livre Comércio e Associação Latino-americana de Integração*; b) *Organização dos Estados Centro-americanos*; c) *Organização das Caraíbas, CARIFTA*; d) *Organização dos Estados Americanos*; e) *Mercado Comum Centro-americano*; f) *Agência para a Proscrição de Armas Nucleares*; g) *Grupo Andino*; h) *Sistema Econômico Latino-americano*; i) *Mercosul*; j) *Outras organizações americanas*; 301A — *Organizações sobre produtos de base*; 301B — *Organização Mundial de Turismo*; 30C — *APEC*.

296. O regionalismo,¹ como já vimos (Capítulo VII), se manifestou no DI, que possui poucas normas realmente universais. Ele é o resultado de uma comunhão de interesses, de contigüidade geográfica e de cultura semelhante. Para atender a tais interesses é que surgiram as organizações

internacionais de âmbito regional. Elas visam atender os problemas que são próprios destas regiões.

Joseph Nye acrescenta, ao lado da organização regional, as organizações quase regionais. Aquelas são as em que os membros apresentam uma contigüidade geográfica e estas serão as restritas a determinada área, mas que na prática admitem membros não regionais (OTAN, OTASE).

Karl Deutsch apresenta uma série de condições para o aparecimento do regionalismo e uma integração: *a)* os países devem ter um código comum para se comunicar; *b)* a velocidade dos contatos; *c)* valores básicos compatíveis; *d)* a previsibilidade do comportamento dos demais; *e)* uma elite que não se sinta ameaçada pela integração (v. nº 256). Pode-se acrescentar com Petersmann que "existe em todos os continentes subdesenvolvidos uma tendência no sentido de uma integração regional refletindo o desenvolvimento de uma economia mundial de internacional para regional". Pode-se lembrar que as organizações regionais podem ser criadas como uma "técnica a serviço da hegemonia" (Remiro Brotons).

O Pacto da Liga das Nações, no seu art. 21, já previa a existência destes acordos e alianças regionais, para a manutenção da paz. Entretanto, este dispositivo se encontrava mal redigido e colocava entre os acordos regionais a Doutrina de Monroe, que jamais foi objeto de qualquer acordo e, em consequência, nunca foi uma aliança. Este dispositivo fora proposto por Woodrow Wilson.

A Carta da ONU dedica o seu Capítulo VIII (arts. 52, 53 e 54) aos acordos regionais.² Ela submete estes "acordos ou entidades regionais" a determinadas condições: *a)* "à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional"; *b)* a sua compatibilidade "com os propósitos e princípios das Nações Unidas".

Estes acordos ou entidades constituirão a primeira instância para a solução pacífica das controvérsias. Eles "empregarão todos os esforços para chegar a uma solução pacífica das controvérsias", estipula a Carta da ONU, "antes de as submeter ao Conselho de Segurança". Entretanto, isto não significa que o Conselho de Segurança ou a Assembléia Geral da ONU não possam tomar conhecimento de uma controvérsia local quando ela estiver submetida a um organismo regional (arts. 52, alínea 4^a, 34 e 35).

Os organismos regionais não podem levar a efeito qualquer ação coercitiva sem autorização do Conselho de Segurança.

Nestes organismos se consagra o direito de legítima defesa individual e coletiva "até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais". Esta posição decorre do fato de que o direito de legítima defesa é um dos direitos fundamentais dos Estados e que não existe um exército internacional.³ É de se assinalar que cabe ao Estado ou Estados verificarem individualmente se são vítimas de uma agressão e, por conseguinte, se podem

exercer o direito de legítima defesa. É evidente que o Conselho de Segurança poderá depois considerar que não houve agressão e que o direito de legítima defesa não poderia ter sido exercido. Por outro lado, é de se salientar que o Conselho de Segurança poderá ficar paralisado pelo veto. Em outras palavras, o Estado individualmente ainda possui largos poderes no domínio da segurança coletiva, e, a pretexto de uma legítima defesa, poderá iniciar uma agressão. É verdade que a Assembléia Geral, onde não existe o veto, tem interferido nas questões de segurança coletiva. Jiménez de Aréchaga observa que uma organização regional pode fazer uma operação de manutenção de paz desde que não seja "enforcement action", isto é, se as "tropas" foram enviadas com o consentimento do Estado onde elas vão atuar. O consentimento do Conselho de Segurança só é necessário quando a organização regional ordena e não quando recomenda.

É vedada às organizações regionais a "ação coercitiva". O alcance do art. 53, alínea 1^a, não é pacífico entre os autores. Para Inis Claude é proibida toda e qualquer ação coercitiva, enquanto Mecker considera que a proibição visa apenas a ação coercitiva obrigatória e não a meramente recomendada. É de se recordar que o boicote de Israel pela Liga dos Estados Árabes e as sanções da OUA contra a União Sul-Africana não foram autorizados pelo Conselho de Segurança. Chayes e Mecker consideram que a autorização do Conselho de Segurança para uma ação coercitiva não necessita ser prévia. A OTASE auxiliou o Vietnã do Sul sem comunicar ao Conselho de Segurança.

As organizações regionais têm proliferado, e vários fatores têm sido assinalados como os responsáveis por isto: *a)* o rompimento dos aliados após a 2^a Guerra Mundial; *b)* os EUA, ao perderem o controle da Assembléia Geral da ONU, passaram a incentivar tais organizações onde eles exercem o controle; *c)* são dominadas por uma grande potência; *d)* os pequenos Estados não estão sujeitos ao veto; *e)* imitação da OEA; *f)* integração econômica e política; *g)* as revoluções têm aumentado, e o auxílio às partes em luta é dado pelas organizações regionais. Norton Moore, que mencionava os fatores citados acima, acrescenta alguns em favor do universalismo: *a)* as grandes potências têm interesses universais e devem estar representadas em matéria de segurança; *b)* a decisão tomada por maior número de Estados exprime melhor o interesse da sociedade internacional, etc.

297. A Europa é a região do globo que possui maior número de organizações internacionais⁴ de âmbito regional. Ela possui, como já vimos, uma longa tradição neste sentido. O maior número de projetos de paz perpétua surgiu no continente europeu. A unificação, ou os Estados Unidos da Europa, tem sido a ambição e o ideal dos seus estadistas e pensadores.

Entretanto, após a 2^a Guerra Mundial o impulso para a cooperação européia teve origem mais fora da Europa do que no seu interior.

Na Europa Ocidental foi onde se conseguiram até hoje os maiores progressos no domínio das organizações internacionais. Nela é que se formaram as primeiras e únicas organizações supranacionais: CECA, CEE e EURATOM.⁵ Tal fato decorre não apenas das necessidades do mundo europeu, mas também do seu grande avanço cultural.

A cooperação internacional se faz nos mais diferentes campos de atividade: no domínio cultural, no econômico, no social, etc. Para o estudo das "organizações européias" foi criada uma cadeira com esta denominação no curso de licença em Direito, na França.

a) Conselho da Europa⁶

Foi constituído pelos países que formavam o Tratado de Bruxelas e se originou de uma proposta de Bidault, Ministro do Exterior da França, no Conselho Consultivo da Organização do Tratado de Bruxelas, em 1948. Neste mesmo ano, Schuman envia à Comissão Permanente da organização uma proposta no sentido de criar uma Assembléia Européia. É formado um comitê permanente com a finalidade de estudar a constituição de uma federação européia, cujas conclusões, no sentido de se criar uma organização internacional, foram levadas à apreciação do Conselho de Ministros da UEO, que em 1949 resolveu, com base na proposição mencionada, criar o Conselho da Europa. Reunida pouco depois, no mesmo ano (1949), a Conferência de Londres elaborou a sua estrutura. O tratado resultante desta Conferência foi assinado pelos Estados que eram partes no Tratado de Bruxelas, ou seja, a Bélgica, Inglaterra, Holanda, França, Luxemburgo, Islândia, Itália, Suécia e Noruega. Ele tem atualmente 25 membros.

A sede é em Estrasburgo.

As finalidades do Conselho da Europa são as seguintes: a) "favorecer o progresso econômico e social" dos Estados-membros; b) estabelecer uma "união mais estreita entre seus membros", uma vez que eles estão imbuídos dos mesmos sentimentos; c) defesa dos direitos do homem, etc.

Ele não interfere nos assuntos de defesa dos Estados.

Possui três categorias de membros: a) membros originários ordinários — são os Estados que ratificaram o Tratado de Londres; b) membros ordinários convidados — são aqueles considerados pelo Comitê de Ministros como capazes de respeitar os direitos do homem e a primazia do direito. O convite é feito pelo Comitê de Ministros (Áustria, Turquia, Grécia, etc.), para que dêem sua adesão ao tratado que criou a organização; c) membros associados — são exigidos os mesmos requisitos dos membros ordinários convidados; a diferença é que eles não possuem representante no Comitê de Ministros. O Conselho da Europa não tem nenhum membro nesta categoria, uma vez que o Sarre, que foi membro associado durante algum tempo, foi incorporado à Alemanha.

É facultado aos Estados-membros o direito de se retirarem da organização, bem como o Estado-membro pode ser expulso em caso de violar os direitos do homem. A suspensão de um membro é determinada pelo Comitê de Ministros, quando o Estado se encontra em atraso no pagamento das suas contribuições.

A sua estrutura é a seguinte:

1) *Comitê de Ministros* — é o mais importante dos órgãos do Conselho da Europa. Ele é formado pelos Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membros. Ele conclui convenções e faz recomendações sobre os assuntos que sejam objeto da organização. Reúne-se antes da Assembléia Consultiva.

2) *Assembléia Consultiva* — formada de representantes eleitos pelo Legislativo dos Estados, é a grande inovação do Conselho da Europa. Pela primeira vez os parlamentos são incluídos em uma organização internacional, mesmo de modo indireto. Ele tem 147 membros eleitos. A representação é proporcional ao número de habitantes do Estado: 18 (Alemanha, Inglaterra, Itália e França), dez (Turquia), sete (Holanda, Grécia e Bélgica), seis (Suécia, Áustria e Suíça), cinco (Dinamarca e Noruega), quatro (Irlanda) e três (Islândia, Chipre, Malta e Luxemburgo). Ela se reúne uma vez por ano, podendo realizar sessões extraordinárias. Estes dois órgãos só decidem em matéria administrativa, e nos demais assuntos fazem recomendações para serem apreciadas por cada Estado. É de se salientar que em 1969 a Grécia se retirou do Conselho da Europa.

3) *Secretariado* — tem à sua frente um secretário-geral e um secretário-geral adjunto, que são nomeados pela Assembléia mediante recomendação do Comitê de Ministros.

O Conselho da Europa tem desenvolvido um trabalho da maior importância no domínio dos direitos do homem, em que concluiu uma convenção, bem como elaborou a Carta Social Européia.⁷

b) Conselho Nórdico^{7A}

A idéia de se estabelecer um conselho interparlamentar entre os países nórdicos remonta a 1938; entretanto, ela só se tornou realidade em 1952, com base em uma proposta da Dinamarca. É interessante observar que ela não foi constituída por um tratado internacional, mas, por resolução dos parlamentares dos seus membros, e apenas na Dinamarca, ele é objeto de uma lei.

No Conselho têm assento não apenas os representantes dos parlamentos nacionais, mas também os representantes dos governos. A Dinamarca, Suécia, Finlândia⁸ e Noruega têm direito a 16 parlamentares cada uma, e a Islândia a cinco. Entretanto, o número dos representantes dos governos não é fixado. Ele se reúne uma vez por ano, podendo realizar sessões

extraordinárias, e elege um Presidium (um presidente e quatro vice-presidentes), que prepara a próxima sessão.

O Conselho Nórdico tem competência para tratar de todos os assuntos de interesse comum e que são passíveis de uma cooperação entre os seus membros. Deste modo, ele tem exercido as suas funções nos mais diferentes domínios: cultural, unificação do direito, social, etc.

c) Associação Europeia de Livre Comércio (AELE)⁹

Ela surgiu em virtude de uma resolução do Conselho da OECE no sentido de ser constituída uma organização formada por Estados-membros da OECE que não faziam parte da CEE. As negociações, conduzidas por Reginald Maudling, da Grã-Bretanha, fracassaram. Entretanto, sete países resolveram criar uma “pequena zona de livre comércio” (Dinamarca, Noruega, Portugal, Áustria, Suíça, Inglaterra e Suécia). A AELE entrou em vigor em 1960. Outros Estados entraram nela: Finlândia e Liechtenstein.¹⁰ A Inglaterra e a Dinamarca acabaram ao fim de alguns anos por entrar na CEE. A EFTA tem atualmente os seguintes membros: Noruega, Suécia, Finlândia, Islândia, Áustria e Suíça.

A principal finalidade desta organização é diminuir os inconvenientes da CEE para os seus Estados-membros. Ela visa permitir a estes países melhores condições de negociação com a CEE. Esta última finalidade fracassou. Os direitos aduaneiros entre os seus membros desapareceram em 1967.

A sede é em Genebra.

Ela possui um Conselho de Ministros que fiscaliza a realização das finalidades da convenção. As suas decisões obrigam os Estados, e são tomadas por unanimidade. Ele é assessorado por comités (Comitê de Desenvolvimento Econômico e Comitê Econômico). Tem ainda um Secretariado.

d) União Econômica da Bélgica, Holanda e Luxemburgo (Benelux)

A sua origem está na convenção aduaneira assinada em 1944 em Londres. Em 1949 foi elaborado um protocolo sobre a política comercial, e em 1958 foi instituída a união econômica. Como se pode verificar, ela evoluiu no sentido de um reforçamento dos laços associativos no sentido de que os seus objetivos passaram a ser maiores: de aduaneiros a econômicos.

A sua estrutura é a seguinte: a) Comitê de Ministros (três, no mínimo, para cada membro; cada Estado tem direito a um voto); b) Conselho Interparlamentar Consultivo, que tem 49 membros (21 para a Holanda, 21 para a Bélgica e sete para Luxemburgo); c) Corte de Justiça (criada em 1965), que tem nove juizes e possui três advogados gerais. Os juizes são

escolhidos entre os membros das cortes supremas. Eles são inamovíveis. A sua competência é para “promover a uniformidade na aplicação das regras jurídicas” comuns à Bélgica, ao Luxemburgo e à Holanda que sejam designadas por uma convenção ou por uma decisão do Comitê de Ministros. Ela tem competência jurisdicional e consultiva;¹¹ d) Secretário-geral. Possui ainda comissões, conselhos e um colégio arbitral para decidir as questões que surgem na aplicação dos tratados. O Benelux se insere nas Comunidades europeias.

e) Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)¹²

A sua origem está em uma declaração formulada em Paris, em 1950, por Robert Schuman, que era o Ministro das Relações Exteriores da França. Schuman assinala que a unificação europeia não pode ser realizada “de um só golpe” e que ela deve ter início por “realizações concretas”. A França, em consequência, propõe que a produção franco-alemã de carvão e aço seja colocada sob o controle de uma alta autoridade comum aos dois países.

No mesmo ano se reuniu em Paris uma conferência presidida por Jean Monnet, que elaborou o tratado constitutivo da CECA. Desta conferência participaram: França, Itália, Alemanha Ocidental, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. O tratado entrou em vigor em 1952.

O seu objetivo é estabelecer um mercado comum de carvão e aço entre os países-membros.^{12A}

As comunidades começaram com seis países: França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Posteriormente ingressaram Irlanda, Dinamarca e Grã-Bretanha. Em 1981, entrou a Grécia. E mais recente, em 1986, ingressaram Portugal e Espanha. A Turquia teve seu pedido de ingresso negado pela CEE “por divergências sobre seu sistema político”, mas é membro associado desde 1987. Em 1º de janeiro de 1995 ingressaram: Suécia, Áustria e Finlândia. Pela convenção de Roma de 1957 e pelo tratado de 1965 os órgãos das diferentes comunidades foram unificados. Elas têm também um orçamento em comum.

Em dezembro de 1997, a imprensa noticiou que iniciaram o processo de ingresso na União Europeia os seguintes países: Chipre, Polónia, República Tcheca, Hungria, Eslovênia e Estónia. O referido processo terminará em 2005.

Em 1987 entrou em vigor o Ato Único Europeu e estabeleceu que o Conselho Europeu se reúne, pelo menos, duas vezes ao ano. Ele coloca as bases da institucionalização da União Política. Reforçou o poder da Comissão, que é o órgão mais importante. Unificou os tratados das três comunidades e abrange vários assuntos, como cultura, meio ambiente, etc.

a) Comissão — tem 20 membros. Os comissários são nomeados de comum acordo pelos governos dos Estados. Eles não são representantes

dos Estados. A Comissão é independente dos Estados e dos interesses privados. Cada Estado tem um comissário de sua nacionalidade. Alemanha, Inglaterra, França, Itália e Espanha têm, cada uma, dois comissários. Na Comissão os grandes países designam um representante do governo e outro da oposição. A Alemanha e a Itália designam alguém de um partido de coalizão governamental. Os demais Estados nomearão uma pessoa ligada ao governo. Na Comissão, cada comissário tem um domínio de ação interior. O crescimento das funções levou a uma especialização no seu particular. A Comissão fixa preços, evita concentração de empresas, etc. É o órgão supranacional.

A sede é em Bruxelas. A Comissão pode ser "derrubada" pelo Parlamento por meio de moção de censura, parecendo assim um "governo parlamentar" (Philippe Mannin). (V. adiante o tratado de Amsterdã).

b) Conselho — formado por representantes dos Estados. Cada Estado indica um. Nos assuntos gerais atuam os Ministros do Exterior e nos assuntos setoriais os Ministros ou Secretários das pastas. Até 1974 os representantes eram os Ministros das Relações Exteriores. O Conselho pode ter vários comitês, sendo que o mais importante é o Comitê de Representantes Permanentes (Coreper), que foi criado de fato desde a origem das Comunidades. Ele prepara as reuniões do Conselho e executa os mandatos que lhe são dados. O Coreper é um órgão subsidiário e é formado por um representante de cada Estado. Ele se reúne por convocação de seu presidente, por iniciativa de um dos seus membros ou da Comissão. As deliberações no Conselho exigem maioria qualificada de 45 votos. A Bélgica, Países-Baixos e Grécia têm, cada um, cinco votos, a Alemanha, França, Itália e Grã-Bretanha têm, cada um, dez votos, e Dinamarca e Irlanda têm, cada um, três votos. Portugal tem cinco votos. Luxemburgo 2 votos, e Espanha 8 votos. O denominado compromisso do Luxemburgo, em 1966, substituiu a maioria pela unanimidade, sem que fossem modificadas as regras. O citado compromisso fora adotado quando se colocou fim ao conflito da França com os demais membros e se estabeleceu que naqueles casos em que os interesses dos Estados são importantes eles devem se esforçar em um prazo razoável para obter a unanimidade. Entretanto, em 1982 o Conselho já tomava decisão por maioria. Algumas decisões exigem unanimidade, como a admissão de novos membros. O Conselho é o órgão mais importante, e apesar de ele ser formado por representantes dos Estados, deve levar em consideração os interesses comunitários. Ele decide as questões mais importantes e deve coordenar as atividades das comunidades com os governos que representam. A presidência do Conselho é em ordem alfabética na língua de origem dos Estados-membros: Bélgica, Danmark, Deutschland, Ellas (Grécia), España, France, Ireland, Italia, Luxembourg, Nederland, Portugal e United Kingdom. A presidência é por seis meses, e ao terminar o ciclo de seis anos a ordem recomeça em

semestres invertidos. Assim, quem presidiu no primeiro semestre vai presidir no segundo semestre.

A sede é em Bruxelas.

c) Conselho Europeu — foi institucionalizado, em 1986, pelo Ato Único. É formado por Chefes de Estado ou de Governo. Reúne-se duas vezes por ano na capital do Estado que tem a presidência da comunidade. A sua função é estimular a integração e fixar as diretrizes a serem seguidas. Ele já se reuniu em Maastricht, Lisboa, Edimburgo, etc. Em matéria de política externa e de segurança, a decisão é tomada por unanimidade. Ele é o mais importante órgão da União Européia consagrado no tratado de Maastricht. O mesmo tratado prevê um Comitê das Regiões para atender os "Estados federados" da Alemanha para que eles possam defender os seus direitos perante a federação alemã. A União Européia "consolida as aquisições comunitárias". Na prática, a CEE e a União Européia se misturam e esta parece ser a última etapa daquela. Assim a União Européia usa os órgãos das comunidades tais como Conselho, Comissão, Corte de Justiça, Parlamento Europeu e mesmo as "representações diplomáticas das Comunidades". As comunidades européias foram integradas "em um conjunto mais amplo que é a União Européia" (Philippe Manin). O Conselho Europeu é uma proposta de Giscard d'Estaing em 1974, mas que só foi consagrada na União Européia (Olivier Duhamel).

d) Tribunal de Justiça — até a entrada em vigor da Convenção de Roma, ele era privativo da CECA, entretanto, após esta Convenção, ele passou a ser a Corte de Justiça das Comunidades (ora ele decide como Corte de uma Comunidade, ora de outra). A Corte de Justiça tem 16 juízes com mandato de seis anos (a cada três anos há uma renovação parcial). Cada Estado tem um juiz e o 16º é escolhido rotativamente entre França, Inglaterra, Alemanha e Itália, que passam assim a ter um segundo juiz. Os juízes têm tido os seus mandatos renovados, o que fez Catalano ver, com exagero, o princípio da inamovibilidade. Ela decide em sessão plenária, mas pode criar em certos casos câmaras, como para realizar atos de instrução. Ela tem seis advogados gerais que têm por função apreciar imparcialmente os casos submetidos à Corte e apresentar a ela suas conclusões.

O Presidente é eleito pelos juízes e tem um mandato de três anos.

A Corte nomeia o seu escrivão.

Os Estados podem demandar perante a Corte qualquer Estado que tenha violado as suas obrigações. Entretanto, antes de uma questão ser levada à Corte, ela deve ser submetida à Comissão, que dará o seu parecer após as partes terem apresentado as suas razões.

Ela controla a legalidade dos atos e resoluções do Conselho e da Comissão e aprecia os recursos apresentados contra tais atos no prazo de dois meses por pessoas físicas e jurídicas. Devido aos seus grandes poderes, já foi comparada à Corte Suprema norte-americana (Colin).¹³

Ela decide a título prejudicial: *a*) interpretação dos tratados institutivos das Comunidades; *b*) validade e interpretação de atos emanados dos órgãos das Comunidades, etc. Assim, quando uma questão é levantada sobre tais matérias perante um tribunal interno, este, se achar necessário, pode pedir à Corte para decidir esta questão. Se no tribunal nacional as decisões não forem sujeitas ao recurso jurisdicional, o juiz tem de pedir à Corte para decidir e é obrigado a cumprir o decidido.

O recurso à Corte não tem efeito suspensivo, mas ela pode ordenar a suspensão do ato recorrido.

As decisões da Corte que cominarem uma sanção pecuniária para as pessoas físicas ou sociedades comerciais são executáveis conforme o código de processo civil de cada Estado através da autoridade competente.

A competência da Corte é obrigatória e ela é um órgão permanente. A sua competência é sempre contenciosa.

As fontes aplicadas pela Corte são: *a*) os tratados; *b*) as convenções concluídas no quadro dos tratados; *c*) os atos dos órgãos comunitários elaborados com base nos tratados; *d*) normas de DI; *e*) normas de direito interno (os tratados da CECA, CEE, EURATOM se referem expressamente, em alguns casos, aos princípios gerais comuns aos Estados-membros); *f*) a jurisprudência é considerada uma fonte subsidiária do direito das comunidades.

Outras observações podem ser acrescentadas sobre a Corte e o processo nela existente. Não existem normas sobre a nacionalidade dos juizes. Estes se beneficiam de privilégios e imunidades. Os juizes não podem dar voto em separado. A instituição dos advogados gerais é uma "cópia" do Comissário do Governo junto ao Conselho de Estado francês. Em um processo perante a Corte podem ser partes as pessoas físicas e jurídicas de direito interno, bem como os Estados. O processo é gratuito, mas a Corte pode condenar a parte a reembolsar aquelas despesas que poderiam ser evitadas. A parte também reembolsa as despesas com tradução e a tirada de cópias. As línguas dos países-membros podem ser utilizadas no processo. A sentença é dada na língua do processo e traduzida e publicada na línguas oficiais. O processo tem duas fases, uma escrita e uma oral. Após a fase escrita, a Corte decide se é necessária uma instrução. O processo é público e a sentença obrigatória.

Em 1989 criou um tribunal de primeira instância para julgar os processos relativos a *dumping*, subsídios e de concorrência, etc.

A Corte de Justiça tem sede no Luxemburgo.

e) Assembléia — é a designação que consta de tratado das comunidades, mas desde 1962 ele decidiu se denominar de Parlamento Europeu. Inicialmente, os seus membros eram eleitos pelos parlamentos nacionais. Entretanto, em 1979 houve eleição para ele pelo sufrágio universal direto. A divisão é feita da seguinte maneira: Alemanha (99), França, Itália e Grã-Bretanha (87), Espanha (64), Países Baixos (31), Bélgica, Grécia e

Portugal (25), Dinamarca (16), Irlanda (15), Luxemburgo (6), Áustria (20), Finlândia (16) e Suécia (21). O total é de 624 parlamentares. Tem 60 para a Espanha e 24 para Portugal. Entre as suas funções podemos mencionar: orçamentárias, de controle, legislativa e de sanção. A sua organização é semelhante à das assembleias nacionais.^{13A}

A sua sede não foi fixada, reunindo-se a Assembléia em Estrasburgo, o seu secretariado no Luxemburgo e as Comissões Parlamentares em Bruxelas. (V. adiante as modificações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã).

f) Corte de Contas — foi criada em 1977. Faz o controle das contas e do orçamento. Tem doze juizes, sendo um de cada Estado, o mandato é de seis anos e pode ser renovado. Ela tem nove membros e não a integram: Dinamarca, Irlanda e Grécia. São nomeados pelo Estado e a sede é no Luxemburgo.

g) Comitê Econômico e Social — é órgão consultivo dando pareceres, e é formado por 189 membros que são representantes de trabalhadores, empresários, etc. Os seus membros são designados pelos Estados e o número depende da população e poder econômico do país.

A sede é em Bruxelas.

h) Banco Europeu de Investimentos — os dirigentes representam os doze Estados e ele visa financiar os investimentos destinados ao desenvolvimento.

A sede é no Luxemburgo.

Existe ainda um Pacto Central Europeu.

Em 1990 a Comunidade Européia e o Conselho da Europa demarcaram as suas áreas de atuação. Este último terá como fins: direitos do homem, democracia e estado de direito, bem como admitirá no seu interior os países da Europa Oriental e fará com que eles se integrem nos fins citados.

Pretende-se instituir um Banco Central Europeu que estará em pleno funcionamento em 1996, e os Estados-membros poderão aderir à moeda única, que será chamada de euro.

Um princípio que fortalece as comunidades é o princípio de subsidiariedade (art. GB — 5) do tratado de Maastricht, que está redigido da seguinte maneira: "a comunidade age nos limites das competências que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são dados pelo presente tratado". Este princípio tem origem em Santo Tomás e no Estado e não era utilizado no DI. Ele poderia significar que em matéria que o Estado pudesse resolver não seria levada à comunidade, mas como foi posto significa que a comunidade é que passa a ter mais poderes. O limite entre a soberania e as competências da comunidade passa a ser uma fronteira móvel (Monique Chemillier-Gendreau — Le principe de subsidiarité: enjeu majeur, débat e confins, in *Le Monde Diplomatique*, Juillet, 1992, pág. 13).

Apenas para deixar bem claro, o princípio da subsidiariedade estabelece que "o escalão superior do poder deve renunciar a toda função

suscetível de ser assumida pelo escalão inferior” (Jean-Marc Ferry). O princípio da subsidiariedade foi proposto pela Grã-Bretanha. Ela significa que a comunidade só age se os objetivos são mais bem realizados a nível da comunidade do que do Estado. Pode-se acrescentar que ela foi consagrada em 1931 por Pio XI na encíclica “Quadragésimo Ano”, para defender os direitos individuais contra o Estado fascista.

Pode-se acrescentar que ela não atua nas competências exclusivas da CE, mas nas competências compartilhadas entre a Comunidade e os Estados.

Este princípio é balizado por outros dois princípios: a) o da atribuição de competências (art. 3 §51º do Tratado da Comunidade Européia) que atua nos limites das competências estabelecidas no tratado; b) o da proporcionalidade segundo o qual nenhuma ação da Comunidade excederá o necessário para atingir os objetivos do Tratado.

A subsidiariedade não é irreversível: se um estado passa a ter meios necessários a atribuição volta a ele. A subsidiariedade é “testada e decidida caso a caso, momento a momento” (Fausto de Quadros).

Uma outra questão a ser exposta é a posição do DIP no ordenamento comunitário e a nossa exposição segue a Diez-Hockleitner. O ato de recepção do Conselho de um tratado é um ato meramente formal. Ela é recepcionada devido a sua celebração conforme as regras do tratado das comunidades. O DI faz parte integrante do D. Comunitário. Os acordos comunitários têm eficácia direta. Os particulares podem invocá-los perante os estados. Eles não são invocados entre particulares. É preciso que os seus termos sejam precisos e incondicionais. O DI serve de parâmetro para interpretar o D. Comunitário. Os acordos que vão ser concluídos pela comunidade estão submetidos a um controle prévio pela CTCE. Contudo pode haver também um controle “a posteriori”, como um recurso da anulação e a exceção da ilegalidade. Os estados têm que adaptar os acordos anteriores aos textos comunitários. A Comunidade está obrigada ao GATT.

Um outro princípio importante na vida jurídica da comunidade é o da proporcionalidade, que tem sido caracterizado como que “as intervenções das autoridades comunitárias ou nacionais devem se limitar a atingir os objetivos enunciados”. Igualmente a sanção de uma obrigação comunitária não pode ultrapassar os limites de que é apropriado para se atingir o objetivo determinado.

É de se salientar que a partir da Conferência do Yaundé (1963) os países africanos têm um acesso preferencial ao Mercado Comum Europeu, que também lhes fornece uma assistência técnica e financeira. Posteriormente, eles também se beneficiaram do Sistema Geral de Preferência (SGP — v. capítulo D. Internacional Econômico). Bem como foram protegidos os preços de certos produtos.

Algumas observações podem ser apresentadas quanto às “decisões” da CE. As diretrizes obrigam os Estados quanto ao resultado a ser atingido,

mas deixa às instâncias nacionais a liberdade de escolher a forma e os meios. Elas criam uma obrigação de resultado. As diretrizes emanam do Conselho e da Comissão. As recomendações não são obrigatórias e têm origem no Conselho e na Comissão.

Os regulamentos são atos de alcance geral obrigatório para os Estados e seus cidadãos, e são diretamente aplicáveis no interior dos Estados-membros e são publicados no Diário da Comunidade. São adotados pelo Conselho e pela Comissão.

É de se ressaltar que foi concluído o Acordo do Porto entre a CECA e CEE, com EFTA com a finalidade de criar o Espaço Econômico Europeu (EEE) visando a reforçar e equilibrar as relações econômicas e comerciais entre as partes contratantes e é consagrada a livre circulação de mercadorias e trabalhadores entre os Estados. A Suíça não entrou no EEE.

Devemos fazer uma referência às relações externas das comunidades, sendo o que se segue fundamentado em (I. MacLeod *et alii*). As comunidades possuem nos Estados-membros privilégios e imunidades a fim de poder realizar as suas funções. Elas operam em três ordens jurídicas: DIP, D. comunitário e direitos nacionais.

As comunidades têm o poder de designarem observadores. A Comissão pode criar representações em terceiros Estados. No caso de conclusão de tratado, a Comissão faz uma recomendação ao Conselho, ao qual cabe autorizar a Comissão a iniciar as negociações. Estas são conduzidas pela Comissão, que consulta os comitês especiais indicados pelo Conselho. A assinatura do acordo é decidida pelo Conselho. O texto é enviado ao Parlamento Europeu. Alguns acordos têm aplicação provisória até que ocorra a sua “ratificação”. A decisão final é do Conselho. Os denominados acordos mistos são aqueles que versam matérias da competência das Comunidades e dos Estados-membros. Eles exigem uma intensa cooperação. As comunidades em alguns casos são membros de organizações internacionais, como da FAO. Em outros casos elas têm observadores que não têm direito de voto. Cerca de 150 Estados estabeleceram missões diplomáticas junto às Comunidades em Bruxelas. Para ser criada uma comissão diplomática faz-se uma aproximação informal da Comissão para se fazer o acordo. O Conselho e a Comissão procuram uma posição comum. O Conselho e a Comissão é que têm competência para a concessão do *agreement*. Os Estados-membros estão obrigados a dar privilégios e imunidades aos representantes dos terceiros Estados.

f) Comunidade Econômica Européia (CEE)¹⁴

A Comunidade Econômica Européia (CEE), ou simplesmente Mercado Comum, como é conhecida, surgiu no Tratado de Roma assinado em 25 de março de 1957, pela Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Luxemburgo, Holanda e Itália. Enfim, os mesmos países que formaram a CECA, cujo

bom êxito influenciou na formação da CEE. Após o fracasso da Comunidade Européia de Defesa (CED), o setor econômico passou a ser o mais viável para se continuar a luta pela integração da Europa.

As suas finalidades são inúmeras: *a)* melhorar o nível de vida da população; *b)* política agrícola, social, econômica e de transportes em comum; *c)* a criação de um mercado comum^{14A} com a livre circulação de capitais, pessoas e serviços; *d)* incrementar a expansão do setor econômico; *e)* estabelecer entre os seus membros relações mais estreitas, etc.

A admissão de novos membros está sujeita a uma série de condições: *a)* decisão unânime do Conselho; *b)* seja Estado europeu; *c)* um ditame da Comissão que é solicitado pelo Conselho; *d)* que o Estado interessado requeira o seu ingresso.^{14B}

A data para caírem as barreiras na CEE é 31/12/92.

g) *Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM)*¹⁵

A Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM) foi criada em Roma em 1957. Os seus membros são os mesmos das demais comunidades européias. A sua criação é a resultante de inúmeros fatores: *a)* o alto preço da pesquisa nuclear; *b)* os Estados procuravam fugir à tutela exercida pelos EUA, em matéria nuclear, por meio de acordos bilaterais; *c)* o beneficiamento de todos de qualquer informação ou material nuclear que fosse dado pelos EUA.

As suas finalidades são: *a)* estabelecer um mercado comum em matéria nuclear; *b)* incrementar as pesquisas nucleares; *c)* a formação de empresas comuns; *d)* a Comunidade é a proprietária das matérias físseis, etc.

A título de conclusão podemos apresentar algumas considerações sobre a natureza jurídica das comunidades, por exemplo, serem elas federação ou não. Uns alegam que elas são uma instituição jurídica "sui generis". J. Delors afirma que é "objeto político não identificado". Para Ch. Leben (em quem nos fundamentamos neste parágrafo) a Comunidade Européia é "uma ordem jurídica internacional relativamente centralizada", mas é uma organização internacional. As relações entre normas internacionais e as normas estatais se intensificam mais do que em qualquer parte do DI. Em uma organização internacional comum, é o Conselho de Estados que decide na maioria das vezes por unanimidade. Já nas comunidades o Parlamento e a Comissão participam de diversos modos neste poder normativo e o Conselho muitas vezes decide por maioria. O Conselho é que tem maiores poderes na comunidade, daí haver uma tendência à centralização. Um outro elemento em favor da tese adotada é a existência de uma Corte para decidir sobre a repartição de competências entre a ordem central e as ordens locais. Um outro elemento é que os indivíduos são sujeitos de direito. Em certos casos as normas da comunidade produzem efeito jurídico interno nas ordens jurídicas estatais. A ordem central tem

uma proeminência. Entretanto, na prática as cortes constitucionais conservam a sua liberdade em relação à Corte do Luxemburgo, o que nega a existência de um federalismo, bem como não há meio de obrigar um Estado a cumprir uma decisão da Corte. Outros (Jean Boulois) afirmam que, conforme diz a sua denominação, são comunidades. Outros dizem que não é um federalismo, mas uma co-soberania. Para Carl Friedrich Ophuls e Herman Mosler a designação de comunidade não foi por acaso, mas sim uma adesão às idéias de Toennies. Tem sido considerado que o D. Comunitário tem uma "qualidade" diferente da do DIP, daí não se poder falar que é um DI Regional.

Em 11/12/91 foram concluídos os acordos de Maastricht, criando uma União Européia com vocação federal, que se fundamenta nas comunidades. Tais acordos visam promover o programa econômico e social bem como criar uma política exterior e de segurança comum (uma união política), e uma moeda comum (vai se chamar "ecu" — "european currency unity") posteriormente a denominação passou para euro, em 1999. Ela visa fixar um cronograma para a união monetária e econômica. Desenvolverá uma cooperação com a União da Europa Ocidental. O tratado de Maastricht consagra que um cidadão nacional do Estado que integra a comunidade residente em Estado estrangeiro tem o direito de voto para as eleições municipais e para o Parlamento europeu. O tratado cria uma cidadania européia sobreposta à cidadania de cada Estado (Jorge Miranda).

Em 1997 foi concluído o tratado de Amsterdã que visa a fazer do emprego e dos direitos do cidadão o ponto central da União Européia e suprimir os últimos entraves à livre circulação de pessoas. Ele pretende conciliar flexibilidade e segurança do trabalho. Aumentou os poderes do Parlamento nos casos de "co-decisão" do Parlamento e o Conselho. O Parlamento teve seus poderes aumentados para alterar os projetos legislativos do Conselho, como no caso de tratados de adesão. No Conselho a unanimidade foi consagrada para assuntos de natureza constitucional, contudo foram aumentadas as matérias em que as decisões serão por maioria qualificada. Encoraja maior participação dos parlamentos nacionais nos assuntos da União Européia. Eles terão seis semanas para discutir as propostas legislativas apresentadas pela comissão ao Parlamento e ao Conselho. Assinala a diversidade existente entre os estados e cria a denominada "cooperação reforçada". isto é, alguns estados podem avançar mais em certos domínios do que outros.

Ainda estabelece o tratado de Amsterdã que a Comissão terá 20 membros e os "grandes países" renunciarão ao seu segundo comissário. O Parlamento terá 700 membros. O acordo de Schengen é integrado na União Européia.

Pode-se observar ainda sobre a existência do que é considerado um verdadeiro valor: o interesse geral comunitário. É um princípio da União Européia o seu caráter evolutivo. É preciso descobrir os princípios gerais

da ordem comunitária que recorre ao DIP, direito interno e ao próprio direito comunitário. Eles são fontes escritas e tem uma suprallegalidade.

Preferre-se falar em "poderes virtuais" ("implicações") a falar em poderes implícitos que expusemos em capítulo anterior.

Finalmente, os tratados das comunidades não prevêem retirada ou exclusão de membros.

O denominado grupo de Visegrado: Hungria, República Tcheca, Polónia e Eslováquia quer se integrar na CEE.

Deixamos para o final algumas considerações que têm sido formuladas por grandes pensadores europeus. J. Habermas observa que o importante na Europa é "desenvolver uma nova consciência política europeia que corresponderia ao que a Europa terá no século XXI". Jean-Marc Ferry fala na existência de um princípio pós-nacional que aceita a existência de diferenças. Afirma ainda que ao domesticar as soberanias nacionais forma-se "um espaço público propriamente europeu". Para Thomas Nipperdey (*Réflexions sur l'histoire allemande*, 1990) a noção de pós-nacionalidade é uma quimera de intelectuais que estão afastados da realidade. Victoria Camps lembra que a identidade europeia é moral e fundamentada na democracia e nos direitos do homem. Afirma que a identidade democrática é aberta, isto é, os princípios são passíveis de interpretações diferentes para que se possa atender as tradições particulares. Hughes Dumont lembra que o tratado de Roma não dava à CEE nenhuma competência explícita no domínio da cultura. Em 1968 e 1985 a Corte de Justiça considerou livros e objetos de arte como mercadorias, logo se beneficiando da livre circulação. Defende ainda que é preciso proteger as identidades culturais nacionais e criar locais de educação apropriados à dimensão europeia para se formar cidadãos europeus, bem como é necessário dialogar com identidades não europeias.

A União Europeia, segundo Paulo Casella, tem os seguintes princípios: a) democrático; b) liberdade económica e c) primazia do direito comunitário.

Todas as línguas dos estados-membros são línguas oficiais, isto é, treze línguas, mas duas delas são conhecidas como "línguas do tratado", porque só são traduzidas para elas os tratados de adesão e alguns atos. Estas duas línguas são o irlandês e o luxemburguês. Pode-se acrescentar que toda a população do Luxemburgo é trilingue: francês, alemão e luxemburguês.

h) *União da Europa Ocidental (UEO)*^{15A}

A União da Europa Ocidental é o resultado do desejo dos Estados europeus de manterem, em tempo de paz, a aliança existente na guerra.

Em 1948, o Tratado de Bruxelas, assinado pela França, Bélgica, Grã-Bretanha, Países-Baixos e Luxemburgo, estabelecia um sistema de segurança coletiva. Foram posteriormente convidados a aderir: a Itália e a

Alemanha Ocidental. Em 1954, na Conferência de Londres, foi definitivamente formada a União da Europa Ocidental, pelo prazo de 50 anos, com os signatários do Tratado de Bruxelas e mais a Alemanha e a Itália.

A grande finalidade foi integrar a Alemanha rearmada no sistema defensivo da Europa Ocidental.

A sua sede é em Londres, apesar de ter vários organismos instalados em Paris.

O seu objetivo é, acima de tudo, militar no sentido de estabelecer uma aliança defensiva entre os seus membros. Ao lado desta finalidade existem outras, como uma cooperação económica, os seus membros se comprometem a defender as liberdades individuais, a democracia, etc.

Segundo Alain Joxe (*L'Amérique Mercenaire*, 1992) parece que a idéia de revitalização da UEO surgiu da limitação da área da OTAN, que não existe na UEO. Atende aos interesses dos EUA.

A estrutura da UEO é a seguinte: a) Conselho — que é formado pelos Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membros; b) Assembléia — é constituída pelos representantes dos Estados-membros na Assembléia do Conselho da Europa.

A UEO tem sido revitalizada porque a Europa procura uma autonomia em relação aos EUA. Em junho de 1992, foi aprovada a Declaração de Petersberg, permitindo a formação de uma força militar própria, mas que agirá em coordenação com a OTAN e o CS da ONU. Pouco antes foi criado um exército conjunto da França e da Alemanha, para servir sob as ordens da UEO.

A UEO, depois do tratado de Maastricht, está vinculada à União Europeia.

A sua estrutura atual é a seguinte: a) Conselho — é o principal órgão e os Estados estão nele representados; b) Conselho de Ministros — reúne os Ministros das Relações Exteriores e os de Defesa; c) Conselho Permanente — presidido pelo Secretário-geral e formado pelos representantes dos Estados. Cria grupos de Trabalho; d) Assembléia (criada em 1954). É formada por parlamentares dos Estados-membros. Tem tantos parlamentares quanto a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa; e) Secretariado, que tem sede em Bruxelas. O Conselho decide por unanimidade ou por meio de consenso.

A UEO tem missões de caráter humanitário, por exemplo, evacuar os súditos dos Estados-membros em determinados países. Realiza missões de manutenção da paz, tendo realizado a primeira na ex-Iugoslávia, (1992) para fiscalizar o embargo imposto pela ONU.

i) *Pacto de Varsóvia*

O Pacto de Varsóvia, firmado em 1955 pelos representantes da URSS, Bulgária, Hungria, Romênia, Albânia, Polónia, Tcheco-Eslováquia e República Democrática Alemã, é uma resposta do bloco soviético à OTAN e à UEO. Objetivos: a) estabelecer entre os seus signatários uma aliança de-

fensiva; b) assistência coletiva; c) cria um comando unificado dos exércitos colocados à sua disposição; d) o desarmamento e a interdição das armas nucleares. A Albânia se retirou em 1968, e em 1990 a Alemanha Oriental.

Entre os seus órgãos estão: a) Comitê Consultivo Político, onde estão representados os Estados-membros; b) um Secretariado; c) Comissão Permanente. Tem ainda a sua organização militar.

A sede era em Varsóvia.

O Pacto de Varsóvia foi extinto em 1991.

j) *Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECOM — Council for Mutual Economic Cooperation)*^{15B}

O Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECOM) foi estabelecido em 1949, em Moscou, pelos países do bloco soviético: URSS, Romênia, Polônia, Hungria, Tcheco-Eslováquia e Bulgária. Posteriormente, a Albânia^{15C} e a Mongólia tornaram-se seus membros. Atualmente são também seus membros o Vietnã e Cuba. O Laos e o Camboja participam como observadores.

O COMECOM corresponde, no bloco soviético, ao Plano Marshall e à OCDE da Europa Ocidental. Era, no fundo, dar ao leste europeu uma esperança pela recusa ao Plano Marshall apresentada pela URSS (Charpentier).

As suas finalidades são: a) aumentar a produtividade; b) elevar o nível social; c) desenvolver a economia de modo planejado; d) incrementar a industrialização, etc.

A sua estrutura sofreu várias transformações e atualmente possui os seguintes órgãos: a) o Conselho — que se reúne ao menos uma vez por ano, cada vez na capital de um Estado. Ele tem competência para discutir todos os assuntos da organização; b) Comitê Executivo — é o “principal órgão executivo do Conselho” — reúne-se ao menos a cada dois meses e nele tem assento um representante do governo de cada Estado; c) Secretariado; d) Comissões permanentes que fazem relatórios ao Comitê.^{15D}

A sede era em Moscou.

O COMECOM foi extinto.

k) *Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)*

A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN-NATO)¹⁶ tem a sua origem em uma resolução do Senado norte-americano, que fôra de iniciativa dos Senadores Vandenberg e Connally, em 1948. Esta resolução propunha ao governo dos EUA a adoção “de medidas regionais ou coletivas de defesa individual e coletiva”. No mesmo ano o Canadá adota política semelhante.

Em 1949 foi assinado o Tratado que instituiu a OTAN pelos seguintes países: EUA, França,¹⁷ Inglaterra, Itália, Islândia, Bélgica, Dinamarca, Ca-

nadá, Luxemburgo, Holanda, Portugal e Noruega. Posteriormente aderiram: Grécia, Turquia, República Federal Alemã¹⁸ e Espanha. A Alemanha unificada em 1990 é membro da OTAN.

A OTAN tem, em relação à ONU, um “aspecto subsidiário”. Ela estabelece um sistema de legítima defesa coletiva entre seus membros e um regime de consulta. O ataque a um Estado é considerado um ataque a todos os membros. Ela não tem apenas objetivos militares, mas também econômicos, políticos, sociais e culturais.

O tratado que instituiu a OTAN previu poucos órgãos institucionais: a) Conselho do Atlântico Norte — é o órgão mais importante e nele estão representados os 15 Estados-membros. A presidência é do Secretário-geral, que é nomeado pelo próprio Conselho e é independente em relação aos Estados; b) Órgãos subsidiários: 1) Comitê de Defesa (previsto no tratado, mas não foi criado); 2) Secretariado; 3) Comitê Militar (formado pelos chefes do Estado-maior, com sede em Washington); 4) Comitê Especial Permanente.

A OTAN possui ainda três comandos: a) Comando Supremo Aliado do Atlântico (SACLANT),¹⁹ com sede em Norfolk, na Virgínia (EUA); b) Comando Supremo Aliado na Europa (SACEUR),²⁰ cujo Quartel-general das Potências Aliadas (SHAPE)²¹ tinha sede em Paris; c) Comando Aliado na Mancha, com sede em Portsmouth, na Inglaterra. O SHAPE foi para a Bélgica e o SACEUR para a Holanda. O Secretariado tem sede hoje em Bruxelas. Um novo comando foi criado, o Comando das Forças Aliadas na Europa Central (FAACE), com sede em Brunssun (Holanda) (segundo o *Jornal do Brasil* de 30-6-74).

A OTAN era considerada uma superestrutura burocrática e militar, sendo um instrumento de controle da Europa pelos EUA (Santiago Carrillo).

A Corte Constitucional Alemã, em abril de 1993, permitiu que aeronaves alemãs participassem da fiscalização na região em que é proibido sobrevôo na Bósnia, junto com as tropas da OTAN. O Partido Social Democrata considerava que tal ato era inconstitucional. Os juízes consideraram que a ausência da Alemanha poderia levar a uma operação ao fracasso, bem como prejudicaria a sua reputação no exterior.

Em 1991, por influência do Presidente Bush, foi criado o Conselho de Cooperação do Atlântico Norte, visando permitir um diálogo com os antigos países comunistas sobre segurança sem se dar a eles a qualidade de membros da OTAN.

Em 1999, os EUA usou a OTAN para fazer uma ação militar em Kosovo, onde a Sérvia expulsava os Kosovares dos seus lares ocasionando um número imenso de refugiados, que procuravam abrigo nos países vizinhos. Esta ação mesmo que legítima no seu fundamento, isto é, a defesa dos direitos humanos, ela é, contudo, do ponto de vista do DIP, uma ação ilegal. É que as organizações regionais não têm o “poder de polícia” é

apenas o de legítima defesa. isto é. só atua quando há ataque armado a um de seus membros. A OTAN foi utilizada e não o CS da ONU, que era o órgão que possui competência para agir nestes casos, porque a Rússia, tradicional defensora dos sérvios, ameaçara utilizar o seu direito de veto.

1) BERD

Em 1990 foi criado o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BERD),^{21A} que começou a funcionar em 1991, com sede em Londres.

O tratado foi assinado por 39 Estados, MCE e Banco Europeu de Investimentos. Na verdade ele não é um organismo exclusivamente europeu, vez que antigas repúblicas asiáticas também o integram.

Ele concede empréstimos em diferentes moedas e também o faz na moeda do MCE. Atende igualmente ao setor público e ao setor privado.

m) Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE) e a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

A Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE) é uma resultante do Plano Marshall (1947). Os EUA propuseram um auxílio maciço à Europa se ela fizesse um plano em comum para o seu soerguimento econômico. Em 1948 é criada a OECE. Os seus membros originários foram: França, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Suécia, Inglaterra, Turquia, a zona francesa na Alemanha ocupada, a zona anglo-americana na Alemanha ocupada, a Grécia, a Áustria, Suíça, Suécia, Islândia e Irlanda, Luxemburgo, Itália, Noruega e Portugal. Posteriormente, as zonas de ocupação foram substituídas pela Alemanha Ocidental e a Espanha entrou para ela. Os EUA, Canadá e Iugoslávia se associaram à OECE.

A sua principal finalidade era a formulação e a execução de um programa do soerguimento econômico.

Ela possuía um Conselho onde estavam representados os Estados-membros e que decidia todos os assuntos. Ele era assessorado por um Comitê Executivo. Possuía ainda um Secretariado.

Tendo desaparecido a sua razão de ser, ela foi reformulada e surgiu a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE). A sua convenção foi assinada em 1960 e entrou em vigor em 1961. Ela abrange os 18 membros da OECE, mais o Canadá, os EUA e o Japão. A Iugoslávia, que não faz parte da OCDE, se faz representar por um observador. A Finlândia já se encontra associada. Ingressaram igualmente Austrália e Nova Zelândia.

As finalidades da OCDE são: a) elevar o nível de vida; b) expandir a economia; c) manter a estabilidade financeira; d) contribuir para a expansão do comércio internacional, etc.

A sua estrutura é a seguinte: a) Conselho — que tem as mesmas características do da OECE; b) Comitê Executivo — é um órgão permanente e tem dez membros. Ele coordena os trabalhos da OCDE; c) Secretariado — tem à sua frente um secretário-geral.

A sede é em Paris.

298. As organizações internacionais formadas exclusivamente com membros asiáticos são pouquíssimas. De um modo geral, elas contam com a participação dos Grandes ocidentais. Entretanto, como fizemos com as organizações européias (OCDE), incluímos nas organizações asiáticas aquelas que não são formadas exclusivamente por Estados asiáticos, mas que desenvolvem as suas atividades nesta região do globo terrestre.

A) A Associação de Nações do Sudeste Asiático, formada pela Malásia Filipinas e Tailândia, surgiu em 1961. Atualmente a integram Cingapura, Brunei e Indonésia.

Ela procura criar uma organização de segurança coletiva puramente asiática.

Possui como órgãos: a) Reunião de Ministros das Relações Exteriores; b) Conferência — que se reúne cada vez em uma capital dos Estados-membros; c) Comitê Permanente — que se estabelece cada ano em um país; d) possui três secretários nacionais e cada um assume a Secretaria Geral por meio de um rodízio anual.

A sede é em Banguecoque.

Em 1992 esta organização previu a criação de uma zona de livre comércio.

B) A Organização do Tratado Central (CENTO) surgiu no Pacto de Bagdá em 1955. Entre os seus membros estão: Turquia, Inglaterra, Irã e Paquistão.²²

As suas finalidades são: a) estabelecer relações pacíficas entre os seus membros; b) adotar modos de solução pacífica dos litígios internacionais; c) cooperação entre os membros no tocante à segurança coletiva.

Possui apenas dois órgãos: o Conselho e a Secretaria.

A sede inicialmente era em Bagdá e depois em Ancara.

Ela foi extinta em 1979.

C) A Organização do Tratado para a Defesa Coletiva do Sudeste Asiático (OTASE ou SEATO) foi constituída pelo Pacto de Manila de 1954 pelos EUA, Filipinas, Tailândia, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e França.

É um pacto de assistência mútua em caso de agressão. Ele visa a segurança coletiva dos seus membros e a solução pacífica dos internacionais. É interessante observar que, havendo acordo unânime dos seus membros, o tratado se aplica, nos fins militares, aos Estados que não fazem parte da organização, como o Camboja, o Vietnã e o Laos.

Ela foi criada por influência de Foster Dulles, que desejava estabelecer uma linha de bases de defesa: Coreia do Sul, Filipinas, Taiwan, Austrália,

Indochina, Japão e Nova Zelândia. Visava organizar a luta contra a subversão que ameaçava a estabilidade política dos Estados da região. Os países ocidentais desejavam soluções pacíficas e os asiáticos preferiam soluções militares. Ela colocou em funcionamento medidas econômicas, sociais e culturais. Os seus membros contribuíram com tropas para a guerra do Vietnã.

A OTASE tinha os seguintes órgãos: *a)* Conselho; *b)* Secretariado; *c)* Comissão Militar; *d)* Comissão de Cooperação Econômica; *e)* Comissão da luta Contra a Subversão.

A sede era em Banguecoque.

A OTASE foi extinta em 1977. Ela nunca conseguiu, como a OTAN, ter uma força armada própria e se considera que realmente ela fracassara. O Laos e o Camboja renunciaram à sua proteção. O Paquistão se retirara. A França desde 1974 não dava contribuição financeira.

D) A Organização de Segurança e Assistência entre Austrália, Nova Zelândia e EUA (ANZUS) foi constituída no Tratado de São Francisco, em 1951.

Os seus fins são: *a)* a defesa coletiva dos seus membros; *b)* coordenar a política dos Estados-membros da organização.

A sua estrutura apresenta: 1) Conselho de Ministros do Exterior; 2) Conselho de Técnicos Militares; 3) Secretariado.

O Secretariado tem sede em Washington.

E) O Conselho da Cooperação dos Estados Árabes do Golfo foi criado em 1981 pela Arábia Saudita, Kuwait, Emirados Árabes, Bahrein, Oman e Qatar.^{22A} Ele visa preservar a segurança e o desenvolvimento econômico de seus integrantes.

Os órgãos são os seguintes: *a)* Conselho Supremo (reunião dos chefes de Estado); *b)* Conselho Ministerial (reunião dos Ministros das Relações Exteriores); *c)* Secretariado; *d)* Órgão para a solução dos litígios.

A sede é em Riad.

299. O continente africano tem criado uma série de organizações internacionais, e praticamente todas elas têm por fim último a luta contra o colonialismo e a defesa do pan-africanismo.^{22B}

Em 1959, a Costa do Marfim, o Alto Volta e o Níger estabeleceram uma união aduaneira. É o chamado Conselho da Aliança.

A União dos Estados Africanos, formada por Gana, Guiné e Mali, tem por finalidade a luta contra o colonialismo e a defesa do pan-africanismo.

Em 1961, a Conferência de Casablanca preparou uma Carta Africana, instituindo diversos comitês: político, cultural e econômico.

A União Aduaneira e Econômica da África Central (UDEAC), criada em 1964 e da qual fazem parte Camarões, Congo, Gabão, Chade e República Central Africana, visa uma criação gradual de um mercado comum.

Em 1983 foi concluído um tratado criando a Comunidade Econômica Centro-Africana formada por Angola, Burundi, Camarões, República Centro-Africana, Guiné, Gabão, Ruanda, São Tomé e Príncipe e Zaire. A sua finalidade é estabelecer uma cooperação entre os Estados no campo econômico e social e uma união aduaneira. A sua estrutura compreende: *a)* Conferência de Chefes de Estado e Governo; *b)* Conselho de Ministros; *c)* Corte de Justiça; *d)* Secretariado Geral; *e)* Comissão Consultiva; *f)* Comitês Consultivos Especializados. A sede será determinada pela Conferência.

Em 1959 foi elaborada a União Africana e Malgaxe com os seguintes órgãos: *a)* Conselho; *b)* Secretariado; *c)* Diversos comitês. Esta União se transformou em 1965 na Organização Comum Africana-Malgaxe, que tem como órgãos: *a)* Conferência de Chefes de Estado e de Governo; *b)* Conselho de Ministros; *c)* Secretariado Geral Administrativo. Em 1973 Madagascar se retirou, o que deverá alterar o seu nome. A sua sede é em Bangui (República Centro-Africana). A OCAM foi considerada uma das organizações mais dinâmicas na década de 1960-1970, mas as suas ligações com a França e o Ocidente faz com que a luta contra o colonialismo e pelo neutralismo seja mais bem encarnada pela OUA (A. K. Kouomegui).

Em 1975 foi criada a Comunidade Econômica dos Estados da África do Oeste por Benin, Costa do Marfim, Alto Volta, Mali, Mauritânia, Níger e Senegal, Togo, Gana, Gâmbia, Guiné-Bissau, Nigéria e Serra Leoa. Visa harmonizar a política agrícola, industrial e energética dos seus integrantes, bem como eliminar as barreiras comerciais entre eles.

Foi criada mais recentemente a Comunidade Econômica dos Países dos Grandes Lagos (Zaire, Burundi, Rwandi) visando a integração econômica. Ela realizou conferências de chefes de Estado em 1977 e 1978.

Existe ainda a Comunidade da África Oriental (Tanzânia, Quênia e Uganda) que tem um tribunal permanente com uma Corte de Apelação que faz a harmonização das decisões judiciais.

Em 1963 foi elaborada a Organização da Unidade Africana; conta com quase todos os Estados africanos. A União Sul-Africana entrou na OUA e o Marrocos saiu, porque ingressou a República Saharoui.

Ela visa: *a)* incrementar a cooperação entre os seus membros; *b)* estabelecer a unidade e a solidariedade dos Estados africanos; *c)* defender a integridade territorial, a independência e a soberania e seus membros.

A OUA atua na economia, na defesa, na segurança coletiva, na cultura, etc.

Os seus órgãos são: *a)* Conferência de Chefes de Estado; *b)* Conselho de Ministros; *c)* Secretariado; *d)* Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem; *e)* Comissões especializadas. A sede é em Adisabeba.

Em 1981 a OUA enviou uma força interafricana de 6.000 homens ao Tchad.

Em 1998, OUA criou por um protocolo a Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos com onze juizes.

A definição de pan-africanismo foi dada por Senghor em 1963, afirmando que a cultura e etnia africanas são anteriores ao Islã.

A OUA tem se defrontado com vários problemas, como os micronacionalismos e o crescimento demográfico maior que o econômico. Ele obriga os Estados a um não-alinhamento (Boutros-Ghali).

A Organização dos Estados Ribeirinhos do Senegal (OERS), criada em 1968 por Guiné, Mali, Mauritânia e Senegal, visa estabelecer uma cooperação econômica, social e cultural. Órgãos: *a)* Conferência; *b)* Conselho de Ministros; *c)* Comissão Interparlamentar; *d)* Secretariado. A sede é em Dacar.

Em 1989 foi criada, na Conferência de Marrakech, a União do Maghreb Árabe (UMA), que tem vários órgãos: *a)* Conselho da Presidência (órgão supremo); *b)* Conselho dos Ministros das Relações Exteriores; *c)* Secretariado; *d)* Corte de Justiça; *e)* Organismo parlamentar consultivo, etc. Entre os seus membros estão: Tunísia, Líbia, Argélia, Marrocos, etc. As suas finalidades são: dar uma dimensão regional à política econômica e cultural, harmonizar os objetivos políticos e criar um mercado comum.

Enfim, pelos poucos exemplos dados acima se verifica que a África também não fugiu ao fenômeno do societarismo internacional.^{22C}

300. O tratado que institui a Liga dos Estados Árabes,^{22D} a primeira organização regional criada após a 2ª Guerra Mundial, foi assinado em 1945, no Cairo. Segundo A. Fontaine, ela foi inicialmente uma criação do imperialismo inglês visando evitar a independência dos países árabes.

Os seus fins são: *a)* coordenar a política dos Estados; *b)* assuntos econômicos e financeiros; *c)* desenvolver o intercâmbio comercial.^{22E}

A sua estrutura se apresenta com os seguintes órgãos: *a)* Conselho; *b)* Secretaria Geral Permanente; *c)* Comissões especializadas permanentes.

São seus membros: Síria, Jordânia, Iraque, Líbano, Arábia Saudita, Egito, Argélia, Sudão, Marrocos, Líbia, etc.

A sede era no Cairo e foi transferida para Tunes.

Boutros-Ghali declara que Estado árabe é caracterizado por "uma civilização, uma cultura, uma aspiração comum contribuindo para a criação da Nação Árabe". Laurens afirma que historicamente existem três tipos de arabismo: *a)* uma visão tradicional que considera os descendentes da península arábica e autores das conquistas que foram realizadas nos séculos VII e VIII. A maioria dos árabes atualmente é de descendentes de pessoas que se arabizaram através dos séculos; *b)* um sentimento religioso de falar a língua do Corão, que é a palavra de Deus; *c)* uma concepção laica da História, partindo da consideração que o mundo árabe já desempenhou um importante papel na História e que os árabes podem ter de novo este mesmo papel. Esta visão surgiu na década de 1930 (Henry Laurens — *Le Grand Jeu. Orient arabe et rivalités internationales*, 1991).

Ela tem vários organismos especializados: Banco de Desenvolvimento Árabe, Bureau de Estupefacientes, União Postal Árabe, Organização Árabe do Trabalho.

Em 1961 foi criada uma força armada (RAU, Arábia Saudita, Tunísia, Jordânia e Sudão) para dissuadir o Iraque de invadir o Kuwait. A Força ficou na região durante dois anos. A Liga alegou que não violou a Carta da ONU, porque a força não tinha um aspecto coercitivo. Em 1976 a Liga dos Estados Árabes enviou uma força árabe de dissuasão ao Líbano e em 1990 aprovou a formação de uma força multinacional para defender a Arábia Saudita de um eventual ataque do Iraque.

301. O continente americano, desde o século passado, assistiu aos esforços dos seus homens de Estado no sentido de se criar uma organização abrangendo os Estados-membros do continente. A principal organização nesta região da terra é a Organização dos Estados Americanos. Entretanto, ela não é a única, e ao seu lado existem outras, como a Associação Latino-americana de Integração e a Organização dos Estados Centro-americanos.

A) A Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC)²³ foi constituída pelo Tratado de Montevidéu de 15 de fevereiro de 1960, que entrou em vigor em 1961.^{23A}

Os seus membros são: Argentina, Chile, Brasil, México, Paraguai, Peru, Uruguai, Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia.

A sua finalidade era criar, no prazo mínimo de 12 anos, uma zona de livre comércio entre os seus membros.²⁴ O tratado ainda estipula que, se um dos Estados-membros der o tratamento de nação mais favorecida a uma das partes, esse tratamento será estendido a todos os outros contratantes.

Ela possui a seguinte estrutura: 1) Conferência das Partes Contratantes, com as seguintes funções: aprovar o orçamento, adotar as providências necessárias para que o tratado seja executado, designar a Secretaria do Comitê, etc.; 2) Comitê Executivo Permanente — é o órgão permanente da organização. Entre as suas funções estão: fazer um relatório anual para a Conferência, convocar a Conferência e lhe apresentar recomendações. Ele é formado por um representante de cada Estado. O Comitê tem um Secretariado, cujo secretário-geral é eleito por um período de três anos pela Conferência. O Protocolo de 1966 colocou o Conselho de Ministros das Relações Exteriores como órgão da ALALC, sendo o mais importante. Ele tem, entre outras funções: *a)* estabelecer as normas gerais para que a organização cumpra melhor os seus objetivos; *b)* fixar as normas de relações da ALALC com terceiros, etc. Este Conselho se reúne em sessão ordinária uma vez por ano.

A sede é em Montevidéu.

Em 1967 foi concluído um protocolo para a solução dos litígios no âmbito da ALALC que prevê como modo de solução as negociações diretas (podem ainda, se as partes quiserem, recorrer ao Comitê Executivo Per-

manente). e quando estas tentativas fracassam, o litígio vai para o Tribunal arbitral (cada Estado indica um membro, formando uma lista de árbitros). A jurisdição do tribunal é obrigatória, independente de qualquer "compromisso especial". Se as partes em determinado prazo não chegaram a um acordo sobre os árbitros "o Tribunal se constituirá de três árbitros escolhidos na lista, segundo a ordem nela estabelecida" e "segundo um sistema de rotatividade" (excluem-se os indicados pelos litigantes). Ele se reúne na sede da ALALC. O processo tem uma fase escrita e outra oral. A revelia não significa que o autor tenha ganho de causa.

Em 1980, foi concluído um tratado, em Montevidéu, que substituiu a ALALC pela Associação Latino-americana de Integração (ALADI). São seus contratantes: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela e Cuba.

Visa criar um mercado comum latino-americano "de forma gradual e progressiva", e promover e regular o comércio recíproco, desenvolver sistemas econômicos de cooperação. Os contratantes se outorgarão uma tarifa regional preferencial. Tem a seguinte estrutura: a) Conselho de Ministros das Relações Exteriores — é o órgão supremo e é convocado pelo Comitê. Tem como funções: estabelecer as normas gerais, aceitar adesão de outros Estados e designar o Secretário-geral; b) Conferência de Avaliação e Convergência — reúne-se a cada três anos e pode ter sessão extraordinária quando convocada pelo Comitê. Tem como função examinar todos os aspectos do processo de integração e avaliar os resultados obtidos; c) Comitê de Representantes — é o órgão permanente, tendo cada Estado um representante. Promove as medidas necessárias para a integração e cumpre o que determinar a Assembléia e o Conselho; d) Secretariado — é a parte administrativa.

A sede é em Montevidéu.

B) A Organização dos Estados Centro-americanos (ODECA) foi formada pela Carta de São Salvador, concluída em 1951, pela Guatemala, Nicarágua, El Salvador, Costa Rica e Honduras. Ela está aberta à adesão do Panamá.

As suas finalidades são: estabelecer um regime de consulta recíproca, a solução pacífica dos litígios entre os seus membros, etc.

Ela possui uma série de órgãos: a) Conferência de Chefes de Estado; b) Conferência de Ministros das Relações Exteriores; c) Conselho Executivo; d) Conselho Legislativo; e) Conselho de Defesa Militar Centro-americana; f) Corte de Justiça Centro-americana; g) Centro Cultural e Educativo. Esta é a sua estrutura, conforme a reforma feita em 1962.

A sede é em El Salvador.

C) A Organização das Caraíbas foi estabelecida em uma convenção assinada em 1946, pelos EUA, Inglaterra, França e Holanda, quando foi criada a denominada Comissão do Caribe. Em 1960 foi criada a Organização do Caribe. Ela tem funções consultivas com a finalidade de elevar

o nível social da região do Caribe. Ela visa a cooperação econômica, social e cultural entre os Estados-membros. Possui um Conselho das Caraíbas, onde estão representados os Estados da região ou as suas metrópoles.

A sede é em Port of Spain, em Trinidad.²⁷

Em 1968 foi concluído o acordo para a criação da CARIFTA (Caribbean Free Trade Association) entre Antígua, Barbados, Trinidad e Tobago, Guiana, as ilhas do Caribe Leste (estas ilhas já criaram entre si um Mercado Comum) e Jamaica. A CARIFTA visa suprimir as barreiras alfandegárias. Os seus órgãos são: a) Conselho e b) Secretaria.

Em 1972 foi concluído um tratado instituindo um mercado comum: Barbados, Guiana, Jamaica, Trinidad e Tobago. É a Comunidade do Caribe. Entraram outros Estados, como Granada, Belize e as ilhas de Dominique, de Montserrat, São Vicente e Santa Lúcia.²⁸ Entre os seus objetivos estão coordenar a política exterior das partes contratantes e alcançar a integração econômica. A sua estrutura compreende: a) Conferência de Chefes de Estado; b) Secretaria Geral, com sede em Georgetown; c) Conferência de Ministros da Saúde; d) vários comitês permanentes, etc.

A CARICOM substituiu a CARIFTA, que desapareceu.

D) A Organização dos Estados Americanos (OEA)²⁶ é o resultado de uma longa evolução. Antes de Bolívar, estadistas americanos já se preocuparam em "associar" o Novo Mundo, como Henry Clay (1818 e 1820), que defendeu a criação de um "sistema americano" em que os EUA seriam o centro. Em 1812 William Shaler já apresentara ao Secretário de Estado James Monroe um plano de confederação na América.

Bolívar, em 1826, quando estava no governo da Grande Colômbia (Colômbia, Panamá, Equador e Venezuela de hoje), tentou criar uma Confederação²⁷ entre os diversos países da América e convocou com este fim o Congresso do Panamá (ele aí se reuniu por ser o centro da América). Este congresso apenas conseguiu reunir os seguintes Estados: Bolívia, México, Peru, a América Central e a Grande Colômbia. O seu fracasso se deveu à pressão da Inglaterra, que temia ver uma liderança dos EUA no continente. O Brasil nomeou dois delegados "que não conseguiram participar" (José Honório Rodrigues — Independência: Revolução e Contra-revolução, vol. V, 1975, pág 71). Por outro lado, os EUA também não apoiavam Bolívar.²⁸ Os EUA receiam que uma confederação pan-americana os arraste a alianças comprometedoras. Entretanto, ainda foi possível, entre os Estados presentes ao Congresso, a assinatura de um tratado denominado Tratado de União, Liga e Confederação. Ele previa a defesa comum, a solução pacífica dos litígios internacionais, a integridade territorial dos seus membros e a abolição do tráfico negreiro e conferências periódicas.²⁹ Ele não entrou em vigor, uma vez que apenas a Colômbia o ratificou.

O México tentou, em três ocasiões, ressuscitar o sonho de Bolívar, em 1831, 1838 e 1840, mas sem obter quaisquer resultados.

A iniciativa de tais congressos passa ao Peru, que em 1847 convoca um congresso que se prolonga até 1848 e ao qual compareceram: Equador, Bolívia, Nova Granada, Chile e Peru (que havia feito a convocação). São assinados os seguintes tratados: *a*) convenção consular; *b*) convenção de correios; *c*) tratado de união e confederação e *d*) tratado de comércio e navegação. Em 1864 se reúnem em Lima: Peru, Bolívia, Chile, Equador, Venezuela, Colômbia, Salvador e Argentina. Neste Congresso a idéia de uma Confederação foi abandonada. Novos tratados são concluídos: *a*) convenção de correios; *b*) convenção de comércio e navegação; *c*) tratado para a conservação de paz e *d*) tratado de união e aliança defensiva. Nenhuma destas convenções entrou em vigor por falta de ratificação.³⁰

A idéia de Bolívar foi retomada por James Blaine, secretário de Estado norte-americano. Em 1881, ele, por meio de uma circular, propôs aos Estados americanos a realização de uma conferência "com o fim de estudar e discutir os métodos aptos para impedir a guerra entre as nações do continente". Esta conferência não se reuniu, uma vez que Blaine foi substituído na Secretaria de Estado norte-americana. Blaine, ao voltar para a Secretaria de Estado, convocou uma nova conferência, que se reúne em Washington de 1889 a 1890. O único país americano que não compareceu foi a República Dominicana. Foi a primeira conferência pan-americana,³¹ que seria seguida de inúmeras outras. José Martí (Nova América, 1983) via neste Congresso a tentativa de os EUA dominarem a América Latina, na "ânsia de mercado de suas indústrias abarrotadas". Foi criado, no dia 14 de abril³² de 1890, o Escritório Comercial das Repúblicas Americanas, que tinha por finalidade dar informações sobre o comércio, a legislação alfandegária e a produção dos Estados Americanos. Este Escritório era submetido ao secretário de Estado dos EUA e não tinha qualquer aspecto internacional, uma vez que era um organismo do Departamento de Estado. Foi somente em 1898 que o Escritório começou a se internacionalizar. A partir deste ano o Escritório passou a estar submetido a um Comitê que é presidido pelo secretário de Estado. Neste Comitê de cinco membros (um era o secretário de Estado), quatro deles representavam a América Latina.

Na Conferência realizada no México (1901-1902), ele passou a ser denominado de Escritório Internacional das Repúblicas Americanas. O Comitê é substituído por um Conselho, onde estão representados todos os Estados americanos por seus embaixadores junto ao governo de Washington. O presidente do Conselho continua sendo o secretário de Estado norte-americano.

Em 1906, na Conferência realizada no Rio de Janeiro, o Escritório é substituído pela Comissão Permanente das Conferências Internacionais Americanas, que, como indicava sua denominação, era encarregada de preparar as conferências do nosso continente.

Em 1910, na Conferência de Buenos Aires, a "Comissão" é denominada de União Pan-americana. Neste mesmo ano foi inaugurado o prédio da sede, construído graças a uma doação de Andrew Carnegie.

Em 1923, na Conferência que se reuniu em Santiago do Chile, é resolvido que as representações diplomáticas junto à União Pan-americana seriam diferentes das representações latino-americanas junto ao governo de Washington.³³ Decide-se ainda que a presidência não seria mais do Secretário de Estado dos EUA, mas resolvida por eleição. Na prática, continuou a ser o Secretário de Estado norte-americano.

Foi na 6ª Conferência Pan-americana, reunida em 1928, em Havana, que se elaborou a verdadeira estrutura da União Pan-americana. Esta teria os seguintes órgãos: *a*) Conferência Pan-americana (que se reuniria a cada cinco anos); *b*) Conselho Diretor, com sede em Washington e representantes de todos os Estados; *c*) Secretariado, que tinha à sua frente um diretor-geral.

Na Conferência de Lima (1938) foi criado um órgão de natureza consultiva: a Reunião de Ministros das Relações Exteriores.

A Conferência de Bogotá (1948)³⁴ adotou a Carta de Bogotá, que instituiu a Organização dos Estados Americanos.³⁵ Ela entrou em vigor em 1951. Em 1967, na Conferência Interamericana Extraordinária, em Buenos Aires, foi aprovada a reforma da Carta da OEA, que entrou em vigor em 1970.

Os objetivos da OEA podem ser reduzidos a dois (Thomas e Thomas): *a*) assegurar a paz no continente e *b*) promover o bem-estar social.

A estrutura pela Carta da OEA era a seguinte: *a*) Conferência Interamericana; *b*) Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; *c*) Conselho; *d*) Secretariado.

A Conferência Interamericana é a correspondente, na OEA, à Assembléia-Geral da ONU. Ela se reúne de cinco em cinco anos e pode haver reuniões extraordinárias a pedido de 2/3 dos seus membros. As suas reuniões ordinárias foram as seguintes: a 1ª, realizada em Washington (1889-1890); a 2ª, na Cidade do México (1901-1902); a 3ª, no Rio de Janeiro (1906); a 4ª, em Buenos Aires (1910); a 5ª, em Santiago do Chile (1923); a 6ª, em Havana (1928); a 7ª, em Montevideu (1933); a 8ª, em Lima (1938); a 9ª, em Bogotá (1948); a 10ª, em Caracas (1954).³⁶

Ao tempo da União Pan-americana houve três conferências extraordinárias: a 1ª, em Buenos Aires, em 1936, denominada Conferência Interamericana para a Consolidação da Paz; a 2ª, em Chapultepec, na Cidade do México, em 1945 (Conferência Interamericana para os Problemas da Guerra e da Paz); a 3ª, em 1947, no Hotel Quitandinha, na cidade de Petrópolis (Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz). Na OEA, a Conferência Interamericana se reuniu extraordinariamente três vezes: a 1ª, em Washington, em 1964; a 2ª, no Rio de Janeiro, em 1965; e a 3ª, em Buenos Aires, em 1967.

Cada Conferência determina o local onde a próxima se reunirá. Cabe à Conferência Interamericana decidir "a ação e a orientação gerais da Organização", bem como apreciar qualquer assunto referente à Organização.

A Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores se reúne esporadicamente, a pedido de qualquer Estado. A solicitação para a sua reunião é apresentada ao Conselho, que decidirá a seu favor ou não.

Ela tem por funções: *a)* "considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum para os Estados americanos"; *b)* de Órgão de Consulta, conforme está previsto no art. 3º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca do Rio de Janeiro. Este órgão surgiu por proposta da delegação brasileira à Conferência de Buenos Aires (1936) e foi criado na de Lima (1938), se desenvolveu com o Tratado do Rio de Janeiro de 1947 e a Carta da OEA.

Ela já se reuniu inúmeras vezes (excluindo reuniões informais):³⁷ 1ª, no Panamá (1939); 2ª, em Havana (1940); 3ª, no Rio de Janeiro (1942); 4ª, em Washington (1951); a 5ª, em Santiago do Chile (1959); a 6ª, em São José da Costa Rica (1960); a 7ª, em São José da Costa Rica (1960); a 8ª, em Punta del Este (1962); a 9ª, em Washington (1964); a 10ª, em Washington (1965); a 11ª, em Buenos Aires (1967); e a 12ª, em Washington (1967). A sua 20ª, Reunião foi em 1982.

No Conselho da OEA estão representados todos os Estados. A sua sede é em Washington. Ele trata dos assuntos que lhe são encaminhados pela Reunião de Consulta e pela Conferência. Atua provisoriamente como órgão de consulta em caso de ataque armado a um Estado americano (art. 81). O seu presidente e o vice-presidente são eleitos por um ano e não poderão ser reeleitos.

Ele tem três órgãos auxiliares: *a)* o Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES), tendo "como finalidade principal promover o bem-estar econômico e social dos países americanos". A sua sede é em Washington;³⁸ *b)* o Conselho Interamericano Cultural, que visa "promover relações amistosas e entendimento mútuo entre os povos americanos... através do estímulo do intercâmbio educacional, científico e cultural" (o seu comitê permanente tem sede no México); *c)* o Conselho Interamericano de Jurisconsultos é o órgão consultivo em assuntos jurídicos. Ele possui como órgão permanente a Comissão Jurídica Interamericana do Rio de Janeiro, que é formada por nove Estados indicados pela Conferência Interamericana.³⁹ O Conselho Interamericano de Jurisconsultos já se reuniu: 1ª, Rio de Janeiro (1950); 2ª, Buenos Aires (1953); 3ª, México (1956); 4ª, Santiago (1959); 5ª, El Salvador (1965), etc.

O Secretariado é denominado de União Pan-americana e está instalado em Washington. É órgão permanente e tem à sua frente um secretário-geral, que é eleito por dez anos e não pode ser reeleito.⁴⁰

A nova estrutura da OEA pela reforma de Buenos Aires é a seguinte:

a) Assembléia Geral — entre as suas funções figuram: "decidir a ação e a política gerais da Organização"; aprovar o orçamento-programa: "fortalecer e harmonizar a cooperação com as Nações Unidas e seus organismos especializados"; etc. Todos os Estados estão representados. Reúne-se anualmente, por rodízio, em cada cidade, e se ela não puder se "reunir na sede escolhida" ela o fará em Washington. Pode-se reunir extraordinariamente "em circunstâncias especiais". As suas decisões são tomadas por maioria absoluta, salvo nos casos em que forem exigidos 2/3 (ex.: admissão de membros). Ela já se reuniu por dez vezes após a entrada em vigor da reforma de Buenos Aires. Ela se reúne cada vez em um Estado. Saint Georges (I. de Granada), La Paz, etc. A 14ª Reunião foi em Brasília, em 1984.

b) Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores — tem por finalidade "considerar problemas de natureza urgente e de interesse comum para os Estados Americanos, e para servir de Órgão de Consulta" (art. 3º do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca do Rio de Janeiro). Qualquer Estado pode solicitar ao Conselho Permanente a sua reunião. Cabe ao Conselho dar ou não a aprovação. Ele é assessorado em assuntos militares por uma Comissão Consultiva de Defesa. Todos os Estados estão representados.

c) Conselhos — são os seguintes: Conselho Permanente da Organização, Conselho Interamericano Econômico e Social e Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura. Todos os Estados estão neles representados. Eles podem apresentar estudos e projetos à Assembléia Geral. Podem criar órgãos subsidiários.

Conselho Permanente da Organização — tem sede em Washington. A sua presidência não pode exceder seis meses e é por rodízio dentro da ordem alfabética dos nomes dos países em língua espanhola. Ele tratará de todos os assuntos que lhe forem entregues pela Assembléia Geral e pela Reunião de Consulta. Ele "velará pela manutenção das relações de amizade entre os Estados-membros". Será auxiliado por um órgão subsidiário: Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas. Entre as suas funções podem ser ainda mencionadas: executar as decisões da Assembléia Geral e da Reunião de Consulta; formular recomendações à Assembléia Geral sobre o funcionamento da Organização, etc. A representação junto a ele não pode ser exercida cumulativamente pelo mesmo embaixador com a embaixada junto ao governo dos EUA.

Conselho Interamericano Econômico e Social — visa promover "a cooperação entre os países americanos com o objetivo de conseguir seu desenvolvimento econômico e social acelerado". Reúne-se em nível ministerial pelo menos uma vez ao ano. Tem uma Comissão Executiva Permanente composta no mínimo de um Presidente e mais sete membros. A sede é em Washington.

Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura — visa “promover relações amistosas e entendimento mútuo entre os povos da América, mediante a cooperação e o intercâmbio educacionais, científicos e culturais entre os Estados-membros, com o objetivo de elevar o nível cultural de seus habitantes”. Reúne-se em nível ministerial pelo menos uma vez ao ano. Tem uma Comissão Executiva Permanente composta no mínimo de um Presidente e mais sete membros. Com sede em Washington.

d) Comissão Jurídica Interamericana — tem por finalidade ser o “corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos”, promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do DI, etc. É formada por onze juristas eleitos pela Assembléia Geral, com mandato de quatro anos. A Comissão “representa o conjunto dos Estados-membros da Organização e tem a mais ampla autonomia técnica”. A sua sede é no Rio de Janeiro.

e) Comissão Interamericana de Direitos Humanos — visa promover o respeito e a defesa dos direitos do homem (v. Capítulo XXIX). Ela foi criada em 1959. A sua estrutura é regida pela de direitos humanos de 1969. A sede é em Washington.

f) Secretaria Geral — é a parte administrativa. Tem à sua frente um Secretário-geral eleito pela Assembléia-geral por um período de cinco anos, que não pode ser reeleito. Entre as suas funções estão: preparar o projeto de orçamento-programa; serviços de secretaria; depositário dos tratados interamericanos; etc. Ao lado do Secretário-geral há um Secretário-geral Adjunto que é o Secretário do Conselho Permanente. A sede é em Washington. Ela já teve os seguintes secretários-gerais: Alberto Lleras Camargo (Colômbia), Carlos d’Avila (Chile), José Mora (Uruguai), Galo Plaza (Equador), Alejandro Orfila (Argentina) e Baena Soares (Brasil). Em 1994 foi eleito Cesar Gaviria (Colômbia) para Secretário-geral.

Mais uma reforma da Carta da OEA ocorreu em 1985, em que a Assembléia Geral da OEA aprovou o “protocolo de Cartagena das Índias” (Colômbia). Entre os fins da OEA se acrescenta o de realizar uma “efetiva limitação de armas convencionais”. O art. 8º sobre admissão de membros permaneceu em vigor até 10/12/90. Este dispositivo atingia a Guiana e Belize. O art. 29 estabelece que os Estados devem se esforçar para se alcançar a justiça social internacional, bem como devem buscar um “desenvolvimento integral”. Os Estados devem se abster de tomarem medidas que causem efeitos adversos ao desenvolvimento de outro Estado. Devem favorecer o acesso aos mercados mundiais dos produtos dos países em desenvolvimento. Os Estados-membros devem cooperar para o desenvolvimento tecnológico e educacional. A Assembléia Geral é o órgão supremo da OEA: decide a política geral e a ação da organização, fortalece a cooperação com a ONU, aprova o orçamento, etc. Se houver agressão a um Estado americano, o Presidente do Conselho Permanente deve sem demora convocar o Conselho para este decidir se convoca o Órgão de Consulta. O Decreto de 22/06/92, com fundamento no art. 84, inciso IV

da Constituição, declara que é obrigatório para as autoridades cumprirem as resoluções das Reuniões “ad hoc” de Ministros das Relações Exteriores de 1991 e 1992 sobre o Haiti, em que se defende a democracia e se reconhece como representantes do Haiti os enviados pelo governo deposto e se decreta um embargo comercial. O Conselho Permanente deverá servir provisoriamente como órgão de consulta. O Comitê Jurídico Interamericano será formado por 11 juristas eleitos pela Assembléia Geral com um mandato de quatro anos. A eleição deverá levar em consideração a repartição geográfica. Os Estados devem fazer uma distribuição equitativa de riqueza, ter um sistema tributário justo, rápida erradicação do analfabetismo, etc. Qualquer parte em um litígio pode solicitar os bons ofícios do Conselho Permanente, que pode criar Comitês “ad hoc”. A OEA não tem que ser obrigatoriamente uma 1ª instância para a solução de um litígio internacional. O Protocolo elimina o Comitê Interamericano para a solução pacífica, que desde 1967 não foi mais usado.

A OEA possui, como já dissemos, vários organismos especializados, tais como: a) Organização Pan-americana de Saúde, com sede em Washington; b) Junta Interamericana de Defesa, formada por técnicos militares, com sede em Washington. Ela foi criada em 1942. É composta de representantes dos Estados-maiores Gerais dos Estados americanos. Tem por finalidade estabelecer uma cooperação militar e traçar medidas de defesa do continente. A sua estrutura compreende: 1) Presidente; 2) Conselhos de Delegados; 3) Secretaria e 4) Estado-maior (órgão técnico); c) Instituto Pan-americano de Geografia e História, com sede no México; d) Instituto Interamericano de Ciências Agrícolas, com sede em Turrialba (Costa Rica); e) Instituto Internacional Americano de Proteção à Infância, com sede em Montevideú; g) Comissão Interamericana da Mulher, com sede em Washington etc.⁴¹

Na OEA são poucos os Estados americanos que não são membros.

Em 1985 ela estava com 32 membros.

Não existia, nesta organização, um processo de candidatura como existe na ONU;⁴² bastava que o Estado ratificasse a sua Carta. Atualmente, pela reforma de Buenos Aires, há um processo de candidatura semelhante ao da ONU: a apresentação de uma candidatura a ser aprovada pela Assembléia Geral após a recomendação do Conselho Permanente. O Estado tem que aceitar as obrigações da Carta. Entretanto, não será apreciado o pedido de ingresso “apresentado por entidade política cujo território esteja sujeito, total ou parcialmente e em época anterior à data de 18 de dezembro de 1964, fixada pela Primeira Conferência Interamericana Extraordinária, a litígio ou reclamação entre países extracontinentais e um ou mais Estados-membros da Organização, enquanto não se houver posto fim à controvérsia mediante processo pacífico”.⁴³

A Carta da OEA possui normas que são mais avançadas do que as existentes na Carta da ONU. A igualdade é mais completa entre os Estados-membros, uma vez que não existe o veto.

O Capítulo IV enuncia os Direitos e Deveres dos Estados, sendo de se recordar que a ONU ainda não conseguiu realizar uma convenção sobre esta matéria. Estão enunciados os seguintes direitos e deveres: a existência do Estado antes do seu reconhecimento; direito ao desenvolvimento cultural, político e econômico; o respeito aos direitos humanos e aos tratados; a igualdade jurídica; direito à jurisdição; o direito à legítima defesa; a inviolabilidade territorial; o não uso da força para a solução dos litígios internacionais; direito à soberania. Do mesmo modo, o seu Capítulo II formula os Princípios⁴⁴ que estão na base do sistema interamericano: a solução pacífica dos litígios internacionais, o não reconhecimento da conquista como modo de aquisição territorial; os direitos do homem; a solidariedade ao Estado vítima de agressão; a democracia representativa; etc.

O sistema interamericano está ainda fundamentado no Tratado Interamericano de Assistência Recíproca do Rio de Janeiro, de 1947. É o tratado de segurança coletiva continental que estabelece: a) a renúncia ao uso da força para a solução dos litígios internacionais; b) o ataque armado a um Estado americano é considerado um ataque a todos, dando direito não apenas à legítima defesa individual, mas também à legítima defesa coletiva; c) a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, órgão de consulta, determinará as medidas a serem tomadas em caso de agressão a um Estado americano; d) estas medidas serão comunicadas ao Conselho de Segurança da ONU.⁴⁵

Tem sido observado que o sistema interamericano de segurança não criou um comando comum e que os latino-americanos “não receberam nem aceitaram um papel determinado na segurança internacional”. Isto parece ter sido devido ao fato de não existir, a ele, “uma ameaça do bloco soviético” (G. Liska).

Os latino-americanos, ao elaborarem o TIAR em 1947, consideravam que ele só seria aplicado em caso de agressão externa e só remotamente viria a ser aplicado nos conflitos entre Estados americanos. César Sepúlveda formula inúmeras observações ao TIAR, que procuraremos resumir em seguida. Os latino-americanos viram que o seu envolvimento passava da legítima defesa coletiva para a segurança coletiva, que é bem mais complexa. Aquela só surge em caso de ataque, enquanto esta pressupõe “ação comunitária” e proteção dos seus membros. Haveria uma falha técnica ao dar tratamento idêntico aos conflitos dentro do próprio continente e aos que resultam de agressão externa. Ele se transformou em uma aliança política contra a subversão. Em 1954, Dulles propõe e é aprovado o que foi denominado de “monroísmo ideológico”: o domínio pelo comunismo de um Estado americano é considerado uma ameaça aos demais e deverá ser convocada a Reunião de Consulta. A Reunião de Consulta deveria ser a última instância para a solução dos conflitos, porque como está, se ela fracassa, não há outro recurso. Não se permite recorrer a outros métodos

para a solução dos litígios. A Reunião de Consulta tem aplicado sanções quando ela só deveria atuar quando houvesse agressão de outro Estado. Na verdade o TIAR tem apenas acobertado as ações dos EUA. John Child observa que o TIAR nasceu fraco, vez que ele não possui, como o tratado da OTAN, dispositivos sobre a criação, o controle e o uso da força armada, que ele prevê.

Em 1975, pelo protocolo de São José, o TIAR foi modificado. As decisões são aprovadas por votação de 2/3 e a sua revogação é aprovada por maioria absoluta. É condenada a guerra e o uso da força. Consagra-se a solução pacífica dos litígios. A legítima defesa coletiva pode ser exercida até que o órgão de consulta se manifeste, a pedido do interessado. A reforma do TIAR introduziu que as decisões da Reunião de Consulta aprovadas por 2/3 podem ser obrigatórias ou podem ter o valor de recomendação.

O órgão de consulta deve se reunir sempre que a soberania ou independência política de um Estado for atingida. A agressão é definida como sendo o uso da força armada por um Estado contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado. É considerado agressão: a) invasão; b) bloqueio; c) bombardeio; d) envio de bandos armados, etc. O uso da força armada em primeiro lugar é uma evidência de agressão. Cria uma zona de segurança que vai do Pólo Norte ao Pólo Sul e inclui a Groenlândia.

A OEA, na prática, não tem sido o que parecem indicar os textos do continente americano. Ela é no fundo a organização de um único Estado: EUA. É, como já foi denominado, um “vício de origem” (ela se iniciou como um serviço do Departamento de Estado), e os princípios e os direitos e deveres têm ficado, de um modo geral, apenas no papel.

Por outro lado, é de se registrar que os autores têm assinalado a existência de uma nova forma de nacionalismo, que seria o regional, talvez a causa ou o resultado dos organismos sub-regionais.

De qualquer modo, há nos dias de hoje o sentimento da ineficácia da OEA, bastando lembrar que na sua Assembléia Geral de 1973 já se começou a estudar uma nova reforma. Na verdade, não adiantam reformas na OEA enquanto não se alterarem as relações entre os EUA e a América Latina, isto é, enquanto os EUA não abandonarem o seu papel de “tutor” e as elites da América Latina interessadas na manutenção da “tutela”, o que significa dizer interessadas na manutenção da dependência econômica. Pode-se acrescentar que alguns autores têm assinalado que a influência dos EUA tem sido um dos fatores que têm impedido a formação de um regionalismo latino-americano no campo político e econômico.

E) Mercado Comum Centro-americano — foi instituído pelo Tratado Geral de Integração Econômica Centro-americana, concluído em 1960. A sua finalidade é estabelecer entre os signatários um mercado comum.^{45A}

Os seus órgãos são: *a)* Conselho Econômico Centro-americano, formado pelos Ministros da Economia; *b)* Conselho Executivo; *c)* Secretariado, com sede na cidade de Guatemala.

São seus membros: Nicarágua, Honduras, El Salvador, Guatemala e Costa Rica. Os seus órgãos se integraram na ODECA, como previa o tratado de 1960. Esta integração se verifica no tratado sobre a ODECA de 1962. Em consequência, a sede do MCCA passou a ser em El Salvador.

Estão previstas a criação de um Comitê (representantes de empresas e trabalhadores); Corte de Justiça e Parlamento.

F) Agência para a Proscrição de Armas Nucleares.^{45B}

Está prevista no tratado do México (1967) sobre desnuclearização militar da América Latina e visa a aplicação do tratado. A sua estrutura tem: *a)* Conferência-Geral (reúne-se a cada dois anos); *b)* Conselho (cinco membros); *c)* Secretariado (tem à sua frente um Secretário eleito por quatro anos).

A sede é na Cidade do México.

G) Grupo Andino.^{45C}

Outro caso na América de integração sub-regional é formado pelo Acordo de integração concluído, em Cartagena, em 1969, pelo Chile,^{45D} Peru, Equador, Colômbia e Bolívia. A sua finalidade é o desenvolvimento da região de modo equilibrado para facilitar a participação de seus membros na ALALC, que por sua vez deverá se transformar em um mercado comum. A sua estrutura apresenta: *a)* Comissão (um representante de cada Estado); *b)* Junta (órgão técnico); *c)* órgãos auxiliares: Comitê Consultivo e Comitê Assessor Econômico e Social.

Em 1979 foi criada uma Corte de Justiça com sede em Quito e formada por cinco juízes com mandato de seis anos. Cabe a ela decidir sobre a nulidade das decisões da Comissão e resoluções da Junta tomadas em violação ao acordo de Cartagena. A ação de nulidade deve ser iniciada no prazo máximo de um ano após a decisão ou resolução ter sido tomada. A ação pode ser proposta por: Estado-membro, comissão, junta e pessoa física ou jurídica quando a decisão ou resolução são aplicadas a eles e lhes trazem prejuízo. A Corte pode dar pareceres sobre interpretação do acordo de Cartagena. Ela começou a funcionar em 1984.

Foi criado em 1979 o Parlamento Andino (Bolívia, Colômbia, Peru e Venezuela), que deve auxiliar na integração econômica andina. Os seus membros devem ser eleitos diretamente pelos povos: até que esta prática seja posta em funcionamento, cada parlamento elege cinco representantes. Ele deve se reunir uma vez por ano.

Tem personalidade internacional e um secretariado.

O Acordo de Cartagena foi emendado por um protocolo concluído em 1976 entre Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

A sede é em Lima.

Em 1996 a Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela concluíram um tratado criando o Sistema Andino de Integração (SAI) para substituir o Pacto Andino.

H) Sistema Econômico Latino-americano.^{45E}

Criado em 1975 no Panamá, tem por finalidade: *a)* promover a cooperação inter-regional; *b)* encorajar a criação de empresas multinacionais latino-americanas; *c)* ser um sistema permanente de consulta e coordenação para a adoção de posições comuns em matéria econômica e regional; *d)* proteger a produção de matérias-primas latino-americanas e *e)* estabelecer estratégias em relação ao mundo exterior. Enfim, acelerar o desenvolvimento econômico da região.

Estrutura: *a)* Conselho Latino-americano; *b)* Comitês para estudos específicos e *c)* Secretariado. Este tem sede em Caracas. O Secretário é eleito por quatro anos. Tem 26 países (Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela).

Em 1973 foi criada em Lima a Organização Latino-americana de Energia (OLADE), que proclama o direito dos Estados de defenderem e utilizarem os recursos naturais conforme os interesses de seus povos.^{45F} Funciona mediante a reunião de Ministros.

I) Mercosul.^{45G}

Os antecedentes do Mercosul (Mercado Comum do Sul) são: *a)* em 1988 o Brasil e a Argentina concluem o "Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento"; *b)* em 1990 os Presidentes do Brasil e da Argentina se comprometem à criação de um mercado comum até 31/12/94.

Em 1991 foi concluído o tratado de Assunção criando o Mercosul, que visava criar um mercado comum, a partir de 1995, entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. O tratado está aberto aos demais membros da ALADI. Prevê a criação do Conselho do Mercado Comum (integrado pelos Ministros das Relações Exteriores) e do Grupo do Mercado Comum (órgão executivo).

Em 1991 foi concluído o protocolo de Brasília, para vigorar em 1994, para a solução das controvérsias. São previstos como modos de solução: *a)* negociações diretas; *b)* intervenção do Grupo Mercado Comum, que fará recomendações; *c)* arbitragem — o litígio será resolvido por três árbitros, sendo um de cada Estado e de comum acordo escolherem um terceiro árbitro. Cada Estado designa uma lista de 10 árbitros, que constarão de uma lista que ficará na Secretaria Administrativa. Os laudos arbitrais são obrigatórios e deverão ser cumpridos no prazo de 15 dias após a notificação.

As reclamações de particulares serão apreciadas pelo Grupo do Mercado Comum, que convocará três especialistas, que darão um parecer. Haverá uma lista de especialistas, sendo que 6 indicados por cada Estado.

O Mercosul é uma união aduaneira, ou um "processo intergovernamental" e que tem personalidade internacional.

Segundo Luiz Olavo Baptista o Mercosul tem 5 liberdades: a) livre circulação de mercadorias; b) liberdade de estabelecimento; c) livre circulação dos trabalhadores; d) circulação dos capitais; e) liberdade de concorrência.

O denominado "Protocolo de Ouro Preto" é o "Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul" (1994). Esta é bastante ampliada e passará a ter os seguintes órgãos: a) o Conselho do Mercado Comum (CMC); b) o Grupo Mercado Comum (GMC); c) a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); d) a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); e) o Foro Consultivo Econômico-social (FCES); f) a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). A capacidade decisória só é dada aos três primeiros órgãos.

O CMC é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e Ministros da Economia. Terá uma reunião pelo menos por semestre. Cabe a ele fiscalizar o cumprimento do tratado de Assunção e formular as políticas necessárias bem como negociar acordos internacionais pelo Mercosul, criar órgãos, adotar decisões em matéria financeira e orçamentária, etc. As suas decisões são obrigatórias para os Estados-membros titulares e quatro membros alternos designados pelos governos. As suas reuniões serão tantas quantas forem necessárias. Entre as inúmeras funções estão: a) propor projetos de decisão ao CNC; b) tomar as medidas necessárias para executar as decisões do CMC; c) fixar programas de trabalho, etc.

O GMC é o órgão executivo. Tem quatro membros e quatro suplentes designados pelos governos. É coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. As suas funções são: a) adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária; b) aprova o orçamento; c) apresenta projetos da decisão ao conselho do Mercado Comum; d) cria ou extingue órgãos; e) fixa programa de trabalho para estabelecer o mercado comum, etc. As resoluções dele são obrigatórias.

O CCM tem também quatro membros e se reunirá "pelo menos uma vez por mês ou sempre". Entre as suas funções figuram: a) fiscalizar a "aplicação dos instrumentos comuns de política comercial"; b) propor ao GMC novas normas; c) criar comitês técnicos, etc. O CMC aprova diretrizes (terminologia copiada do Mercado Comum Europeu) que são obrigatórias e propostas.

A CPC será formada por parlamentares indicados pelo Legislativo. Cada Estado está o mesmo número de parlamentares. Neste ponto há uma grande diferença da União Européia, em que a representação leva em

consideração o número de habitantes. Ele visa a "harmonização de legislações".

O FCES é o "órgão de representação dos setores econômicos e sociais". Cada Estado tem o mesmo número de representantes. Ele aprova recomendações. A Secretaria tem sede em Montevideu e prestará serviços aos demais órgãos.

É consagrada a personalidade internacional do Mercosul, bem como é criado o seu Boletim Oficial.

Serão consideradas "fontes jurídicas do Mercosul":

I — o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares;

II — os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;

III — as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

O Anexo ao Protocolo de Ouro Preto regulamenta o procedimento a ser adotado nas reclamações junto à CCM.

O Protocolo criou uma zona de livre comércio e uma tarifa externa comum. É preciso salientar que os EUA não vê com bons olhos o Mercosul, porque ele seria um obstáculo à zona de livre comércio do continente americano proposta por Bush na "Iniciativa para as Américas" em 1990. Os EUA propõem a criação da Associação (ou Área) de Livre Comércio Americana (ALCA), que foi lançada em Miami por 34 Estados.

Os acordos de cooperação entre a União Européia e o Mercosul, concluídos em 1995, prevêm um Conselho de Cooperação a nível ministerial, que é assessorado por uma Comissão Mista de Cooperação.

J) Outras organizações americanas.⁴⁵¹¹

O Organismo de Assistência Recíproca Petrolífera Estatal Latino-americana, formado por Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Peru, Venezuela e Uruguai.

Em 1976 foi criada a União dos Países Latino-americanos e do Caribe Exportadores de Açúcar, com um secretariado no México.

Em 1974 foi criada a União dos Países Exportadores de Banana, formada pela Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Honduras e Panamá, com os seguintes órgãos: Conferência de Ministros, Conselho e Direção Executiva. Visa defender um preço justo e remunerativo para a banana.

Em 1978 foi concluído, em Brasília, o tratado para a cooperação e desenvolvimento da Amazônia.⁴⁵¹² São seus integrantes: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. São previstos os seguintes órgãos: a) Reunião dos Ministros das Relações Exteriores, que fixa as diretrizes da política do Pacto. As reuniões ocorrerão quando for necessário, sendo que a primeira foi em Belém, em 1980. Decide por unanimidade; b) Conselho de Cooperação Amazônica — reúne-se anual-

mente. A sede é por rodízio, sendo que a primeira reunião foi no Peru, em 1981. E a segunda em Cali (Colômbia), em 1983. Em 1989 houve uma reunião em Quito. Ele fiscaliza o cumprimento do tratado, formula recomendações e estuda os projetos apresentados pelas partes. Decide por unanimidade; c) a Secretaria é "pro tempore" e é assegurada pelo Estado onde se reúne o Conselho; d) Comissões Nacionais Permanentes, executam as decisões da Reunião e do Conselho; e) Comissões Especiais são criadas quando forem necessárias e se subordinam ao Conselho e à Reunião. Segundo Rubens Ricúpero, os princípios do Pacto são: competência exclusiva dos países da região para o desenvolvimento da Amazônia; soberania nacional; igualdade entre os Estados; cooperação regional e proteção ecológica. Segundo Frank D. McCann (A Nação Armada, 1982), "o Pacto Amazônico teve o propósito duplo de esvaziar a hostilidade antibrasileira dos países do Pacto Andino e de criar uma aliança 'de fato' para preservar as atuais soberanias na região".

Tem sido considerado que o Brasil teve a iniciativa do Pacto Amazônico para fugir ao isolamento em que entrou após 1964, bem como para enfrentar a Venezuela que estava surgindo como líder. O Brasil terá o predomínio, vez que é o país que tem maior Amazônia. Tem-se considerado que ele vem funcionando de modo satisfatório.

Em 1981 foi concluído um tratado em Basseterre (St. Kitts-Nevis) criando a Organização dos Estados do Caribe Oriental (OECS). São seus integrantes: Antigua, Dominica, Granada, Montserrat, St. Kitts-Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas. Os seus fins são cooperação econômica. Tem os seguintes órgãos: a) Autoridade de Chefes de Governo (que determinará a sua sede); b) Comitê de Negócios Estrangeiros; c) Comitê de Defesa e Segurança; d) Comitê de Assuntos Econômicos; e) Secretariado Central.

O Mercado Comum do Caribe (CARICOM) foi criado por tratado em 1973 e substituiu a CARIFTA (zona de livre comércio do Caribe), que fora instituída pelo Tratado de Dickinson Bay de 1965 entre Antigua, Barbados e Guiana. Atualmente, ele tem mais nove Estados como membros. São Estados exportadores de matérias-primas. Os Órgãos são: a) Conferência de Chefes de Estado; b) Conselho; c) Secretariado.

Pode ser citado o tratado da Bacia do Prata,^{45j} aprovado pela Ata de Brasília (1970), que visa realizar uma exploração integrada da Bacia do Prata. Ele cria um comitê Intergovernamental Coordenador.

Em 1987 foi concluído um tratado em Lima sobre a institucionalização do Parlamento Latino-americano, que defenderá a democracia, autodeterminação, integração latino-americana, defesa dos direitos do homem, etc.

Ele tem como órgãos: a) Assembléia; b) Mesa Diretora; c) Comissões Permanentes; d) Secretariado Geral.

A sede será fixada pela Assembléia.

Está previsto um mercado comum entre Canadá, EUA e México em um tratado concluído em 1992 e aprovado em 1993, e o prazo é de 15 anos para a sua instalação. O NAFTA foi antecedido do Acordo de Livre Comércio EUA-Canadá que, segundo R. Gilpin, era para melhorar o poder de barganha dos EUA na rodada do Uruguai (GATT), como também seria uma alternativa caso esta fracassasse.^{45k} O NAFTA tem a Comissão de Livre Comércio e o Secretariado, bem como vários comitês.

Em 1993, começou a funcionar, com sede em São Paulo, o Parlamento Latino-americano (Parlatino).

Em 1993 uma zona de livre comércio foi instituída por Panamá, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Guatemala, Costa Rica, Colômbia, Venezuela e México.

Pode-se citar ainda, na América, uma organização internacional não-governamental, que é a Organização Latino-americana de Solidariedade (OLAS). Visa coordenar e estimular a solidariedade entre os movimentos de libertação nacional, lutar contra o imperialismo americano, as potências coloniais e as oligarquias burguesas. A sua estrutura é a seguinte: a) Conferência, que se reúne cada dois anos em Havana; b) Comitê Permanente, com sede em Havana. Cada país é representado por um Comitê nacional "composto de uma ou várias organizações antiimperialistas".

301A. Devemos mencionar ainda as organizações existentes sobre os denominados produtos de base,⁴⁶ que não são regionais, vez que elas não se limitam a determinadas regiões do globo.

J. Touscoz caracteriza os produtos de base como sendo aqueles oriundos da agricultura, pesca, minérios, em sua forma natural ou que sofreram transformação e cuja venda necessariamente é feita em grande quantidade no mercado internacional. Pode-se também caracterizá-los como aqueles que são fundamentais para a economia dos Estados produtores. Eles não estão regulamentados apenas pelos organismos que mencionamos abaixo, mas também no GATT e na UNCTAD, sendo que este último, em 1980, concluiu um acordo sobre um programa integrado sobre 18 produtos de base criando, por exemplo, estoques reguladores.

A Organização Internacional do Café, que estabelece um sistema de quotas de exportação. A sede é em Londres. O Convênio Internacional do Café em vigor é o de 1962, e foi revisto em 1968. A OIC foi criada em 1958, no Rio de Janeiro. Ela tem a seguinte estrutura: a) Conselho Internacional do Café — todos os Estados se encontram representados; b) Junta Executiva (16 membros, sendo que uma metade para os exportadores e outra para os importadores); c) Diretor Executivo. Os EUA já se retiraram dela. A sua existência foi prorrogada até 1994. Em 1993 foi criada, com sede em Brasília, a Associação dos Países Exportadores de Café para regulamentar o comércio deste produto.

A Organização dos Países Exportadores do Petróleo foi criada em 1960 devido ao fato de as companhias de petróleo terem reduzido duas vezes

o preço do petróleo bruto do Oriente Médio em pequeno espaço de tempo. A Venezuela vinha mantendo contato com os produtores de petróleo desde 1948. A sua sede inicialmente foi na Suíça, e em 1965 passou para Viena. Ela tem a seguinte estrutura: *a*) Conferência — criou a Comissão Econômica Permanente; *b*) Conselho; *c*) Secretariado; *d*) Corte de Justiça. A sua finalidade era estabilizar o preço do Petróleo e atualmente tem sido a de aumentar a receita dos países exportadores. Ela é formada por Argélia, Equador, Gabão, Indonésia, Irã, Iraque, Kuwait, Líbia, Nigéria, Catar, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos e Venezuela. Atualmente já se fala em "Direito do petróleo Internacional" (B. Bollecker-Stern).⁴⁷

Em 1967 foi criada ainda a Organização dos Países Árabes Exportadores de Petróleo. São seus membros: Argélia, Bahrein, Egito, Iraque, Kuwait, Líbia, Arábia Saudita, Síria e Emirados Árabes Unidos. A sede é no Kuwait.

Vários acordos podem ser mencionados: *a*) açúcar (1953, revisto em 1956 e 1958, 1968, 1973 e 1977); *b*) trigo (1949, 1953, 1956, 1959, 1962, 1967, 1971 e protocolo de 1976); *c*) óleo de oliva (1956, modificado em 1958, e renegociado em 1963 com protocolos de 1967, 1969 e 1973); *d*) estanho (1954, 1960, 1966, 1970 e 1975); *e*) cacau (1972 e 1975); *f*) café (1958, modificado em 1960 e renovado em 1962, e renegociado em 1968; 1975, entrou em vigor a título provisório em 1976).

Visam a organização do mercado. Criam uma organização internacional com um Conselho (todos estão representados) e um Comitê Executivo (apenas alguns Estados). A do estanho tem apenas uma Assembléia. São os denominados acordos de produtos de base. Eles são tratados em que os principais exportadores e importadores de um produto de base se comprometem a respeitar uma regulamentação relativa ao comércio internacional deste produto (Thiébaud Flory).

As denominadas associações de produtores de matéria-prima, formando verdadeiros cartéis, surgiram devido aos resultados limitados dos acordos de produtos de base. São elas: *a*) Organização dos Países Exportadores de Petróleo (1960); *b*) Associação dos Países Produtores de Borracha Natural (1973); *c*) Associação Internacional da Bauxita (1975); *d*) Aliança dos Países Produtores de Cacau (1968); etc. Estas "associações" são consideradas lícitas pela Carta de Direitos e Deveres dos Estados da ONU. O papel das associações de produtores é de elaboração de estudos e estatísticas, criação de estoques reguladores, estabelecimento de preços, limitação de exportações e, eventualmente, limitação da produção, fixação de estoques nacionais. Pode-se acrescentar ainda a Associação de Produtores de Estanho, por um tratado concluído em Londres, em 1983, formada por Austrália, Bolívia, Indonésia, Malásia, Nigéria, Tailândia e Zaire. A sua estrutura compreende: *a*) Conferência de Ministros; *b*) Comitê Executivo; *c*) Secretariado.

Os acordos sobre produtos de base, a nível de mercado de consumidores, não funciona muito bem, porque o mercado é dominado pelas

multinacionais. A comercialização de tais produtos mostra: *a*) o "peso excessivo" das multinacionais; *b*) ineficiência das empresas privadas dos países produtores; *c*) tendência para a comercialização por empresas estatais ou para-estatais (Francisco Villagrán Kramer).

Existem ainda outras associações de produtores: *a*) Comitê Internacional do Chá; *b*) Organização Interafricana do Café; *c*) Comunidade Asiática da Pimenta; *d*) Associação dos Países Exportadores de Tungstênio, etc.

301B. A Organização Mundial de Turismo foi criada em 1974 e visa desenvolver o turismo com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e para a compreensão internacional.

Os seus órgãos são: *a*) Assembléia Geral; *b*) Conselho Executivo; *c*) Secretaria. A sede é em Madri.

Atualmente já se fala em DI do Turismo (P. Vellas).

301C. A Asian Pacific Economic Cooperation (APEC),⁴⁸ ela é formada por dezoito Estados, onde se encontram EUA, Japão e China. A sua primeira reunião de cúpula foi em Seattle em 1993. Ela é foro de consultas. Em 1994, na Declaração de Bogor, ela se comprometeu a criar uma zona de livre comércio até o ano de 2020.

NOTAS

1. Romain Yakemtchouk — L'ONU. La Sécurité Régionale et le Problème du Régionalisme, 1955; G. M. Yepes — Les accords régionaux et le droit international, *in* RdC, 1947, vol. II, t. 71, págs. 235 e segs.; C. W. Jenks — Co-ordination: the new problem of international organization, *in* RdC, 1950, vol. II, t. 77, págs. 157 e segs.; José Ramón de Orué y Arregui — Le Regionalisme dans l'Organisation Internationale, *in* RdC, 1935, vol. III, t. 53, págs. 7 e segs.; B. Boutros-Ghali — Contribution à Une Théorie Générale des Alliances, 1963, págs. 85 e segs.; John Norton Moore — The Role of Regional Arrangements in the Maintenance of World Order, *in* The Future of the International Legal Order, editado por Cyril E. Black and Richard A. Falk, vol. III, 1971, págs. 122 e segs.; Chris Ferrands — The Regional Use of Force, *in* The Use of Force in International Relations, editada por F. S. Northedge, págs. 70 e segs., 1974; Joseph S. Nye — Regional Institutions, *in* The Future of the International Legal Order, editado por Cyril E. Black and Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 425 e segs.; Ernst Ulrich Petersmann — Theory and Comparative Legal Aspects of Economic Integration Among Developing Countries, *in* Law and State, vol. 12, 1975, págs. 17 e segs.; Société Française pour le Droit International — Régionalisme et Universalisme dans le droit international contemporain, Colloque de Bordeaux, 1977; Direito e Integração, coordenação de José Francisco Landim, 1981, págs. 55 e segs.

2. Yepes observa que uma definição de "acordos regionais" deveria conter os seguintes elementos: a) contigüidade geográfica; b) aspecto permanente; c) aspecto geral (no sentido de abranger vários campos de atividade); d) "afinidades entre os membros do agrupamento regional"; e) possuir um aparelhamento para a solução pacífica dos litígios internacionais; f) não podem ter finalidades contrárias às da ONU. É de se assinalar que a Carta da ONU não define o que seja acordo regional.

3. Clyde Eagleton, em uma interpretação isolada, ao estudar o Pacto da SDN, defendeu que a Liga possuía o monopólio em matéria de segurança e condenava toda e qualquer guerra.

4. Paul Reuter — Organisations Européennes, 1965; Louis Cartou — Organisations Européennes, 1973; Roger Pinto — Les Organisations Européennes, 1963; European Organisations — PEP, 1959; W. J. Ganshof van der Meersch — Organisations Européennes, vol. I, 1966; Nicola Catalano — Manuale di Diritto delle Comunità Europee, 1962; Claude-Albert Colliard — Institutions Internationales, 1963; Paul Reuter — Institutions Internationales, 1963; D. W. Bowett — The Law of International Institutions, 1963; M. Margaret Ball — NATO and The European Union Movement, 1959; A. H. Robertson — Legal Aspects of European Integration, 1957, vol. I, 91, págs. 105 e segs.; Jean Lecerf — Histoire de l'unité européenne, 1965; A. H. Robertson — European Institutions, 1966; Ricardo Monaco — Lezioni di Organizzazione Internazionale. Diritto dell'integrazione Europea, vol. III, 1968; Jacques et Colette Nème — Organisations Économiques Internationales, 1972; Ph. Drakidis — Organisations Européennes, *in* Dalloz — Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit International, t. II, 1969, págs. 507 e segs.; Charles Zorgbibe — La Construction Politique de l'Europe, 1978; Société Française pour le Droit International — L'Europe dans les relations internationales, Colloque de Nancy, 1982; Pierre Gerbet — La Construction de l'Europe, 1983;

Organisations Internationales I. coleção dirigida por Jean Combacau e Pierre-Marie Dupuy, 1992; Hans-Albrecht Schraepfer — Organisations Internationales et Européennes, 1995; Institut des Hautes Études Internationales de Paris — Organisations Internationales I, 1992; Jean-Pierre Maury — La construction européenne — sécurité et la défense, 1996.

5. A Europa dos seis tentou criar mais uma organização supranacional. Estes Estados europeus, com base em uma proposta do governo francês, tentaram criar a Comunidade Europeia de Defesa (CED), com a qual se formaria um exército europeu. Ela não começou a funcionar em virtude de o Legislativo francês não ter aprovado o tratado, que fora concluído em 1952.

6. Pierre Duclos — Le Conseil de L'Europe, 1960; A. H. Robertson — The Council of Europe, 1956; Pierre Duclos — La Réforme du Conseil de l'Europe, 1958; Max Sorensen — Le Conseil de l'Europe, *in* RdC, vol. II, t. 91, págs. 117 e segs.; International Political Communities, *An Anthology*, 1966; Amos J. Peaslee — International Governmental Organizations, 2 vols., 1956; Wolfgang Plaza — L'expérience d'intégration au sein du Conseil de l'Europe, *in* RGDIP, t. 81, 1977/3, págs. 667 e segs.

7. V. Capítulo XXIX.

7A. Franz Wendt — The Nordic Council and Cooperation in Scandinavia, 1959.

8. Ela fez uma declaração em que afirma que não participará das discussões sobre assuntos militares que possam resultar em conflitos entre os Grandes.

9. Ou European Free Trade Association (EFTA).

10. A Irlanda concluiu com a Grã-Bretanha um tratado de livre comércio, o que a colocava, de certo modo, na órbita do AELE.

11. Sobre esta Corte: Ganshof van der Meersch.

12. Paul Reuter — La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, 1953; Jean de Soto — La CECA, 1958; Louis Delvaux — La Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, 1956; La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier — Por um Grupo de Estudos do Instituto de Relações Internacionais, 1953; Pierre Ginestet — Le Parlement Européen, 1963; Jean-Pierre Colin — Le Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes, 1956; Paul Reuter — Le Plan Schuman, *in* RdC, 1952, vol. II, t. 81, págs. 523 e segs.; Henri Rieben — De la Cartellisation des Industries Lourdes Européennes à la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *in* RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 117 e segs.; J. de Soto — Les Relations Internationales de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *in* RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 29 e segs.; Max Kohnstamm — The European Coal and Steel Community, *in* RdC, 1956, vol. II, t. 90, págs. 5 e segs.; Antonio Tizzano — La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, vol. I, 1967; Roberto Socini — La Competenza Pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1967; Enrico Vinci — Il Parlamento Europeo, 1968; Joël Rideau — Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales, 1969; Nicole Condorelli Braun — Commissaires et Juges dans les Communautés Européennes, 1972; Os trabalhos de Maurice Flory, René-Jean Dupuy e Denis Tallon, sobre as Comunidades Europeias, *in* Dalloz — Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit International, t. I, 1968, págs. 360 e segs.; Académie de Droit International de La Haye — Les aspects juridiques de l'intégration économique — Colloque 1971, 1972, especialmente págs. 187 e segs.; Valerio Grementieri — Il Processo Comunitario, 1973; Vlad

Constantinesco — Compétences et Pouvoirs dans les Communautés Européennes, 1974; European Integration, editado por Michael Hodges, 1972; Claudio Zanghi — Gli "Status" Giuridici negli Enti Internazionali, 1975; Pierre Pescarote — Le Droit de l'Intégration, 1972; Paul Reuter — La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international, in Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, págs. 665 e segs.; F. Dumon — La formation des règles de droit dans les communautés européennes, in La Règle de Droit. Études publiées par Ch. Perelman, 1971, págs. 159 e segs.; Daniel Vignes — Le pouvoir d'inspection des Communautés européennes, in L'Inspection Internationale, coordenado por Georges Fischer e Daniel Vignes, 1976, págs. 345 e segs.; Hélène Bauer-Bernet — Motivation et Droit Communautaire, in la Motivation des Decisions de Justice. Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, 1978, págs. 303 e segs.; Walter van der Meersch — L'ordre Juridique des Communautés Européennes, in RdC, 1975, vol. V, t. 148, págs. 1 e segs.; Robert Kovar — La Compétence Consulative de la Cour de Justice et la Procédure de Conclusion des Accords Internationaux par la Communauté Économique Européenne, in Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 357 e segs.; Jean Vergès — De Quelques Méthodes de Développement Institutionnel des Communautés Européennes, in Mélanges offerts à Paul Reuter, 1981, págs. 501 e segs.; Andrea Chiti-Batelli — I "Poteri" del Parlamento Europeo, 1981; Joseph Weiler — The European Parliament and Foreign Affairs: External Relations of the European Economic Community, in Parliamentary Control over Foreign Policy, coordenado por Antonio Cassese, 1980, págs. 151 e segs.; Giorgio Gaja — European Parliament and Foreign Affairs; Political Cooperation Among Nine, in Parliamentary Control over Foreign Policy, coordenado por Antonio Cassese, 1980, págs. 191 e segs.; Charles Vallée — Le Droit des Communautés Européennes, 1983; Jürgen Schwarze — Constitutional Developments in the European Community: Definition and Foundation, in Law and State, vol. 32, 1985, págs. 96 e segs.; Fausto de Quadros — Direito das Comunidades Européias, 1984; Vlad Constantinesco — La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit International, in Mélanges Charles Chaumont, 1984, págs. 207 e segs.; João Mota de Campos — Direito Comunitário, 3 vols., 1988-1991; Jacqueline Duteil de la Rocher — Reflexions sur l'application "Extra-Territoriale" du Droit Communautaire, in Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 282 e segs.; Charles Leben — A propos de la Nature juridique des Communautés Européennes, in Droits, n° 14, 1991, págs. 61 e segs.; Jean Boulouis — Droit institutionnel des communautés européennes, 1991; Vera Thorstensen — Tudo sobre Comunidade Européia, 1992; Dusan Sidjanski — L'avenir Fédéraliste de l'Europe, 1992; Joel Rideau — Communauté de Droit et Etats de Droit, in Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 249 e segs.; Charles Zorgbibe — Histoire de la construction européenne, 1993; Revue française de Droit constitutionnel, n° 12, 1992; Les Constitutions européennes et le Traité de Maastricht, n° 12, 1992; Société Française pour le Droit International — perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique — Colloque du Québec, 1993; Carlos Laranjeiro — Tratado de Roma, 1993; L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie, sob a direção de Jacques Lenoble e Nicole Dewandre, 1992; Paulo Borba Casella — Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico, 1994 (excelente obra); Ami Barav e Christian Philip — Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes, 1993; Pouvoirs, Europe de la Communauté à l'Union, n° 69, 1994; Walter Ganshof

van der Meersch — L'ordre Juridique des Communautés Européennes et le Droit International, in RdC, 1975, vol. IV, t. 148, págs. 1 e segs.; Paulo de Almeida Sande — Fundamentos da União Européia, 1994; Orlando de Carvalho *et alii* — A União Européia, 1994; Renaud Dehousse — La Cour de Justice des Communautés Européennes, 1994; Ramón Tamames — La Unión Européia, 1994; Maurice Duverger — L'Europe dans tous ses Etats, 1995; Victoria Abellan Honrubia e Blanca Vilá Costa — Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, 1993; Chantal Millon-Delsol — Le Principe de Subsidiarité, 1993; Jean-Luc Mathieu — L'Union Européenne, 1994; União Européia — Comunidade Européia. Espaço Económico Europeu — Organização e Versão consolidada dos tratados por A. Carlos dos Santos, 1992; Pascal Fontaine — La construction européenne de 1945 à nos jours, 1996; Joel Rideau — Le Droit des Communautés Européennes, 1995; Paulo de Pitta e Cunha *et alii* — A União Européia na Encruzilhada, 1996; J. Cloos, G. Reimesch, D. Vignes e J. Weyland — La Traité de Maastricht. Genese, Analyse. Commentaires, 1994; Joel Rideau — Droit Institutionnel de L'Union et des Communautés Européennes, 1994; Jean-Louis Quermone — Le Système politique de L'Union européenne, 1994; Paulo de Pitta e Cunha — Integração Européia, 1993; Marc Abélès — La Vie Quotidienne au Parlement Européen, 1992; Traité sur L'Union Européenne, sob a direção de Vlad Constantinesco, Robert Kovar e Denys Simon, 1995; Angelo Davi — Comunità Europea e Sanzioni Economiche Internazionali, 1993; Maurice-Christian Bergerès — Contentieux Communautaire, 1994; José Alfredo de Oliveira Baracho — O Princípio da Subsidiariedade — Conceito e Evolução, 1995; Roberto Luiz Silva — direito econômico internacional e direito comunitário; Cristóvão Fernando de Dias Teixeira — A Natureza das comunidades Européias, 1993; Paolo Biovati e Frederico Carpi — Diritto Processuale Comunitario, 1994; M. F. Christophe Tchakaloff — Les Grandes Étapes de l'Organisation de l'Europe, 1996; Pascal Girerd — Aspects Juridiques du Traité Communauté Européenne, 1996; Fabrice Fries — Les Grands Débats Européens, 1995; Louis Cartou — L'Union européenne, 1996; Manuel Porto *et alii* — A Revisão do Tratado da União Européia, 1996; I. McLeod, I. D. Hendry e Stephen Hyett — The External Relations of the European Communities, 1996; Paulo de Pitta e Cunha e outros — A União Européia na Encruzilhada, 1996; Dengs Simon — Le Système juridique communautaire, 1997; Dominique Hamon e Ivan Serge Keller — Fondements et étapes du la construction européenne, 1997; Neill Nugent — The Government and Politics of the European Union, 1995; Louis Dubocu e Claude Guordan — Grands Textes du Droit communautaire et de l'Union européenne, 1996; Javier Diez-Hochleitner — La position del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario, 1998; Giovanni Guzzetta — Costituzione e Regolamenti Comunitari, 1994; Maria José Mesquita — Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias preferidas no âmbito de uma ação por Incumprimento, 1997; Peter M. R. Strick — A History of European Integration since 1914, 1996; Joseph H. H. Weiler — Europa, fin de siglo, 1995; Margarida Salema D'Oliveira Martins — O Princípio da Subsidiariedade na Constituição de 1976: os trabalhos preparatórios da Terceira Revisão Constitucional, "in" Perspectivas Constitucionais, organização de Jorge Miranda, vol. II, 1997, págs. 851 e segs.; Pierre-Alexis Féral — Le Comité des régions de l'Union européenne, 1998; Francisco Lucas Pires — Introdução ao Direito Constitucional Europeu, 1997; Fausto de Quadros — Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público, 1991; Fausto de Quadros — O

Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia. 1995; Miguel Gorjão — Aspectos Gerais dos acordos de Schengen na Perspectiva da Livre Circulação de Pessoas na União Europeia. "in" Temas de Integração. 1996, vol. I, págs. 47 e segs.; Marta Borges — Subsidiariedade: Controle "a priori" ou "a posteriori". "in" Temas de Integração. 1997, vol. II, págs. 67 e segs.; Paulo Jorge Canelas de Castro — O Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Integração através da Cooperação de Juízes. "in" Temas de Integração. 1997, vol. II, págs. 101 e segs.; Félix de la Fuente — Dictionnaire Juridique de l'Union Européenne. 1998; Frédéric Baudin-Cullière — Principe de subsidiarité et administration locale. 1995; Jean-François Drevet — Aménagement du territoire. Union Européenne et développement régional, 1995; L. Neville Brown e Tom Kenney — The Court of Justice of the European Communities. 1994.

12A. As características das organizações supranacionais (CECA, CEE e EURATOM) apresentadas por Paul Reuter são as seguintes: a) a independência das autoridades em relação a seu Estado de origem; b) a criação de uma competência comum que "resulta da fusão parcial das competências nacionais"; c) os particulares têm acesso à Corte de Justiça, etc.; d) Kovar assinala que uma nova competência pode ser criada pelos próprios órgãos das comunidades, o que mostra de modo claro ser a limitação à soberania estatal maior do que nas demais organizações internacionais. Outras características de integração que podem ser assinaladas são as seguintes: a) "processos coletivos de decisão" (Leon Lindberg), isto é, a capacidade de decisão é dada a um ente político que não é Estado; b) o poder de regulamentação das comunidades é exercido sem interferência do executivo ou legislativo dos Estados; c) o direito comunitário produz diretamente efeitos nos indivíduos, dando a estes direitos que eles podem opor aos seus próprios Estados (P. Pescatore).

13. Este autor denomina a sua obra "O governo dos Juízes nas Comunidades Europeias". Esta denominação vem do fato de que a Corte só está sujeita aos tratados que instituíram as comunidades, mas que ela mesma interpreta.

13A. S. Hening e J. Pinder salientam que nas assembleias europeias (Conselho Nórdico, Parlamento Europeu, etc.) não surgem partidos europeus pelas seguintes razões: a) não há organização fora do Parlamento; b) o aspecto técnico dos debates; c) não há um eleitorado a ser conquistado, etc. Esta última razão atualmente desaparece, com a eleição direta para o Parlamento Europeu. Nestas Assembleias, salientam estes autores, existem apenas "grupos de partidos" (S. Hening e J. Pinder — Partidos Políticos Europeus, 1976).

14. R. du Page. D. Cépède e W. Lengellé — Le Marché Commun, 1957; Georges Degois e Antoine Semini — Le Marché Commun, ses Techniques Douanières, 1958; Nicola Catalano — La Comunità Economica Europea e l'Euratom, 1957; J.-F. Deniau — Le Marché Commun, 1958.

14A. Antonio Linarez apresenta as seguintes características para as diferentes organizações de natureza econômica na ordem internacional: a) zona de livre comércio tem por finalidade abolir os direitos aduaneiros e as restrições ao comércio entre os Estados-membros. Em relação a terceiros, cada Estado é livre para fixar as suas taxas aduaneiras; b) união aduaneira — visa também criar uma tarifa aduaneira comum em relação a terceiros; c) mercado comum — cria uma estrutura visando eliminar os direitos aduaneiros e estabelecer o livre intercâmbio entre os seus integrantes. Em relação a terceiros, é criada uma tarifa aduaneira única. Há

uma coordenação de desenvolvimento industrial; d) União econômica — visa suprimir as restrições ao comércio e unificar as políticas econômicas dos seus membros. Para Andrea Comba mercado comum é uma união aduaneira em que os Estados, além de consagrarem a livre circulação de mercadorias, também consagraram a de pessoas, serviços e capitais.

14B. Zorgbibe observa que apesar dos órgãos comuns as três comunidades apresentam características próprias: o tratado da CECA é "completo, preciso e bastante rígido". à semelhança de um "código econômico", enquanto o tratado de Roma sobre o MCE é um "tratado-moldura". que estabelece apenas "os princípios gerais", a não ser em matéria aduaneira. As "concepções econômicas subjacentes" são também divergentes, a da EURATOM e a da CECA são "dirigista", enquanto a do MCE é mais liberal (exceção da política agrícola). A duração da CECA era prevista em cinquenta anos: e a do MCE e EURATOM é ilimitada.

15. EURATOM — Problèmes Juridiques et Administratifs de la Protection dans l'Emploi Pacifique de l'Énergie Nucléaire — Actes officiels de la Conférence Internationale tenue à Bruxelles — Septembre, 1960-1961; Émile Rideau — EURATOM, Marcé Commun et CECA, 1957.

15A. Armand Imbert — L'Union de l'Europe Occidentale, 1968; F. Sudre e G. Apollis — L'État actuel du Contrôle des armes l'espace Européen a travers l'expérience de l'U.E.O., in Le droit international et les armes, Colloque de Montpellier, Société Française pour le Droit International, 1983, págs. 292 e segs.; Patrice Van Ackere — L'Union de l'Europe Occidentale, 1995.

15B. Jean Caillot — Le C.A.E.M., 1971; Académie de Droit International de La Haye — Les aspects juridiques de l'intégration économique — Colloque 1971, 1972, especialmente págs. 279 e segs.

15C. A Albânia se retirou de fato em 1961.

15D. Na área socialista pode-se mencionar que para cooperação monetária foi criado o Banco Internacional de Cooperação Econômica.

16. Claude Delmas — L'Otan, 1960; A. L. Goodhart — The North Atlantic Treaty of 1949, in RdC, 1951, vol. II, t. 79, págs. 183 e segs.; Massimo Salvadori — OTAN — La Comunidad del Atlántico Norte, 1958; C. Barcia Trelles — El Pacto Atlántico, 1950. Brunno Simma — NATO, the UN and the use of force: Legal Aspects e Antônio Cassese — Ex Imiuria ius oritur: Are we Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community, ambos os trabalhos "in" European Journal of International Law, vol. 10, n. 1, 1999, respectivamente, págs. 1 e segs. e 23 e segs.

17. Este país não saiu da OTAN, mas de suas organizações militares (1966). Em consequência, a sede da organização foi transferida para a Bélgica.

Lazareff faz uma observação de que oficialmente a França continua a ser membro da OTAN, porque ela apenas denunciou o protocolo sobre o status dos Quartéis-generais Militares. A Grécia, à semelhança da França, denunciou os acordos militares da OTAN. A França participa do Conselho Atlântico quando ele trata de questão não militar e se retira quando ele trata de questão militar. A França sustenta uma distinção entre a Aliança Atlântica e a OTAN. Esta seria um desvio de Aliança Atlântica, criada em 1949, e teria se formado em 1951 e 1952 (Zorgbibe).

18. Barcia Trelles afirmou que o tratado é "entreaberto", uma vez que ele admite novos membros, mas exige determinadas condições, como as ideológicas e defensivas.

19. Supreme Allied Commander Atlantic.
20. Supreme Allied Commander Europe.
21. Supreme Headquarters Allied Powers Europe.
21A. Emmanuel Maurice — Les Activités de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement. *in* Organisations Internationales I. coleção dirigida por Jean Combacau e Pierre-Marie Dupuy, 1992. págs. 53 e segs.
22. Inicialmente o Iraque foi um dos seus membros, tendo-se retirado posteriormente.
22A. Taoufik Bonachba — Le Conseil de Coopération des États Arabes du Golfe, *in* RGDIP, 1985, nº 1, págs. 29 e segs.
22B. Joseph-Marie Bipoun-Woun — Le Droit International Africain, 1970, págs. 171 e segs.; Romain Yakemtchouk — L'Afrique en Droit International, 1971, págs. 121 e segs.; P.-F. Gonidec — L'État Africain, 1970, págs. 275 e segs.; B. Boutros-Ghali — L'Organisation de l'Unité Africaine, 1968; Boutros Boutros-Ghali — Le Mouvement Afro-Asiatique, 1969; Doudou Thiam — Le fédéralisme africain, *in* RdC, 1969, vol. I, t. 126, págs. 353 e segs.; Académie de Droit International de La Haye — Les aspects juridiques de l'intégration économique — Coloque 1971, 1972, págs. 27 e segs.; Adeunle Ajala — Pan-Africanism, 1973; Augustin Kontchou Kouomegni — Le Système Diplomatique Africain, 1977 (v. bibliografia Capítulo VII); Philip Kunig — The Organisation of African Unity (OAU) and the Nation Building Process; the International Legal Context, *in* Law and State, vol. 29, págs. 23 e segs.; Sadok Belaid — Le Traité de Marrakech et la Constitution de L'Union du Maghreb Arabe, *in* Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 125 e segs.; B. Boutros-Ghali — L'OUA durant un quart de siècle, *in* Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 53 e segs.
22C. Como outros organismos internacionais no continente africano podemos mencionar: a) União Aduaneira da África Ocidental, criada em 1959, e formada pela Costa do Marfim, Daomé, Alto Volta, Mauritânia, Níger, Federação do Mali; b) Banco Africano de Desenvolvimento, criado pelo Acordo de Cartum (1963).
22D. B. Boutros-Ghali — La Ligue des États Arabes, *in* RdC, 1972, vol. III, t. 137, págs. e segs.
22E. Ela enviou uma força de paz para o Líbano em 1976.
23. Victor L. Urquidí — Génese du Marché Commun Latin-Américain, *in* Tiers Monde, 1962; Miguel S. Wionczek — The Latin-American Free Trade Association, *in* International Political Communities, An Anthology, 196, págs. 301 e segs.; F. V. García Amador — Latin American Economic Integration, *in* Lawyer of the Americas, February 1969, vol. I, nº 1, págs. 73 e segs.; Miguel L. Wionczek — A Integração Latino-americana e a Política Económica dos Estados Unidos, 1969; Angel María Oliveri-López — La Integración Económica ante el Derecho Internacional, 1971; Araminta Mercadante de Azevedo — Os aspectos institucionais da integração latino-americana, *in* Revista de Informação Legislativa, nº 30, págs. 73 e segs.; Jacques e Colette Nème — Organisations Économiques Internationales, 1972, págs. 364 e segs.; José Carlos Mariategui A. — Manual de Organismos Internacionales, 1967; Académie de Droit International de La Haye — Les aspects juridiques de l'intégration économique — Coloque 1971, 1972, especialmente págs. 101 e segs.; Raphael Valentino Sobrinho — A Função Empresa na Integração Latino-Americana, 1975; Eduardo R. Conesa — Las Nuevas Formas Institucionales

de la Integración Latinoamericana, e Enrique Ferrer Viera — Reflexiones sobre la Integración de América Latina, ALADI, ambos *in* IX Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, vol. II, 1983, respectivamente, págs. 169 e segs., págs. 207 e segs.; El derecho de la integración en América Latina, 1979-1982, coordenado por Eduardo R. Conesa e Jorge Luis Oria, 3 vols., 1983; Fausto Pocar — Modelos de integração regional na Europa e na América Latina e papel das integrações regionais; José Carlos Brandi Aleixo — Integração na América Latina; Andrea Comba — Da ALALC à ALADI, Luís Dilermando de Castello Cruz — da ALALC à ALADI — Comentário, todos estes trabalhos estão *in* Revista de Informação Legislativa, janeiro a março de 1984, nº 81 — suplemento; Integração na América Latina, respectivamente, págs. 9 e segs., págs. 19 e segs., págs. 33 e segs. e págs. 47 e segs.; Jacques Marcovitch — O Novo Contexto Mundial, Desafio Tecnológico e a Integração Latino-Americana, Cadernos do Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, nº 12, s.d.

23A. É de se lembrar que os primeiros estudos para a integração econômica da América Latina foram realizados pela CEPAL e que em 1958 ela criou o Grupo de Trabalho do Mercado Regional Latino-Americano.

24. 1967, na Declaração dos Presidentes da América, se afirma que deverá ser criado progressivamente um Mercado Comum Americano, no prazo máximo de 15 anos, a partir de 1970. Declara que deverá ser acelerado "o processo de conversão da ALALC no Mercado Comum". Afirma ainda que "O Mercado Comum Latino-Americano se baseará no aperfeiçoamento dos dois sistemas de integração existentes: a Associação Latino-Americana de Livre Comércio — (ALALC) e o Mercado Comum Centro-Americano (MCCA)." Será formada uma comissão para coordenar os dois.

25. Bower dá a sede como sendo em Porto Rico.

25A. William Douglas — The Integration Process in the Caribbean, *in* Quinto Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto 1978), 1979, págs. 327 e segs.; Humberto Braga — Comunidade do Caribe — CARICOM, *in* Revista de Informação Legislativa, janeiro a março 1984, nº 81 — suplemento; Integração na América Latina, págs. 131 e segs.

26. Felix Fernández-Shaw — La Organización de los Estados Americanos, 1963; Ann Van Wynen Thomas e A. J. Thomas Jr. — The Organization of American States, 1963; José W. Cordero Torres — Textos Básicos de América, 1955; Nestor Carbonnell — Las Conferencias Internacionales Americanas, 1928; The International Conferences of American States, edited with an introduction by James Brown Scott, 2 vols., 1931-1940; John C. Dreier — The Organization of American States and The Hemisphere Crisis, 1962; Eduardo Jiménez de Aréchaga — La Coordination des Systèmes de l'ONU et de l'Organisation des États Américains par le Règlement Pacifique des Différends et la Sécurité Collective, *in* RdC, 1964, vol. I, t. 111, págs. 423 e segs.; v. bibliografia do Capítulo VII; J. M. Yepes — La Conférence Panaméricaine de Bogota et le Droit International Américain, 1949; Charles G. Fenwick — A Organização dos Estados Americanos, 1965; Gordon Connel Smith — The Inter-American System, 1966; Teixeira Soares — Das Origens do Pan-Americanismo à União Pan-Americana, *in* Jornal do Comércio, abril, 1940; Inter-American Institute of International Legal Studies — The Inter-American System, 1966 (prefácio de F. V. García-Amador); Josef L. Kunz — "The Idea of Collective Security in Pan-American Developments", "The Inter-American Treaty of Reciprocal Assis-

tance" e "The Bogota Charter of the Organization of American States". in *The Changing Law of Nations*. 1968, respectivamente, págs. 707 e segs., 741 e segs. e 756 e segs.; Pierre Queuille — *L'Amérique Latine, la Doctrine de Monroe et le Panaméricanisme*. 1969; José Carlos Brandi Aleixo — *Integração Latino-Americana*, 1970; J. J. Caicedo Castilla — *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano*, 1970; M. Margaret Ball — *The OAS in Transition*, 1969; Vasco Mariz — *A ampliação do papel da Organização dos Estados Americanos na solução dos problemas continentais*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 32, julho de 1971, págs. 45 e segs.; Oswaldo Castro Logo — *O Brasil na presente conjuntura do comércio internacional*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 32, julho de 1971, págs. 57 e segs.; Frederico G. Gil — *Latin-America — United States Relations*, 1971; Horacio L. Veneroni — *Estados Unidos y las Fuerzas Armadas de América Latina*, 1973, págs. 111 e segs.; C. Sepúlveda — *The Reform of the Charter of the Organization of American States*, in *RdC*, 1972, vol. III, t. 136, págs. 83 e segs.; Cesar Sepúlveda — *Meditaciones sobre el Tratado de Rio*, in *Anuário do IHLADI*, vol. 4, 1973, págs. 285 e segs.; José João de Oliveira Freitas — *Carta da Organização dos Estados Americanos. Comentário*, 1973; Sergio Matos Ochoa — *El panamericanismo a la luz del Derecho Internacional*, 1980; Julio Ariel Macagno — *Reformulación del Sistema Interamericano. Aspectos Políticos*, in *Asociación Argentina de Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios*, 1981, págs. 117 e segs.; John Child — *Unequal Alliance: The Inter-American Military System 1938-1978*, 1980; Antonio Augusto Cançado Trindade — *Evolução, balanço e perspectivas do Sistema Interamericano no início da década de 80*, in *IX Curso de Derecho Internacional*, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, 1983, vol. II, págs. 1 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — *O conflito anglo-argentino no Atlântico Sul e a vigésima reunião de consulta (1982) do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 79, jul./set., 1983, págs. 259 e segs.

27. Em 1810 o Chile já propusera a criação de uma confederação.

28. Por outro lado, o próprio Bolívar não via com bons olhos os EUA. Ele pretendeu excluir os EUA e fazer uma aliança com a Inglaterra. Mas Santander convidara os EUA ao Congresso.

29. Os autores têm assinalado que este tratado influenciou quase um século depois o Pacto da Liga das Nações. Exemplo disto seria o artigo 10 do Estatuto da SDN, onde os seus membros declaram respeitar e manter a sua integridade territorial.

30. É de se assinalar que estes congressos se reúnem visando estabelecer uma defesa comum entre os membros do continente, uma vez que havia constantes intervenções norte-americanas e européias.

31. A denominação de pan-americana parece que foi dada à Conferência de Washington por um jornal norte-americano.

32. É o Dia Pan-americano.

33. O México, por exemplo, não comparecera a esta Conferência por ter rompido relações diplomáticas com o governo de Washington.

34. Ela deveria ter-se reunido em 1943, mas foi adiada por causa da guerra.

35. Nesta Conferência, entre outros documentos, foram assinados: um convênio econômico e o Tratado Americano de Soluções Pacíficas, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

36. A 11ª deveria ter-se reunido em Quito, mas, devido às dissensões existentes no continente americano, ela foi adiada constantemente (inicialmente seria em 1960, depois em 1961, etc.) para se evitar o seu fracasso.

37. Na Conferência Extraordinária do Rio de Janeiro foi resolvido que a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores se reuniria anualmente por convocação do Conselho da OEA.

38. Em 1963, ele criou o Comitê Interamericano da Aliança para o Progresso (CIAP), a fim de coordenar e promover a Aliança para o Progresso.

39. V. Capítulo XIV.

40. A OEA tinha ainda uma Comissão Interamericana da Paz, que tinha sede em Washington e era formada por representantes de cinco países (escolhidos pelo Conselho da OEA com mandato de cinco anos). Ela foi criada por uma Resolução da Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, realizada em Havana, em 1940. Ela agia por solicitação dos Estados quando já tivessem sido esgotados os modos diplomáticos de solução dos litígios internacionais. Ela estudava medidas que visavam impedir "atividades provenientes do exterior destinadas a derrubar governos estabelecidos", violações de direitos do homem e tensões políticas. Ela era no fundo uma comissão de investigação e conciliação (Fenwick). A Comissão Interamericana da Paz foi substituída pela Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas, que é um órgão subsidiário do Conselho Permanente da Organização.

41. Como organismo regional especializado temos ainda o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com sede em Washington. Criado em 1959, mas cuja idéia remonta a 1980, na primeira Conferência Pan-americana. Mas é com a criação da OEA que o projeto se torna realidade. Só em 1958 os EUA dão o seu consentimento, e ele é criado em 1959, e começa a funcionar em 1960.

Ele tem como finalidades: a) favorecer os investimentos, tendê em vista o desenvolvimento; b) financiar o desenvolvimento, etc. Os seus membros são os da OEA. Como órgãos possui: a) Conselho de Governadores; b) Conselho de Diretores Executivos; c) presidente e vice-presidente executivo. O BID tem admitido como membros associados países não-americanos: França, Itália, Grã-Bretanha, Suécia, Suíça, etc. Podemos mencionar ainda, no âmbito da América, a Comissão Especial de Coordenação Latino-americana, criada em 1969, que trata de matérias relativas à UNCTAD, ao comércio internacional e ao desenvolvimento econômico. É um organismo permanente e as suas reuniões são em nível técnico e ministerial.

42. A 1ª Conferência Extraordinária (1964) estabeleceu que para um Estado ser membro da OEA são necessários os seguintes requisitos: "a) ser Estado independente; b) estar situado no continente e c) assinar e ratificar a Carta da Organização dos Estados Americanos".

43. Cuba foi o único Estado que se retirou da OEA, uma vez que se encontrava em vias de ser expulsa. A Carta não tem dispositivos sobre expulsão e suspensão dos seus membros. A retirada entretanto era admitida na Carta de Bogotá (art. 11). O Canadá, França, Guiana, Espanha, Itália, etc., foram admitidos como observadores permanentes na OEA. Foi em 1971 que a Assembléia Geral da OEA permitiu a países não-americanos figurarem como observadores. O Canadá já ingressou na OEA como membro.

44. A distinção do valor jurídico entre os Direitos e Deveres e os Princípios não é pacífica na doutrina. Kunz considera que os Princípios não estabelecem normas obrigatórias para os Estados, ao contrário do que ocorre com os Direitos

e Deveres. Thomas e Thomas consideram ser os princípios e os direitos e deveres obrigatórios. Esta consideração decorre do fato de que alguns princípios estão enunciados em linguagem obrigatória. Na prática vários princípios têm sido um simples ideal (ex.: democracia representativa).

45. A X Reunião de Consulta (1965) criou uma Força Interamericana da Paz (FIP), para intervir na República Dominicana, que se tentou depois constituir de modo permanente. Alegando que a OEA era competente para preservar a paz e que ela podia usar os meios econômicos para atingir este fim. Ela, entretanto, é ilegal, uma vez que o art. 53 da Carta da ONU proíbe qualquer ação coercitiva por parte de organizações regionais sem a autorização do Conselho de Segurança. Daí ter sido ela ilegal quando atuou na República Dominicana, uma vez que este país não havia cometido qualquer agressão para que o sistema interamericano se manifestasse. Ela, politicamente, é perigosa para o continente, uma vez que se transformará em arma intervencionista dos EUA, que de fato controlam a OEA. Pode-se observar que em 1961 um adendo à Lei de Assistência Externa dos EUA já falava na criação de uma força internacional sob a OEA (H. L. Veneroni).

45A. Alberto Herrarte — La Integración Centroamericana, Problemas Actuales y Perspectivas Futuras, in Quinto Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1978), 1979, págs. 311 e segs.; José Carlos Brandi Aleixo — Mercado Comum Centro-Americano, in Revista de Informação Legislativa, janeiro a março de 1984, n° 81 — suplemento: Integração na América Latina, págs. 111 e segs.; Felix Fernandez Shaw — La Integración de Centroamerica, 1965.

45B. Esta "agência" tem sido mencionada também como Organização para a Proscrição de Armas Nucleares na América Latina (OPANAL). Sobre ela: Héctor Gros Espiell — Proscrição de Armas Nucleares na América Latina, in Direito Nuclear, Revista Brasileira de Direito Nuclear, vol. 1, n° 2, julho-dezembro de 1979, págs. 45 e segs.

45C. F. V. Garcia-Amador — El Ordenamiento Jurídico Andino (1977); Galo Leoro Franco — Los Aspectos e Instrumentos Políticos de la Integración Andina, in IX Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano, vol. II, 1983, págs. 125 e segs.; Massimo Panebianco — O grupo Sub-Regional Andino, in Revista de Informação Legislativa, janeiro a março 1984, n° 81, suplemento: Integração na América Latina, págs. 93 e segs.; Antonio Linares — El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, in Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. III, 1984-1986, págs. 53 e segs.; José H. Fischel de Andrade — Tribunal Andino de Justicia: Perspectiva Histórico-Institucional e sua Importância na Integração Andina, in Estudos Jurídicos, vol. 27, n° 70, maio-agosto 1994, págs. 37 e segs.

45D. No governo Pinochet o Chile saiu do Pacto Andino.

45E. Hector Cuadra — SELA: Sistema Econômico Latinoamericano, in Jorge Castañeda e outros — Derecho Económico Internacional, 1976, págs. 245 e segs.; Luis Dallanegra Pedraza — El Sistema Económico Latinoamericano (SELA). Su Efectividad como instrumento de la integración Latinoamericana, in Asociación Argentina de Derecho Internacional — El Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios, 1981, págs. 235 e segs.; Humberto Braga — O Sistema Econômico Latino-Americano — SELA, e Massimo Panebianco — Modelos de integração na

América Latina: a ALADI e a SELA, ambos os trabalhos in Revista de Informação Legislativa, janeiro a março de 1984, n° 81 — suplemento: Integração na América Latina, respectivamente págs. 3 e segs. e págs. 197 e segs.

45F. M. Manigat — Les Organisations régionales des pays du Tiers Monde, in Annuaire du Tiers Monde 1974-1975, 1976, págs. 436 e segs.

45G. J. A. Guilhon Albuquerque — Mercosul: A Integração Pós-Guerra Fria; Felix Pefia — Mercosul: Pré-Requisitos Políticos e Econômicos; Rubens Barbosa — A Integração Regional e o Mercosul, estando os três trabalhos in Política Externa, vol. I, n° 2, setembro/outubro/novembro 1992, respectivamente, págs. 112 e segs., págs. 122 e segs. e págs. 132 e segs.; Paulo Roberto de Almeida — O Mercosul no Contexto Regional e Internacional, 1993; Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella — Mercosul, 1994; Paulo Borba Casella — A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul, 1993; Paulo Borba Casella — Dimensão constitucional da integração econômica, in Revista de Informação Legislativa, abril/junho 1994, págs. 243 e segs.; Paulo Borba Casella — Soberania e aplicação do direito de concorrência na CE e no Mercosul, in Revista de Informação Legislativa, v. 121, janeiro/março 1994 (separata); Conselho Brasileiro de Relações Internacionais-Mercosul: Desafios a Vencer, julho de 1994; F. Albuquerque Mourão *et alii* — O Mercosul e a União Européia, 1994; Paulo Borba Casella — Mercosul: Exigências e perspectivas de integração e consolidação de esforço econômico integrado, 1995; O Mercosul em movimento, Deisy de Freitas Lima Ventura — organizadora, 1995; Jaime Cesar Lipovetzky e Daniel Andrés Lipovetzky — Mercosul. Estratégias para a Integração, 1994; Ekmekdjian — Introducción al Derecho Comunitario Latino Americano, 1994; Mercosul, organizado por Maristela Basso, 1995; Luizella Giardino B. Branco — Sistema de Solução de Controvérsia no Mercosul, 1997; Antônio Corrêa — Mercosul, Soluções de Conflitos pelos juizes Brasileiros, 1997; Sérgio Mourão Lima — Tratados Internacionais no Brasil e integração, 1998; Nadia de Araújo, Frederico V. Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis — Código do Mercosul, coordenação de Carlos Alberto Gomes Chiarelle, vol. 1, 1997; Ana Cristina Paulo Pereira — Mercosul, 1997; Adilson Rodrigues Pires "et alii" — Código Aduaneiro do Mercosul, 1999.

45H. F. V. Garcia-Amador — Marco Jurídico e Institucional de las Relaciones Interamericanas, in Quinto Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1978), 1979, págs. 9 e segs.

45I. Adherbal Meira Mattos — Pacto Amazônico, Cooperação e Integração, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, n° 53, 1981, págs. 91 e segs.; Georgenor de Sousa Franco Filho — Aspectos Controvertidos do Pacto Amazônico, in Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, vol. 21, 1980, págs. 35 e segs.; Revista Encontros com a Civilização Brasileira, n° 11, maio de 1979, com artigos de Bernardo Kucinski, Joaquim Molano Campuzano, Edgardo Mercado Jarrín e Juan Pablo Carrasco sobre o Pacto Amazônico; Rubens Ricupero — O Tratado de Cooperação Amazônica, in Revista de Informação Legislativa, janeiro-março 1984, n° 81 — suplemento: Integração na América Latina, págs. 177 e segs.; Adherbal Meira Mattos — Amazônia, 1992.

45J. Anna Maria Villela — O Tratado da Bacia do Prata, in Revista de Informação Legislativa, janeiro a março de 1984, n° 81 — suplemento: Integração na América Latina, págs. 147 e segs.

45K. Rosario Green — O México e a integração económica. *in* Política Externa, vol. 2, n.º 1, junho-julho-agosto 1993, págs. 60 e segs.; Jorge Castañeda e Carlos Heredia — O México e o NAFTA. *in* Política Externa, vol. 2, n.º 1, junho-julho-agosto 1993, págs. 70 e segs.; Rubens Ricuperio e Sergio Amaral — O NAFTA e o Brasil. *in* Política Externa, junho-julho-agosto 1993, págs. 91 e segs. Selma Maria Ferreira Lemos — O sistema de solução de controvérsias no North American Free Trade Agreement (NAFTA), “in” Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? coordenadores: Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante, 1998, págs. 756 e segs.

46. Celso Lafer — O Convênio Internacional do Café, separata da Revista de Direito Mercantil, n.º 9, ano XII, Nova série, 1973, págs. 29 e segs.; Mustafá El-Sayed — L'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole, 1967; Daedalus, Fall, 1975 (sobre: The Oilcrisis: In Perspectives); Moses Bensabat Amzalak — Le café et el sucre au point de vue international, *in* RdC, 1951, vol. I, t. 78, págs. 127 e segs.; Brigitte Bollecker-Stern — L'OPEP et la crise de l'énergie, *in* La Crise de l'énergie et le Droit International — Société Française pour le Droit International, Colloque de Caen, 1976, págs. 39 e segs.; Dominique Carreau, Patrick Juillard, Thiébaud Flory — Droit International Économique, 1978, págs. 144 e segs. Sobre o petróleo na política internacional v. ainda: Mason Wilbrich — Energia e Política Mundial, 1978; Daniel Durand — La Politique Pétrolière Internationale, 1960; Léonard Moslev — La Guerre du Pétrole, 1973; Pierre Péan — Pétrole, La Troisième Guerre Mondiale, 1974; Mason Wilbrich e Melvin A. Conant — The International Energy Agency: An Interpretation and Assessment, *in* AJIL, abril 1977, vol. 71, n.º 2, págs. 199 e segs.; Brigitte Bollecker-Stern — Problèmes Récents du Droit Pétrolier, *in* Brigitte Bollecker-Stern, Maurice Dahan e Lazare Kopelmanas — Droit Économique, 1978, págs. 1 e segs.; Ahmed Sadek El-Kosheri — Le Régime Juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *in* RdC, 1975, vol. IV, t. 147, págs. 2/9 e segs.; Nicole Lussion-Lerousseau — Les accords de produits de base, instruments de régulation des marchés, *in* RGDIP, 1981, n.º 1, págs. 38 e segs.; Ahmed El-Kosheri — Le Régime Juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier, *in* RdC, 1973, vol. IV, t. 147, págs. 219 e segs.

47. Em resposta à OPEP foi criada a Agência Internacional de Energia, por inspiração de Kissinger. Ela é formada pelos EUA, Japão, Canadá, Espanha, Suécia, Áustria, Turquia e países do MCE (com exceção da França).

48. Arthur V. Correa Meyer — A região da Ásia — Pacífico no limiar do século XXI, *in* Política Externa, vol. 5, n.º 1, junho-julho-agosto 1996, págs. 103 e segs. Ryuichi Ida — APEC: Regionalismo Aberto ou Mundialismo Regional? “in” Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio, coordenadores: Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mecadante, 1998, págs. 253 e segs.

CAPÍTULO XXVIII

FUNCIONÁRIOS INTERNACIONAIS¹

302 — Introdução; 303 — Definição; 304 — Estatuto interno; 305 — Estatuto externo; 306 — As medidas disciplinares e os tribunais administrativos; 307 — O salvo-conduto.

302. Os funcionários internacionais constituem uma categoria que se desenvolveu após a 1ª Guerra Mundial, com a criação da Liga das Nações e outras organizações internacionais.

Nas Uniãos Administrativas anteriores a 1919 os seus funcionários não tinham a situação de funcionários internacionais. Os funcionários que serviam a tais uniões eram, via de regra, requisitados aos Estados onde elas tinham a sua sede. Excepcionalmente, a Comissão do Danúbio outorgara “o caráter internacional” ao Inspetor-geral da Navegação, sem que se desenvolvesse com isto qualquer teoria sobre o assunto.

Os funcionários internacionais são um produto da administração internacional,² que só se desenvolveu com as organizações internacionais. Estas, como já vimos, possuem um estatuto interno que rege os seus órgãos e as relações entre elas e os seus funcionários.³ Tal fenómeno fez com que os seus funcionários aparecessem como uma categoria especial, porque eles dependiam da organização internacional, bem como o seu estatuto jurídico era próprio. Surgia assim uma categoria de funcionários que não dependia de qualquer Estado individualmente.

303. O conceito de funcionário internacional não é dado de maneira uniforme pela doutrina. Inicialmente, podemos fazer a observação de que os funcionários internacionais constituem uma categoria — a maior e a mais importante dos agentes internacionais.

Os agentes internacionais foram definidos pela CIJ no parecer sobre “Ressarcimento dos danos sofridos a serviço das NU” como “toda pessoa que age pela Organização”. Atualmente existem cerca de 80 a 100.000

agentes internacionais. Segundo Reuter e Combacau, a família das Nações Unidas tem cerca de 35.000 funcionários e as Comunidades Europeias cerca de 13.000. Em 1993, Ami Barav e Christian Philip afirmavam que as comunidades tinham menos de 25.000 agentes, sendo que 16.000 eram da Comissão. Em 1983 a ONU tinha mais de 50.000 funcionários. Salienta Henry G. Schemers, em 1991, que antes da 2ª Guerra Mundial não havia mais de 1.500 funcionários internacionais e que atualmente são mais de 75.000. Ruzié, em 1992, afirma que existem mais de 100.000 agentes internacionais. Alain Daems, em 1993, afirma que das 51.600 pessoas empregadas pela ONU, 14.000 estão na sede em Nova York.

Os funcionários internacionais constituem uma categoria dos agentes e são aqueles que se dedicam exclusivamente a uma organização internacional de modo permanente. Podemos defini-los como sendo os indivíduos que exercem funções de interesse internacional, subordinados a um organismo internacional e dotados de um estatuto próprio.⁴

O verdadeiro elemento que caracteriza o funcionário internacional é o aspecto internacional da função que ele desempenha, isto é, ela visa atender às necessidades internacionais e foi estabelecida internacionalmente.

Alguns doutrinadores (Pitta e Cunha) têm assinalado que a expressão "funcionários internacionais" deve ser reservada para os funcionários de uma organização que ocupam as posições mais elevadas, para aqueles que tenham "funções de natureza predominantemente intelectual".

Os funcionários internacionais podem ser estudados sob dois aspectos: o do estatuto interno e o do estatuto externo. O estatuto interno trata da sua situação perante a organização e o estatuto externo perante os Estados.

304. Os funcionários internacionais são escolhidos com base na repartição geográfica.^{4A} O Secretariado, que é o órgão administrativo das organizações, deve ser formado de funcionários das mais diferentes nacionalidades. A Carta da ONU prevê expressamente, no seu art. 101, alínea 3ª:

"... Deverá ser levada na devida conta a importância de ser a escolha do pessoal feita dentro do mais amplo critério geográfico possível."

Esta repartição geográfica tem sido considerada da maior importância, uma vez que ela torna o Secretariado realmente internacional quanto à sua composição e evita que ele caia sob a influência de um grupo de Estados, e permite a contribuição das diferentes culturas. Dentro deste raciocínio é que algumas organizações, como a CECA, têm colocado o critério geográfico como sendo o mais importante de todos.⁵ Deste modo, os Estados-membros têm um determinado número de lugares nos Secretariados à disposição dos seus nacionais e a divisão é feita em proporção à contribuição do Estado à Organização. Na ONU quem aprecia a nacio-

nalidade do funcionário é o Secretário-Geral, e em outras organizações é o Director-geral, e em caso de contestação na ONU é submetido o caso ao TANU. A inflação de postos permite que nas Nações Unidas 38 nacionalidades estivessem representadas, em 1983, nos escalões superiores (André Lewin). A quota de funcionários de cada Estado leva em consideração a sua contribuição para o orçamento (não é levado em consideração apenas este critério para não privilegiar demais os países ricos), a população do país, etc.

É de se observar que o critério da repartição geográfica não é utilizado para os cargos de menor importância (ex.: chofer, faxineiro, etc.) que, por motivo de economia, são contratados no Estado onde a Organização tem a sua sede. Pode-se dizer com Pitta e Cunha que tal critério só é utilizado para as "funções específicas da administração internacional". Em 10.000 funcionários da ONU, 2.600 estão submetidos ao critério da repartição geográfica.

A admissão dos funcionários internacionais é feita pela própria organização internacional, sem interferência dos Estados-membros.⁶ Todavia, na prática, tal fato não ocorre, uma vez que as organizações acabam geralmente admitindo os indivíduos indicados pelos Estados-membros.⁷ Mais recentemente, a CIJ (1987) e o TANU (1990) reafirmaram que não pode haver intervenção dos Estados no recrutamento de funcionários internacionais.

Os procedimentos utilizados para a admissão de tais funcionários têm variado de acordo com os cargos a serem preenchidos. Deste modo, para determinados cargos utiliza-se o concurso de provas (ex.: tradutores). Entretanto, os métodos mais utilizados são os de testes e entrevistas utilizados na administração inglesa e o de concurso de títulos. O concurso de provas para a maioria dos cargos tem sido abandonado, porque o nível cultural dos candidatos nacionais dos mais diversos países apresenta grande diferença. Nas comunidades europeias adota-se o consenso.

O funcionário é admitido na ONU para um estágio probatório de dois anos, prorrogável por mais um ano. Depois disto, há a nomeação a título permanente, que é revista após cinco anos.

Na ONU os funcionários têm uma carreira. Este sistema europeu somente foi adotado em 1950. Anteriormente, o modelo seguido era o "grade system" norte-americano, isto é, o funcionário era admitido para um cargo e somente passava para outro por meio de novo concurso. Os cargos eram encarados isoladamente sem qualquer idéia de carreira. As promoções na carreira são feitas pelo Secretário-geral, com fundamento nas recomendações formuladas pelo Comitê de Nomeações e Promoções.

A situação jurídica dos funcionários internacionais é estatutária e não contratual. O sistema contratual foi adotado na SDN, cujo estatuto do pessoal falava em "contrato de emprego"; entretanto, na própria prática, o regime dos funcionários era estatutário, uma vez que o contrato era

passível de modificação unilateral por parte da SDN. Já na ONU o estatuto do pessoal (entrou em vigor em 1952) fala em nomeação, reconhecendo, portanto, a situação estatutária dos seus funcionários. Este regime estatutário foi reconhecido pelo Tribunal Administrativo das Nações Unidas, mas que o amenizou, considerando que os funcionários tinham certos direitos adquiridos (ex.: a vencimentos).^{7A}

Esta matéria não é pacífica, e a prática não é uniforme. As organizações internacionais achavam-se mais protegidas com um regime contratual, mas na prática várias normas não são estabelecidas no contrato. Outras vezes, a administração obriga o funcionário no contrato a renunciar a certos direitos estatutários, o que na prática nem sempre é considerado válido. Mesmo que o engajamento seja contratual, isto não significa que todas as normas constam do contrato. A situação só é contratual no que estiver regido no contrato. Há uma tendência das cláusulas contratuais se estandardizarem.

Por outro lado, como já foi dito acima, mesmo no regime estatutário a administração não deve alterar de modo grave o "equilíbrio das obrigações e dos direitos" do funcionário.

Os funcionários internacionais, como todo e qualquer funcionário público, possuem direitos e deveres.

Os seus deveres são, entre outros, os seguintes: *a)* não aceitar instruções dos Estados e trabalhar apenas para atender aos interesses da organização;⁸ *b)* manter sigilo sobre os assuntos da organização; *c)* obediência; *d)* não podem receber condecorações dos governos nacionais, a não ser por serviço de guerra;⁹ *e)* não podem se meter em atividades políticas, possuindo, entretanto, o direito de voto; *f)* devem respeitar as leis dos Estados onde a organização tem a sua sede.

Os direitos dos funcionários internacionais são bastante amplos: *a)* férias;¹⁰ *b)* vencimentos e subsídios;¹¹ *c)* privilégios e imunidades; *d)* previdência;¹² *e)* eleger os representantes dos funcionários (ex.: no Conselho de Pessoal da ONU); *f)* ao título.

Os funcionários cessam as suas funções por: aposentadoria (ocorre aos 60 anos),¹³ demissão (é uma sanção), exoneração (quando é a pedido do funcionário); licenciamento ou dispensa do serviço (o Secretário-geral pode dispensar, em virtude do capítulo 9º, do estatuto do pessoal, quase que arbitrariamente, um funcionário, mesmo que ele seja permanente).¹⁴ O funcionário que tenha sido admitido por determinado lapso de tempo, cessa as suas funções após a expiração deste prazo.

Os estatutos dos funcionários não falam em direito de greve. Inicialmente houve alguns casos nas comunidades européias e na OCDE. Entretanto, nos últimos dez anos as greves têm se multiplicado. Em 1970 os funcionários da ONU e FAO entraram em greve pela primeira vez. Os da OTAN entraram em 1975. Outras greves podem ser mencionadas: em 1972 nas comunidades européias, em 1975 no FMI, em 1976 na repartição da

ONU em Genebra. Segundo A. Pellet, tem havido uma degradação salarial e uma sindicalização crescente dos funcionários.¹⁵ Segundo este mesmo autor, as greves não têm sido em maior número devido aos seguintes fatores: *a)* passividade dos funcionários; *b)* as diferentes categorias dos funcionários têm interesses que não são comuns; *c)* as próprias organizações apresentam problemas diferentes.

Ainda sobre a greve nas organizações internacionais, tem-se admitido o princípio da liberdade de não trabalhar por parte dos funcionários, bem como às vezes é inovado o não pagamento aos funcionários dos dias que eles estavam em greve. Por outro lado, tem sido igualmente admitida a idéia de que deva ser assegurado um "serviço mínimo" na organização durante a greve.

Alguns princípios podem ser fixados segundo A. Plantey, a partir de pareceres da CIJ, a respeito de funcionários internacionais: *a)* a proteção administrativa devida pelo empregador se sobrepõe à proteção diplomática do Estado de origem (1949); *b)* a organização interna tem responsabilidade em relação a seus funcionários (1954); *c)* as práticas constantes da administração internacional têm efeitos jurídicos (1956).

305. O estatuto externo dos funcionários internacionais, ou seja, as relações entre os funcionários e os Estados, principalmente com o Estado onde se localiza a sede da organização internacional, é fixado por meio de convenções internacionais.

Os funcionários internacionais, para bem desempenharem as suas funções, com independência, gozam de privilégios e imunidades semelhantes às dos agentes diplomáticos. Todavia, tais imunidades diplomáticas só são concedidas para os mais altos funcionários internacionais (secretário-geral, secretários-adjuntos, diretores-gerais, etc.). É o Secretário-geral da ONU quem declara quais são os funcionários que gozam desses privilégios e imunidades.

Cabe ao Secretário-geral determinar quais as categorias de funcionários da ONU que gozarão de privilégios e imunidades.^{14B} A lista destas categorias será submetida à Assembléia Geral e "os nomes dos funcionários compreendidos nas referidas categorias serão comunicados periodicamente aos governos dos membros". Os privilégios e imunidades são os seguintes: *a)* "imunidade de jurisdição para os atos praticados no exercício de suas funções oficiais";¹⁵ *b)* isenção de impostos sobre salários;¹⁶ *c)* a esposa e dependentes não estão sujeitos a restrições imigratórias e registro de estrangeiros; *d)* isenção de prestação de serviços; *e)* facilidades de câmbio como as das missões diplomáticas; *f)* facilidades de repatriamento, como as missões diplomáticas, em caso de crise internacional, estendidas à esposa e dependentes; *g)* direito de importar, livre de direitos, "o mobiliário e seus bens de uso pessoal quando da primeira instalação no país interessado".

Além dos privilégios e imunidades acima, o Secretário-geral e os sub-secretários-gerais, bem como suas esposas e filhos menores, "gozarão dos privilégios, imunidades, isenções e facilidades concedidas, de acordo com o direito internacional, aos agentes diplomáticos".

Os técnicos a serviço da ONU, mas que não sejam funcionários internacionais, gozam dos seguintes privilégios e imunidades: a) "imunidade de prisão pessoal ou de detenção e apreensão de suas bagagens pessoais"; b) "imunidade de toda ação legal no que concerne aos atos por eles praticados no desempenho de suas funções"; c) "inviolabilidade de todos os papéis e documentos"; d) "direito de usar códigos e de receber documentos e correspondência em malas invioláveis" para se comunicar com a ONU; e) facilidades de câmbio; f) quanto às "bagagens pessoais, as mesmas imunidades e facilidades concedidas aos agentes diplomáticos".

Sobre as imunidades e privilégios dos funcionários internacionais, é de se assinalar que os Estados onde as organizações se localizam só os reconhecem aos seus nacionais para os atos praticados no exercício de suas funções. Em 1924, o Instituto de DI propunha que não se fizesse distinção entre nacionais do Estado da sede da organização e não nacionais; entretanto, a Suíça e a Holanda se recusaram a dar imunidades por atos não oficiais a funcionários seus nacionais.¹⁷

Cabe ao Secretário-geral suspender tais imunidades e privilégios em relação aos funcionários e aos técnicos, e os dele são suspensos pelo Conselho de Segurança.

A ONU preparou uma convenção sobre privilégios e imunidades que foi aprovada pela Assembléia Geral em fevereiro de 1946; foi com base nela que enunciamos os privilégios e imunidades acima. Entretanto, ela não foi ratificada pelos EUA,¹⁸ e a ONU concluiu com eles uma convenção em 1947. Finalmente, em 1970, os EUA deram a sua adesão à convenção de 1946, o que veio a preencher uma lacuna, vez que a convenção de 1947 não tratava de todas as matérias ali regulamentadas. Em novembro de 1947 foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU uma convenção sobre os privilégios e imunidades das organizações especializadas. Estas convenções dispõem que qualquer dúvida na sua aplicação será resolvida pela Corte Internacional de Justiça, que o fará mediante parecer. Como se pode verificar, as organizações internacionais concluem sempre convenções com o Estado onde elas se localizam. Tais convenções é que determinam os privilégios e imunidades dos funcionários internacionais.

306. Os funcionários, no seu estatuto interno, se encontram sujeitos a medidas disciplinares. Na ONU elas são as seguintes: 1) repreensão por escrito; 2) suspensão do cargo e vencimentos; 3) a volta ao cargo anterior; 4) a demissão quando há uma falta grave. Elas são aplicadas pelo Secretário-geral, que é assessorado pelo Comitê Paritário de Disciplina. O funcionário que ficar inconformado com a punição deverá apresentar um recurso ao Secretário-geral, que poderá manter ou rever a sua decisão.^{18A}

Somente após este recurso ser denegado é que cabe recurso ao Tribunal Administrativo.

Os tribunais administrativos internacionais "são jurisdições especiais instituídas por algumas organizações internacionais para resolver os litígios de ordem jurídica que surgem entre elas e seus funcionários" (Suzanne Bastid). O da ONU data de 1949 e começou a funcionar efetivamente em 1950.¹⁹ Outras organizações, como a OIT, possuem estes tribunais.

Na ONU ele é formado de sete membros eleitos pela Assembléia Geral e cada membro deve ser de uma nacionalidade. O mandato é de três anos e podem ser reeleitos. Os seus componentes não têm o título de juiz. Estes tribunais aplicam o estatuto do pessoal da organização e subsidiariamente recorrem aos princípios gerais do direito administrativo. A jurisprudência internacional (CIJ) já reconheceu a validade e obrigatoriedade das decisões destes tribunais administrativos.²⁰ Entretanto, a partir de 1955, por resolução da Assembléia Geral, iniciativa dos EUA, passou-se a admitir que se possa contestar a decisão do Tribunal Administrativo,²¹ quando então será solicitado um parecer à CIJ, a quem é encaminhada a defesa, por escrito, do funcionário. Tal procedimento foi adotado porque inúmeros Estados na Assembléia-Geral lutavam contra a execução das decisões do TANU, que inúmeras vezes decidiu o pagamento das indenizações aos funcionários. Os pareceres da Corte são obrigatórios,²² que serão cumpridos pelo Secretário-geral ou o Tribunal Administrativo reforma a sua decisão. A OACI e a IMCO aceitaram a jurisdição do TANU. O tribunal da OIT serve à UNESCO, OMM, UIT, etc.

307. A ONU fornece aos seus funcionários um salvo-conduto ("laissez-passer"), que é equivalente ao passaporte e é válido para os Estados-membros. Alguns Estados (ex.: Inglaterra) dispensam o visto; entretanto, quando ele for exigido, deverá ser concedido o mais rapidamente possível. O Secretário-geral e os subsecretários-gerais gozam das mesmas facilidades dos agentes diplomáticos.²³

NOTAS

1. Paulo de Pitta e Cunha — Dos funcionários internacionais, 1964; Mario Miele — Privilèges et Immunités des Fonctionnaires Internationaux, 1958; Mohammed Bedjaoui — Fonction Publique Internationale et Influences Nationales, 1958; Suzanne Bastid — Les Tribunaux Administratifs Internationaux et leur jurisprudence, in RdC, 1957, vol. II, t. 92, págs. 343 e segs.; Suzanne Basdevant (Bastid) — Les Fonctionnaires Internationaux, 1931; Martin Hill — Immunities and Privileges of International Officials, 1947; Georges Langrod — La Fonction Publique Internationale, 1963; C. Wilfred Jenks — International Immunities, 1961; Paul Négulesco — Principes du droit international administratif, in RdC, 1935, vol. I, t. 51, págs. 583 e segs.; A. Hammarskjöld — Les immunités des personnes investies des fonctions internationales, in RdC, 1936, vol. II, t. 56, págs. 110 e segs.; José Gascón y Marín — Les fonctionnaires internationaux, in RdC, 1932, vol. III, t. 41, págs. 725 e segs.; idem — Les transformations du droit administratif international, in RdC, 1930, vol. IV, t. 34, págs. 5 e segs.; Levi Carneiro — Competência do Tribunal Administrativo das Nações Unidas (voto na CIJ), in BSBDI, janeiro-dezembro, 1954, n^os 19 e 20, págs. 119 e segs.; C. Wilfred Jenks — The Proper Law of International Organizations, 1962; Prosper Weil — La nature du lien de fonction publique dans les Organisations Internationales, in RGDIP, 1963, n^o 2, págs. 273 e segs.; E. Giraud — Le Secrétariat des Institutions Internationales, in RGDIP, 1951, vol. II, t. 29, págs. 373 e segs.; D. Ruzié — Les Fonctionnaires Internationaux, 1970; Daniel Vignes — Fonctionnaires Internationaux, in Dalloz — Répertoire de Droit International, publicado sob a direção de Ph. Francescakis, t. II, 1969, págs. 45 e segs.; David Ruzié — La notion de fonctionnaire international, in Recueil d'Études en Hommage a Charles Eisenmann, 1975, págs. 441 e segs.; Claudio Zanghi — Gli "Status" Giuridici negli Enti Internazionali, 1975, págs. 119 e segs.; Alain Pellet — La grève des fonctionnaires internationaux, in RGDIP, Octobre-December 1975, n^o 4, págs. 932 e segs.; Paul C. Szasz — Unions of International Civil Servants, in American Society of International Law, Proceedings of the 69th Annual Meeting, April 24-26, 1975, págs. 100 e segs.; Alain Plantey — Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale, 1977; Theodor Meron — Staff of the United Nations Secretariat: Problems and Directions, in AJIL, Octobre 1976, vol. 70, n^o 4, págs. 659 e segs.; Alain Plantey — L'institution d'un régime de pensions dans les organisations occidentales coordonnées, in AFDI 1977, 1978, págs. 874 e segs.; T. Meron — Status and Independence of the International Civil Servant, in RdC, 1980, vol. II, t. 167, págs. 285 e segs.; Alain Pellet — Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux, in RGDIP, t. 85, 1981, n^o 2, págs. 253 e segs. e t. 85, 1981, n^o 4, págs. 657 e segs.; Colette Apprill — La notion de "droit acquis dans le droit de la fonction publique internationale", in RGDIP, 1983, n^o 2, págs. 315 e segs.; L'Avenir des Organisations Internationales, prefácio de Mario Bettati, 1984, págs. 189 e segs.; Société Française pour le Droit International — les agents internationaux, Colloque d'Aix-Provence, 1985; Mario Battati — Le Droit des Organisations Internationales, 1987; David Ruzié — Tendances Recentes de la Fonction Publique Internationale, in Mélanges Gilbert Apollis, 1992, págs. 47 e segs. Pierre Pescatore — Les Principes Généraux du Droit régissant la Fonction Publique Internationale e Ingez Seidl-Hohenvelderm — The Secondment of National Officials to International organizations, ambos os estudos

"in" Hacia un Nuevo Order Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco, 1993, respectivamente, págs. 565 e segs. e 689 e segs.

2. É aquela que é constituída pelos Estados, como um serviço público internacional, a fim de atender às suas necessidades comuns.

3. No presente capítulo estudaremos os funcionários tendo em vista o estatuto do pessoal da ONU, que influenciou inúmeras organizações internacionais, apesar de, nos dias de hoje, o da CECA ser considerado mais perfeito e estar sendo mais copiado que o da ONU. Alguns autores (Lasalle), em virtude das comunidades européias (CECA, CEE e EURATOM), falam em funcionários supranacionais.

4. Suzanne Bastid os define de modo mais amplo: "Todo indivíduo encarregado pelos representantes de vários Estados ou por um organismo agindo em seu nome, com base em um acordo internacional e sob o controle deles ou do organismo, de exercer, submetido a regras jurídicas especiais, de um modo contínuo e exclusivo, funções no interesse do conjunto dos Estados em questão." Entretanto, só serão estudados no presente capítulo os subordinados a um organismo internacional. A expressão "funcionários internacionais" tem sido modernamente reservada para os funcionários das organizações internacionais.

4A. A idéia de distribuição geográfica para os cargos surgiu após a 1^a Guerra Mundial, na SDN e OIT, que só tinham contratado funcionários ingleses e franceses. Houve o protesto dos demais Estados.

5. Na ONU, o mencionado dispositivo coloca como "a consideração principal" na escolha dos funcionários a "eficiência, competência e integridade" e depois é que entraria a repartição geográfica. Já na CECA não há qualquer referência à capacidade do funcionário, mas apenas ao critério de repartição geográfica. Na própria ONU, na prática, o critério geográfico tem predominado sobre o da capacidade.

6. A Iugoslávia chegou a propor que um funcionário somente fosse nomeado na ONU com o consentimento do seu Estado nacional, o que foi rejeitado por grande maioria.

7. Este fenômeno se verifica, acima de tudo, nos cargos mais importantes, de funções de natureza política ou, ainda, nas organizações militares.

7A. Alguns autores (Daniel Vignes), entretanto, têm salientado que o regime da ONU é contratual.

8. Na verdade, esta independência é quase teórica, uma vez que os Estados interferem nos funcionários seus nacionais que trabalham na organização. Em 1961, a URSS sustentou que os altos funcionários deveriam representar seus Estados nacionais. Os EUA conseguiram que o Secretário-geral demitisse os funcionários norte-americanos da ONU que fossem considerados comunistas e que eram indicados pelo governo americano (1949).

9. O Secretário-geral pode excepcionalmente dar autorização para o recebimento de condecorações.

10. As férias são anuais, e a cada dois anos o funcionário, à custa da organização, tem o direito de passar as férias no seu Estado nacional.

11. Existem inúmeros subsídios: a) encargos de família; b) despesas de educação dos filhos; c) instalação e viagem; d) expatriação, que permite ao funcionário manter a sua residência no Estado nacional.

Os salários geralmente são altos, para que se possa contratar pessoas das cidades onde estão localizadas as organizações internacionais. Tem sido conside-

rada uma ameaça à independência e imparcialidade dos funcionários a prática de alguns Estados (por exemplo: Japão), de suplementarem os salários de seus nacionais como funcionários internacionais (T. Meron). Ou, ainda, existem suspeitas de que os funcionários nacionais da URSS e da Europa do Leste dão uma parte de seus salários para seus governos.

12. Esta dá: auxílio-doença, auxílio-maternidade, indenizações por acidentes ou morte quando o funcionário está a serviço da organização, aposentadoria. Os funcionários do sistema das Nações Unidas têm uma Caixa Comum de Pensões.

13. É passível de prorrogação a idade-limite pelo Secretário-geral em casos excepcionais, quando houver interesse para a organização.

14. Ocorre quando há interesse em suprimir o cargo ou o funcionário não preenche os requisitos do art. 101, alínea 3ª, da Carta da ONU. Em várias organizações internacionais, quando o funcionário cessa as suas funções (por transferência da organização, supressão do cargo, reorganização dos serviços), é previsto pagamento de indenização.

14A. Os funcionários públicos estão organizados em sindicatos, e a qualidade de membro é automática.

14B. A Assembléia Geral considerou que têm direito aos privilégios e imunidades e ao salvo-conduto "todos os membros do pessoal das Nações Unidas, com exceção daqueles que se contratam no local e são pagos por hora".

15. As imunidades por atos oficiais permanecem mesmo depois de o funcionário ou técnico ter deixado a função.

16. Os EUA não reconhecem a isenção fiscal dos funcionários da ONU de nacionalidade norte-americana.

17. Esta recusa tem a sua razão de ser, porque, se as imunidades fossem concedidas em sentido amplo, tais indivíduos não poderiam ser processados em lugar nenhum, o que não ocorre com os funcionários, que gozam dos mais amplos privilégios, que podem ser processados no seu Estado nacional. Assinala contudo Pitta e Cunha que "as convenções mais recentes em matéria de privilégios e imunidades internacionais não estabelecem qualquer distinção em função da nacionalidade dos agentes".

18. Em 1945 o International Organization Immunities Act estabeleceu as imunidades das organizações internacionais por meio de uma lei interna norte-americana.

18A. As organizações internacionais têm criado comissões de recursos (OTAN, Agência Espacial Européia, etc.) para apreciarem "pedidos de revisão" dos seus funcionários para os atos da organização.

19. A SDN criou o seu em 1927. Ele funcionava também para o pessoal da OIT. O atual Tribunal Administrativo da OIT é o da antiga SDN.

20. Os próprios estatutos destes tribunais declaravam que as suas decisões eram definitivas e inapeláveis.

21. Na ONU, a contestação (pode ser apresentada pelo funcionário, Estado-membro ou Secretário-geral) para pedir um parecer à CIJ é apresentada ao Comitê encarrêgado de examinar os pedidos de revisão do TANU. O pedido de revisão deve se fundamentar em erro de direito a respeito da Carta da ONU, erro no processo que tenha conduzido a um mal julgado, ou, ainda, quando tenha "ultrapassado a sua jurisdição ou competência". Na OIT, desde 1946, se admitiu recurso às decisões do Tribunal Administrativo quando a decisão fosse contestada

pelo Conselho de Administração do BIT ou pelo Conselho de Administração da Caixa de Pensões.

22. V. Capítulo XXV.

23. É curioso reproduzir algumas "normas" do "decalogo" do funcionário da ONU: "1) Nunca expresse sua opinião por escrito sobre coisa alguma de certa importância, e tenha mesmo cuidado para não dar sua opinião por escrito sobre algo que pareça insignificante, até que esteja convencido de que é verdadeiramente insignificante. Principalmente, nunca opine por escrito quanto a uma linha de ação que possa conceivelmente estar abrindo um precedente..."; "2) Passe sempre para o papel tudo aquilo que não for de importância, mas redija de maneira que seus colegas pensem duas vezes antes de atribuir-se a autoria. Procure aperfeiçoar um estilo nebuloso, com sugestões azíagas..."; "3) No trato diário e no diálogo, inclusive em conversas informais nos corredores, procure apurar o dom de fazer com que o banal se torne preñado de possibilidades misteriosas, e que o irrelevante pareça profundo..."; "4) Telegrafe com a maior freqüência possível, e que cada telegrama seja marcado 'confidencial, distribuição vedada', visto que isto lhe dará prestígio..."; "5) Em reuniões, use da palavra bem no começo ou então quando a sessão já vai chegando ao fim, mas nunca deixe de se fazer ouvido..."; "6) Quer em sessões formais ou em pequenas reuniões de que participem altos funcionários, quando lhe fizerem uma pergunta responda sempre com outra pergunta"; "7) Nunca se prontifique a dar uma informação. Não se esqueça de que qualquer informação é um artigo de valor que não deve ser esbanjado..."; "8) Se você foi promovido a um posto já em nível onde são tomadas decisões, nunca as tome..."; "9) O cordial aperto de mão e o sorriso constante são instrumentos básicos para o seu trabalho... Procure, também, imprimir um toque pessoal a seu aperto de mão, talvez conservando na sua por um momento prolongado a mão do outro. Se isto for mal compreendido, V. não será prejudicado; poderá, mesmo, conquistar aliados em potencial"; "10) Preocupe-se e siga preocupando-se..." (Hernane Tavares de Sá — Nos Bastidores da ONU, 1967, págs. 145 e segs.). Uma crítica contundente aos funcionários internacionais, especificamente aos da Liga das Nações, é a feita no excelente romance "Bela do Senhor" (1985), de Albert Cohen, que foi funcionário da OIT.

LIVRO V
PESSOAS INTERNACIONAIS
(O Indivíduo)

CAPÍTULO XXIX

O HOMEM NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS¹

308 — Introdução; 309 — Fundamentos da subjetividade internacional do indivíduo; 310 — Aspecto histórico da personalidade internacional do indivíduo; 311 — Doutrinas sobre a personalidade internacional do homem; 311A — Importância dos Direitos Humanos; 311B — Definição; 311C — Universalidade; 311D — DIDH definição e características; 311E — Terminologia; 311F — Origens; 311G — Fundamentos; 311H — Algumas divagações sobre os direitos humanos; 311I — Direitos Humanos na Constituição (especialmente do Brasil); 311J — Direitos Humanos Atípicos; 311K — As denominadas "gerações"; 311L — Direitos Humanos em situações extremas (as cláusulas pétreas); 311M — Interpretação dos tratados de direitos humanos; 311N — Compatibilização dos tratados; 311O — Indivisibilidade dos direitos humanos; 311P — Violação e responsabilidade do estado; 311Q — Princípio da dignidade humana; 312 — Antecedentes da Declaração Universal de Direitos do Homem; 313 — A Carta da ONU e os Direitos Humanos; 314 — A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos de 1966; 315 — Os direitos humanos no Conselho da Europa; 316 — Os direitos humanos no continente americano e na África; 316A — Diferenças entre os sistemas europeu e americano; 317 — O homem e os tribunais internacionais; 317A — O Direito à Informação; 317B — Direito ao desenvolvimento; 317C — Direito à Paz; 317D — Direito a autodeterminação; 317E — Genoma

308. O homem tem adquirido cada vez maior importância na vida internacional. O próprio DI se tem preocupado com o homem, dando-lhe maior relevância. Inúmeras organizações internacionais são criadas para atender diretamente as necessidades dos indivíduos, por exemplo, a OIT, etc.

Entretanto, ainda existe uma grande disputa entre os autores sobre a questão de saber se o homem é ou não sujeito de direito. Esta controvérsia, que à primeira vista pode parecer puramente acadêmica, é, contudo, da maior importância. Da resposta que for dada vai depender a validade de uma série de institutos e normas que se procura introduzir de modo definitivo no DI.

Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de DI. Dentro do mesmo raciocínio não poderíamos falar no criminoso de guerra, nem na proteção ao trabalhador dada pela OIT e nem mesmo se poderia lutar por uma Corte Internacional Criminal como se tem feito.

Em conclusão, podemos assimilar que negar a personalidade internacional do homem ou deturpar a existência de uma série de institutos da vida jurídica internacional.

309. A posição do homem como sujeito de direito é uma decorrência da orientação jusnaturalista que adotamos para explicar o fundamento do DI. Maritain observa que o homem "é um fim em si mesmo". Ele possui uma dignidade que se pode dizer inatacável e imutável (IA). Para Oscar Schachter afirmar que os direitos humanos vêm da própria dignidade humana significa que eles não lhe são dados, mas que o homem já os tem. Para Blandine Kriegel (Cours de philosophie, 1996) "a idéia de homem só adquire consistência no monoteísmo que concebe a humanidade inteira como uma realidade única criada pelo mesmo Deus...".

Direito, seja ele qual for, se dirige sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar as relações entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno da socialização, que se manifesta em todos os ramos do Direito.

Na verdade, podemos concluir que existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional, como veremos, a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem. Em consequência, a ordem jurídica internacional vai-se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são quase verdadeiros "direitos naturais concretos".

310. Os autores clássicos do DI, ou seja, os mais antigos, sempre admitiram a personalidade internacional do homem. Esta posição decorria da influência do D. Natural na doutrina da época, bem como da noção de "jus gentium" de Roma, que era um direito entre indivíduos.

Foi somente a partir do século XIX que começou a reação contra a subjetividade do indivíduo. Neste período predomina a soberania absoluta

do Estado. Surge no DI o que já foi denominado de uma "aristocracia de Estados". O indivíduo somente atinge o mundo jurídico internacional através do Estado.

No século XX^o surge uma reação, iniciada contra o monopólio do Estado. A democratização se afirma. O indivíduo passa a ser considerado sujeito de direito no campo internacional.

311. As doutrinas sobre a personalidade internacional do indivíduo são inúmeras. A classificação delas irão é uniforme; entretanto, é possível dividi-las em dois grandes grupos: os que negam e os que afirmam ser o homem sujeito do DI.

Basta exemplificarmos com o caso do pirata, hoje regulamentado pela Convenção de Genebra sobre o alto-mar, de 1958 e a convenção de Direito do Mar de 1982; suponhamos que o nacional de um Estado que não faça parte de convenção se transforme em pirata. Este indivíduo será punido por qualquer outro Estado, uma vez que existe para ele um "dever" de não ser pirata, que é independente do Estado. Existe sobre o assunto uma norma costumeira internacional que impõe deveres diretamente ao indivíduo.

Quanto ao argumento de Quadri, de que os tratados não produzem efeito em relação a terceiros, deve também ser abandonado. A regra "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" não é absoluta, pelo contrário, ela está sujeita a uma série de exceções. Lauterpacht observa que o parecer da CPJI, no caso da "Jurisdição das Cortes de Dantzig", reconheceu a possibilidade de indivíduos adquirirem direitos diretamente por tratados internacionais. É a intenção dos Estados contratantes que vai fixar se o indivíduo possui ou não direitos que decorrem diretamente do tratado.

Diante do exposto, não se pode negar a personalidade internacional do indivíduo. Admiti-la é se enquadrar em uma das mais modernas tendências do DIP: a sua democratização. É o homem pessoa internacional, como é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica de agir é bem mais limitada que a do Estado.

O primeiro grupo formado pelas teorias negadoras possui diferentes formulações. Entre elas temos: o positivismo e a teoria do homem-objeto.

- a) O positivismo clássico (Anzilotti, Triepel) afirma que apenas o Estado é sujeito do DI, uma vez que este ramo da ciência jurídica é um produto da vontade estatal. O indivíduo é sujeito no direito interno. As duas ordens jurídicas (interna e internacional) são independentes. Os positivistas mais modernos (Anzilotti) também admitiram a subjetividade das organizações, uma vez que são produto da vontade estatal e participam da elaboração das normas internacionais.

Esta concepção se resume em voluntarismo e dualismo jurídico. Vimos, ao estudarmos as fontes do DI, que o voluntarismo é incapaz

de explicar o costume internacional e, principalmente, a sua obrigatoriedade em relação aos Estados que não participaram da sua formação. Por outro lado, ao tratarmos das relações entre o DI e o direito interno, procuramos demonstrar que o dualismo deve ser abandonado. Mesmo que se adote o dualismo (no sentido de independência das duas ordens jurídicas), não há razão para fundamentá-lo em uma pretensa diferença de sujeitos do direito. Os modernos defensores do dualismo não adotam mais esta posição.

- b) A teoria do “homem-objeto” é a formulação do moderno positivismo. Os defensores desta corrente não puderam deixar de reconhecer a existência de uma série de normas internacionais que se dirigiam ao homem e procuraram, em consequência, readaptar o positivismo clássico a esta realidade. Em 1896, Heilborn a formulou pela primeira vez, e ela é seguida por grandes doutrinadores, como Arangio-Ruiz, Sereni, Quadri, etc. Ela sustenta que o homem tem no DI a condição de um objeto, como os navios e as aeronaves. A relação entre o Estado e o homem teria a natureza de um direito real.

Esta teoria foi tachada por Aguilar Navarro de imoral. Ela não se encontra de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que afirma no seu art. 6º ter o homem o direito de ser “reconhecido como pessoa perante a lei”. O mesmo princípio está no art. 16 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966).

O segundo grupo é formado pelas doutrinas que afirmam ser o homem pessoa internacional.

- a) A teoria individualista foi sustentada pela primeira vez por Duguit, em 1901, na sua obra “L’État, le Droit Objectif et la Loi Positive”, onde sustentou que o Estado havia morrido e negou, entre outras coisas (a soberania e o direito subjetivo), a personalidade do Estado. Declarava Duguit que apenas o homem era sujeito de direito e o próprio Estado se reduziria a indivíduos. Esta concepção encontrou inúmeros seguidores: Scelle, Politis⁴, Jèze, etc.

Esta concepção, apesar do valor dos seus defensores, não se encontra de acordo com a realidade jurídica, uma vez que os Estados continuam a ser os mais importantes e atuantes sujeitos do DI;

- b) Le Fur defendeu que o homem seria sujeito do DI ao lado do Estado. Entretanto, este seria o sujeito direto, enquanto aquele seria o indireto. O direito teria por fim último o indivíduo, mas este age no mundo, jurídico internacional através do Estado. Outros, como

Rehm, sustentam que os Estados são membros da comunidade internacional, enquanto os indivíduos são sujeitos. A teoria de Le Fur procura introduzir um elemento novo na questão, que é a distinção entre sujeito direto e indireto, que não tem qualquer apoio na prática internacional, nem mesmo razão de ser. A distinção de Rehm é também passível da mesma crítica.

A conclusão a que podemos chegar é que a melhor posição é a que defende serem sujeitos de DI os Estados, as organizações internacionais, o homem, etc., isto é, todo ente que possuir direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. É a corrente que filia maior número de doutrinadores nos dias de hoje (Accioly, B. Pallieri, Lauterpacht, etc.)

Entretanto, devemos apresentar algumas considerações sobre o assunto. Os autores italianos (Quadri, Sereni) não desconsideram os inúmeros atos da vida internacional (tráfico de mulheres, genocídio, etc.) que dão direitos aos homens, mas não os consideram como capazes de demonstrar a personalidade internacional do indivíduo. Observam que os mencionados atos se dirigem sempre aos Estados. A ordem internacional imporá obrigações aos Estados em favor do homem. As normas internacionais não se endereçarão direta e imediatamente ao homem. Quadri assinala que um tratado internacional não poderia criar direitos para os indivíduos em virtude do “princípio da ineficácia dos tratados a respeito de terceiros”.

Realmente, a primeira crítica é em parte procedente, como bem assinala Heydte, uma vez que são direitos consagrados em acordos concluídos entre Estados e que eles podem denunciar; o seu fundamento último seria a vontade soberana dos Estados. Entretanto, acrescenta este autor, existem casos de proteção dada ao indivíduo “pelo direito internacional geral, tal como é desenvolvido no sistema internacional e contido nos princípios gerais do direito reconhecidos quase universalmente”. Neste caso estaria a obrigação do Estado de proteger os indivíduos que se encontram no seu território; a violação deste dever acarretava, no passado, a denominada intervenção humanitária e, hoje, pode levar à intervenção de uma organização internacional se a violação ameaçar a paz e a segurança internacionais^{4A}. Há a responsabilidade internacional do Estado quando ele viola os direitos dos estrangeiros no seu território.

Existiriam, portanto, normas internacionais de proteção ao homem que não teriam a sua base em tratados internacionais.

Em favor da posição adotada, podemos acrescentar que, mesmo naqueles casos em que o homem recebe direitos ou deveres que lhe são impostos através de tratados, ele não deixa de ser pessoa internacional. Se realmente os direitos do homem são obrigações impostas aos Estados, no sentido de que devem concedê-los e respeitá-los, já na parte referente aos deveres o homem surge independentemente da figura estatal.

Quanto ao argumento de Quadri, de que os tratados não produzem efeito em relação a terceiros, deve também ser abandonado. A regra "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" não é absoluta, pelo contrário, ela está sujeita a uma série de exceções. Lauterpacht observa que o parecer da CPJI, no caso da "Jurisdição das Cortes de Dantzig", reconheceu a possibilidade de indivíduos adquirirem direitos diretamente por tratados internacionais. E a intenção dos Estados contratantes que vai fixar se o indivíduo possui ou não direitos que decorrem diretamente do tratado.

Diante do exposto, não se pode negar a personalidade internacional do indivíduo. Admiti-la é se enquadrar em uma das mais modernas tendências do DIP: a sua democratização. É o homem, pessoa internacional, como é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica de agir é bem mais limitada que a do Estado. McNair (apud Cançado Trindade) achava ocioso discutir se o homem é sujeito ou objeto do DI, porque o que interessa é a sua proteção.

311A. Neste final de século e início do século XXI em que o neocapitalismo assume uma das suas fases mais selvagens, e o socialismo, nas suas mais diferentes formas, é desumanizado pelos meios de comunicação de massa, vez que ele é internacionalmente confundido com o leninismo e o estalinismo que desmoronaram na URSS em 1991, só nos resta o ser humano na sua mais fantástica nudez, isto é, independentemente de cor, religião, orientação política, etc. O Direito Internacional dos Direitos Humanos visa ao homem pelo homem e para o homem.

Os Direitos Humanos têm sido defendidos como a única ideologia da época em que vivemos, um exemplo que se pode dar é a alteração que está ocorrendo no instituto de reconhecimento do estado que sempre se sustentou não ser suscetível de condição. Na década de 90, os estados integrantes da Comunidade Européia passam a exigir uma série de condições que deverão ser atendidas pelos estados surgidos do desmoronamento da URSS e Iugoslávia. Entre estas condições estão a garantia dos direitos das minorias e grupos étnicos e os princípios da Carta de Helsinki (1975), sendo que nesta última figura o "respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais; nestas incluídas a liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicção". Dufour escreve: "a religião dos 'Direitos do homem' e o culto da 'identidade nacional' parecem ser as duas formas de expressão as mais representativas e também as mais marcantes destes últimos anos". O estado se encontra em fase de ser ultrapassado; só nos resta o homem e este precisa ser defendido a fim de que possa desenvolver-se na sua plenitude. Para Norberto Bobbio eles são "um dos principais indicadores do progresso histórico".

311B. Definir direitos humanos é muito difícil. O relator da Comissão de Direitos Humanos (CES - ONU), Charles Malik — representante do Líbano), afirmava, em 1947, que:

"A expressão 'Direitos do Homem' refere-se obviamente ao homem, e com 'direitos' só se pode designar aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente accidental, que não surge e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertence ao homem como tal".

Ricardo Lobo Torres afirma que os direitos humanos se caracterizam por serem "preexistentes à ordem positiva, imprescritíveis, inalienáveis, dotada da eficácia "erga omnes", absolutos e auto-aplicáveis". Na mesma linha de raciocínio está Lauterpacht.

Perez Luño fornece uma definição bastante completa: "é um conjunto de faculdades e instituições, que, em determinado momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a níveis nacional e internacional".

Para Ingo Wolfgang Sarlet direitos fundamentais são os direitos "reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado". Salienta ainda este autor que eles têm relação com os textos de DI e que eles não se confundem com o direito natural, porque já foram positivados.

Podemos adotar como conceito dos direitos humanos o de Louis Henkin: "Direitos Humanos constituem um termo de uso comum mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas "reivindicações morais e políticas, que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo", reivindicações estas reconhecidas como "de direito" e não apenas por amor, graça ou caridade".

311C. Não há dúvida de que os direitos humanos têm no direito natural o seu principal fundamento, mas permanece sempre em aberto a questão: Quem diz o que pertence ao direito natural? Qual a classe social deste intérprete? E assim por diante, como haveria uma natureza humana imutável e universal?

Renato Janine Ribeiro, apresentando obra de Norbert Elias, afirma que o sociólogo alemão: "adota, assim, uma idéia chave, a tese de que a condição humana é uma lenta e prolongada construção do próprio homem".

A idéia de universalidade, que vai ser defendida pelo Iluminismo é, infelizmente, de difícil realização. Um exemplo típico é o da extirpação do clitóris das meninas em certos povos do Islã e da África subsaariana, a fim de que a mulher ao perder o prazer não venha a trair o seu futuro marido. Para nós, é uma violação dos direitos humanos, por exemplo, o da integridade física, entretanto, para tais povos isto faz parte de uma cultura e a própria ordem jurídica internacional defende a diversidade

cultural. R. Polin (La Création des Cultures, 1993) salienta que não há valores universais e que a "concepção dos homens e de seus direitos" é do âmbito exclusivo da "cultura judaico-cristã do ocidente". Afirma ainda "não há uma humanidade, só existem humanidades culturais históricas". Ou ainda, "os homens que existem concretamente só têm realidade e sentido humanos em função da cultura de que eles participam". André-Jean Arnaud afirma: "a universalidade como conceito-chave da filosofia jurídica e política morre". Escreve que os direitos do homem se encontram "tão diversificados" que não se pode afirmar serem "produtos da natureza do indivíduo". Ele prevê que o "Direito do 'futuro' vai se enriquecer... (com o) relativismo e o pluralismo".

Michael Freeman aponta as seguintes críticas à universalidade dos direitos humanos: a) é baseada em uma ética universal que não existe; b) abstrai os homens do seu contexto social. Henri Pollard na mesma linha de raciocínio de crítica à universalidade afirma: a) a realidade é vista como vazia e sem significado intrínseco e ela se torna objeto de manipulação; b) o sujeito não tem natureza universal; c) "a deslegitimação da cultura é o resultado do projeto de desconstrução do pós-modernismo"; d) "a cultura é um modo de agir específico dos seres humanos que lhes permite organizar sua existência coletiva conforme valores compartilhados. A cultura de um grupo social é a totalidade dos produtos que ele criou e herdou"; e) "a cultura faz parte intrínseca da natureza humana". O "ser humano se define pela sua cultura".

Levy Strauss afirma que é impossível um conceito unitário do homem, o que nega a sua universalização. Para este antropólogo não pode existir uma civilização mundial, porque a civilização implica a coexistência de culturas que apresentam diversidade. Escreve o antropólogo francês "... o homem não realiza a sua humanidade em uma humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais". Para Althusser "o homem é um mito da ideologia burguesa. A palavra homem é somente uma palavra".

Para MacIntyre a idéia de humanidade surgiu na Europa nos séculos XVIII e XIX.

Contudo, tem sido apontado em favor de uma universalidade que ela é um ponto de partida e que faz parte da moralidade básica dos direitos humanos, bem como que ela é uma meta que deve superar os particularismos.

Para nós, direitos do homem são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro. Consideramos que os já existentes não podem ser retirados, vez que são necessários para que o homem realize plenamente a sua personalidade no momento histórico atual. Se alguns vêm da própria natureza humana que construímos, outros advêm do desenvolvimento da vida social. Na verdade, o homem nunca existiu isoladamente.

Gostaríamos de salientar que o nosso relativismo não chega ao negativismo de Michel Villey, que afirma serem os direitos humanos: a) "irreais",

como é o caso do direito ao trabalho; b) eles são um ideal; c) a aplicação de um destes direitos ao ser humano é negá-lo a outro. Não se pode negar que Villey tem bastante razão, como na letra c) ocorre com o direito à saúde que se for dado ao maior número de pessoas possível será negá-lo à aqueles portadores de moléstias raras. Não se pode negar que haja ainda muito de ideal nesta matéria. Villey conclui que os direitos do homem surgem com "o eclipse ou a perversão na filosofia moderna da idéia de justiça. Não há pois a idéia de "repartir". Dentro desta corrente negativista podemos lembrar que Burke foi o primeiro crítico dos direitos humanos. Ele fala em "perfeição abstrata". O termo inglês "right" que se fala em direitos dos animais. A propriedade e os direitos econômicos são direitos morais? Burke valoriza a história, a tradição e defende uma base pragmática e concreta. Os direitos são históricos e não naturais. A tese dele conduz à posição de que é o Poder que define os direitos. Uma outra corrente negadora dos direitos humanos é o liberalismo de Hayek que considera direitos humanos apenas os que pressupõem uma não interferência na livre autonomia na vontade individual, isto é, os direitos civis. Assim ele vincula os direitos e as liberdades ao capitalismo. E procura tirar a legitimidade do socialismo democrático. Em consequência, exclui os direitos de prestação do estado social de direito. O próprio Kant só fala em igualdade formal.

Por outro lado, também não chegamos ao pessimismo de Hanna Arendt (As origens do Totalitarismo, vol. II. Imperialismo, 1976), que escreve:

"O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele só confrontaram, pela primeira vez, com pessoas que haviam perdido todas as outras qualidades e relações específicas, exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na estranha nudez de ser unicamente humano".

Filiamo-nos mais ao pensamento de Marcuse (apud Rolf Wiggershaus — L'Ecole du Francfort, 1993) que admite uma "essência do homem" e que se mantém apesar de toda "perversão" que venha a existir de fato. Mesmo quando há "desvios" o homem acaba por coincidir com sua essência.

Não há dúvida de que existe a unidade do gênero humano como é demonstrado pela possibilidade de procriação entre as diferentes raças. Utilizo esta palavra no moderno sentido da antropologia, que não admite ser uma raça superior ou melhor que outras.

Para MacIntyre a idéia de humanidade surgiu na Europa nos séculos XVIII e XIX.

Contudo tem sido apontado em favor da universalidade que ela é um ponto de partida e que faz parte da moralidade básica dos direitos humanos, bem como que ela é uma meta que deve superar os particularismos.

De qualquer modo não há o homem isolado, vez que ele surge sempre dentro de uma cultura. Daí a nossa posição ter também um lado "crítico" ou "relativista" exposto acima.

Há uma tendência à universalidade demonstrada pela diminuição do número de reservas nos tratados.

Yves Madiot afirma que há sete direitos humanos que são universais: a) direito à vida; b) não ser submetido a tratamento desumano e degradante; c) não ser submetido à escravidão; d) direito à proteção em relação ao arbitrário e direito à segurança; e) direito à igualdade; f) direito a ter uma existência decente e livre da fome; g) liberdade de expressão.

311D. O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento da sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos. As "peculiaridades" são inúmeras. Assim o DIDH não está sujeito ao princípio de reciprocidade que domina o DIP. A reciprocidade que é extremamente comum no DIP principalmente nos aspectos políticos e econômicos não pode servir para o desrespeito ou mesmo uma ameaça do não cumprimento dos direitos humanos.

O artigo da convenção de Viena sobre tratados concluídos entre estados (Viena — 1969) afasta a reciprocidade nos tratados de direitos humanos.

Uma outra característica é que o DIDH tem um aspecto ideológico bastante acentuado. Ele é um direito "politicizado". Mourgéon escreve: "...os direitos do homem são a maior resultante e o nível mais revelador da relação política fundamental". Eles versam sobre a relação entre o Poder e a Pessoa. O poder para o homem é a necessidade da proteção e, ao mesmo tempo, o homem pede liberdade. Para se entender os direitos dos homens é preciso uma visão realista. O jurista francês lembra que os direitos à vida na Irlanda subpovoada e católica é diferente do direito à vida na Índia, em que mais de dois filhos é um castigo. Observa G. Soulier que "os direitos do homem são de essência política", mas que eles não são toda política. Salienta ainda este jurista que para os direitos do homem existirem é necessário que a sociedade não se confunda totalmente com o Estado.

Não se pode dizer neste caso que haja uma "peculiaridade" do DIDH, vez que todo o DIP é marcado pela política. O que importa é que no DIDH este aspecto é bastante acentuado.

Uma terceira característica é progressividade, isto é, ele vem sendo construído de modo progressivo. É uma construção lenta, porque é "uma conquista do indivíduo contra o Estado". Para Hitters é uma "luta para limitar e racionalizar o poder".

A quarta característica do DIDH é que as sanções aplicadas pela ONU, mesmo em caso de rompimento da paz, isto é, a mais grave ameaça à ordem internacional não pode violar os direitos humanos. Estes são considerados como pertencentes ao "jus cogens". São assim normas imperativas. Há no caso uma espécie de conflito, vez que o agressor também violou uma norma imperativa. Faremos um pequeno histórico sobre esta matéria. A resolução 253 de maio de 1968, tomada em relação a Rodésia que proclamara a sua independência unilateralmente e adotara o regime de "apartheid", proibiu a venda e o fornecimento de toda mercadoria. Em 1970-1971, a Austrália vende trigo para a Rodésia, que sofrera uma violenta crise. Este país alegou que se tratava de uma circunstância humanitária. Pode-se salientar que a não aplicação do embargo a material de ensino e publicações atendiam ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que consagra o direito à educação, à liberdade de expressão, etc.

No caso do Iraque, após a invasão do Kuwait o Conselho de Segurança da ONU na Resolução 666 de setembro de 1990 ao estabelecer o embargo excetuou a essa aplicação o material médico e gêneros alimentícios. No caso destes últimos, cabe ao Conselho através do Comitê de sanções apreciar se é caso humanitário. Em março de 1991 o Iraque solicitou o levantamento do embargo, bem como apresentou queixa pela lentidão do Comitê de sanções para apreciar os casos humanitários. O procedimento junto ao Comitê foi agilizado. Em agosto de 1991, o CS autorizou que o Iraque trocasse petróleo por produtos médicos e gêneros alimentícios.

Pode-se observar que exista uma incompatibilidade entre sanções econômicas aplicadas pelo ONU e os direitos humanos.

O Pacto sobre Direitos Econômicos estabeleceu na alínea 2 do art. 1º:

"...Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência."

Philip Alston considera "que filosoficamente e fisiologicamente o direito a uma alimentação adequada deve ser compreendida no direito à vida, mas que juridicamente isto cria problemas".

Ainda, mais uma característica do DIDH que pretendemos apontar é que ele diminui a área de atuação de soberania do estado. Os direitos humanos deixam de pertencer à jurisdição doméstica ou ao domínio reservado dos estados. Inúmeros mecanismos de proteção na ordem jurídica internacional, tais como a Comissão Européia de Direitos Humanos, Corte Européia de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, etc. Os órgãos de proteção tendem a se fortalecer, e a condenação de um estado por um deles tem sempre o efeito de sanção moral. Dentro desta linha de raciocínio assinala Cohen-Jonathan que, "se o respeito dos direitos do Homem cons-

tíui uma obrigação do Direito Internacional resulta daí que os nacionais podem fazer apelo do direito interno ao Direito Internacional, eventualmente perante as instâncias internacionais". Afirmo que há "uma obrigação geral de respeitar os direitos dos homens". Há uma "obrigação" "erga omnes" para os estados respeitarem os direitos humanos.

Uma outra característica é a autonomia do DIDH no sentido de que ele é um direito de proteção que visa proteger os indivíduos e não os estados. Ele protege assim os indivíduos no plano nacional e internacional.

A característica que podemos apontar é que os direitos fundamentais deixaram de ser "meros limites ao exercício do poder político" para se transformar em "um conjunto de valores para a ação positiva dos poderes públicos" (Perez Luño). Seguindo ainda o autor espanhol os direitos fundamentais surgiram para defender os indivíduos do estado. É que se concebia formalmente a igualdade entre os membros da sociedade, Perez Luño afirma com razão que no neocapitalismo a igualdade formal não supõe a igualdade material e os centros privados da esfera do poder também ameaçam os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais no estado social de direito existem em todos os setores do ordenamento jurídico. Daí a Corte Européia de Direitos Humanos ter desenvolvido o "Drittwirkung der Grundrecht". Os direitos fundamentais não são apenas limites à ação do estado. Eles também são eficazes em relação a particulares. Por esta construção jurídica se pode fazer valer perante a Corte Européia de Direitos Humanos em relação a um particular. Esta prática não foi prevista na convenção européia e foi desenvolvida pela jurisprudência. Alguns direitos só existem em relação ao estado (ex.: tutela judicial efetiva), outros são de violação tipicamente por particular (greve, tornar-se membro de um sindicato). Os poderes públicos devem atuar para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. Ao nosso ver esta concepção européia tende a se universalizar para que os direitos humanos sejam realmente efetivos.

A última característica que podem defender é de que existe uma presunção em favor da aplicabilidade direta dos tratados de direitos humanos no interior dos estados, isto é o indivíduo pode invocá-los perante os tribunais internos.

311E. A questão de terminologia é irrelevante nesta matéria, vez que o alcance de cada expressão já está mais ou menos estabelecida. Assim temos direitos do homem, direitos humanos, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais.

Liberdades públicas é uma expressão recente no direito francês. A Constituição de 1793 e a "exposição de motivos" da Carta de 1814 a utilizam no singular "liberdade pública". O seu uso no plural deve-se a Chateaubriand (na Restauração e Laferrière na Monarquia de Julho). Finalmente a expressão é utilizada no plural em 1851 e 1853. A partir de então vai ser consagrada no início do século XX por Duguit e Barthélemy.

Colliard acaba por definir liberdades públicas como "situações jurídicas legais e regulamentares, nas quais o indivíduo se vê reconhecido o direito de agir sem constrangimento no quadro dos limites fixados pelo direito positivo em vigor e eventualmente determinado, sob o controle do juiz pela autoridade de polícia encarregada da manutenção da ordem pública. Este direito é protegido por uma ação na justiça, essencialmente pelo funcionamento do controle da legalidade. Na França onde é consagrada a expressão liberdades públicas há um grande debate em torno desta expressão. Rivera sustenta que uma liberdade torna-se pública, "seja qual for seu objeto", quando há "a citação do poder para reconhecê-la e regulamentá-la". Eles são direitos do homem, mas não abrangem a todos estes. A própria definição da liberdade pública não é uniforme entre os autores.

A jurisprudência, como uma decisão da Corte de Aplicação de Caen, em 1977, fornece uma bem simples: "as liberdades públicas são os direitos reconhecidos e regulamentados pela autoridade pública". Já C. Leclercq afirma que este conceito deve se ampliado afirmando que eles podem estar explicitados em "textos constitucionais e/ou internacionais submetidos a um regime de proteção jurídica. Na verdade, estamos de acordo com J. Roche e A. Pouille de que liberdades públicas é "uma noção já incerta" vez que "não definição legal", bem como a jurisprudência se fundamenta na doutrina e esta naquela.

A expressão "direitos fundamentais" teria surgido na França em torno de 1770, (Perez Luño). Atualmente ela está consagrada na Constituição da Alemanha no art. 1. Ela não é recente e já figura na 2ª parte da Constituição de Weimar: "direitos e deveres fundamentais dos alemães". Para o jurista espanhol na medida em que se aumenta o campo do uso da expressão direitos fundamentais, esta expressão fica com um significado "difuso".

A Constituição do Brasil de 1988 no Título II se utiliza desta expressão: "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e o Capítulo I tem por título "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" e o Capítulo II "Dos Direitos Sociais". A questão a ser discutida é se a expressão equivale a dos direitos humanos ou direitos do homem. Filiamo-nos à corrente que responde pela negativa afirmando que ela é sinônimo de "liberdades públicas"; isto é, só há direitos fundamentais quando há um texto constitucional escrito e consagrado na jurisdição constitucional que os garante. Rivero observa que apesar da declaração de 1789 usar a expressão "direitos fundamentais" ela não era muito utilizada na França. A expressão penetrou na França após a 2ª Guerra Mundial com a Declaração Universal de Direitos do Homem.

A expressão "direitos individuais" no capítulo II do Título IX da Constituição de 1946: "Dos direitos e das garantias individuais" tem a nosso ver o mesmo alcance e conceituação de liberdades públicas e fundamentais.

A expressão "direitos públicos subjetivos" tem a sua origem na ciência jurídica alemã: Laband, Gerber e Jellinek para citar alguns deles, Gerber

assinala que tais direitos são sempre “negações” e restringem o poder estatal. Ele parte sempre da instituição que é o Estado. Os “direitos públicos” são “manifestações de vontade da pessoa, mas não como indivíduo”, mas como “membro da coletividade nacional”, Jellinek afirma que os direitos públicos subjetivos significam que os membros de um estado “podem invocar juridicamente certas pretensões perante o poder público”. O homem é uma pessoa e pode reivindicar “as prerrogativas de um pessoa” perante o poder público. A diferença entre Gerber-Laband e Jellinek é que os dois primeiros reduziram os direitos subjetivos ao mínimo, e assinala Fioravante que encaravam tais direitos “como puro e simples reflexo de ato de autoridade de estado”. Já Jellinek, escreve o jurista italiano, devido à amplitude que deu a tais direitos passou a ser considerado o mais “latino dos juristas alemães”. Voltando a Jellinek, este assinalando: o “indivíduo está na sua qualidade de pessoa, submetido normalmente a um poder limitado. A subordinação do indivíduo ao Estado só vai até onde o Direito ordena”. O próprio Estado se encontra sujeito a prestar “serviços positivos” em benefício do indivíduo.

Esta concepção é uma versão positivista dos direitos naturais, como tem sido observado. Os direitos são limites ao poder e daí só são defendidos perante as autoridades e funcionários e nas relações entre particulares. Já o D. Natural é aplicado na natureza onde não há poder. Daí o jurista alemão excluir os direitos fundamentais nas relações privadas. É o período histórico do estado liberal.

A expressão “direitos do homem” é mais utilizada pelos autores franceses como Sudre, Mourgeon dentro da tradição deste país. No Brasil foi usada por Soder, Dunshee de Abranches, etc. Em língua inglesa, Lauterpacht e Falk, usam direitos humanos. Atualmente, por influência de Cançado de Trindade esta última é a expressão mais consagrada.

A denominação de “direitos humanos” parece-nos ser mais uma influência do grande predomínio da língua inglesa nas mais diferentes aplicações científicas. Entretanto, há uma razão que justifica esta expressão, que é o movimento feminista ter chamado a atenção de que o “machismo” estava também no uso de certas palavras na linguagem corrente. Em consequência, direitos humanos atende a esta reivindicação e coloca o homem e a mulher em pé de igualdade, J. Roche e A. Pouille assinalam que em Quebec, no Canadá, onde existe um forte movimento feminista, não é aceita a nomenclatura “direitos do homem” e utiliza “Direitos da Pessoa” que segundo estes autores “começa a se difundir na França”. A expressão direitos humanos é recente e teria surgido nos EUA em documentos elaborados durante a 2ª Guerra Mundial e divulgados após ela.

Para Thomas Paine a expressão “direitos humanos” é mais ampla do que a de direitos naturais, porque abrange a estes, que são aqueles que o homem tem pelo simples fato de existir, e os direitos civis os que decorrem do fato de o homem ser membro da sociedade.

Dworkin para não cair no positivo usa a expressão “direitos morais”.
311F. As origens dos Direitos Humanos têm constituído um ponto de discórdia entre os juristas.

Dufour classifica as concepções existentes em três categorias:

a) “a tese da origem política” e tais direitos teriam surgido de “uma vontade de protesto coletivo” vez que havia uma ameaça do arbítrio ou “riscos de despotismo”. Nesta posição estão os autores do século XVIII como James Otis (1725-1783) e Samuel Adams (1722-1803) que foram “os primeiros protagonistas desde 1772 das Declarações de Direitos Americanos. Dentro desta concepção ele colocou os que alegam ser o Iluminismo, como Rousseau, os que contribuíram para os direitos do homem.

b) Os direitos do homem têm origens essencialmente religiosas. É a tese de Jellinek e Welzel. Ela se fundamenta no “pensamento protestante reformador anglo-saxão” desenvolvido no Novo Mundo, na dissidência congregacionista de Roger Williams. Defende a separação da Igreja e do Estado. Afirma a liberdade de religião do indivíduo perante a “autoridade política”. A liberdade consagrada “por influência de R. Williams no século XVII até a Carta real das colônias de Rhode Island”.

Autores modernos têm defendido a tese de que a idéia de que a pessoa humana é sagrada faz com que a idéia de direitos humanos seja religiosa. Para Tawney considerar que o homem é de infinita importância é de origem religiosa. Para Dworkin pode ser de uma “profunda crença filosófica secular”. Falar que o homem tem uma dignidade inerente a uma pessoa é religiosa. Amar o próximo surge porque este também foi feito por Deus, (Michael J. Perry).

c) os que defendem “uma origem meramente contingente, de natureza histórica”. As primeiras formulações teóricas dos Direitos do Homem.... constituiriam...a expressão doutrinária dos “direitos históricos” dos colonos ingleses da América e um “momento privilegiado” da história das suas relações com a metrópole.

Pode-se mesmo afirmar que cada uma delas tem a sua parcela de razão. O aparecimento dos direitos do homem devido a sua complexidade não pode ser atribuído a um único fator.

Simonte Goyard-Fabre (Les fondements de L'ordre juridique, 1998), por exemplo, vê as origens dos direitos do homem na escola do direito natural do século XVII e os remonta a Guilherme de Occam. M. Baye afirma que na “África Tradicional” antes da dominação europeia já existiam direitos humanos, apesar de não terem a mesma clareza que eles têm hoje, e afirma que eles “devam ser compreendidos no quadro das sociedades de outrora atomizadas e hierarquizadas pelo sistema de castas e ao mesmo tempo unificadas pelas crenças míticas”. Ali existiam direito à vida, liberdade de expressão, liberdade religiosa, direito ao trabalho, etc.

Apesar do desmoronamento de quase todos os governos comunistas na sociedade internacional, é interessante reproduzir o pensamento marxista-leninista que foi tão relevante para tantos povos no século XX. Para esta corrente, o direito do homem não surge da "natureza do homem, mas da situação do indivíduo na sociedade e sobretudo no processo de produção social". Os direitos não são "atributos naturais" (V. Kartahkin). Em sentido semelhante está Imre Szabo que afirma estarem os direitos dos homens "em uma situação econômica determinada", bem como vinculadas "à situação social e cultural do homem".

Já uma corrente oposta à anterior defende derivarem os direitos humanos do fato do homem ser uma pessoa; isto é o "mistério de nossa natureza, que é o pensamento religioso desejara ao dizer que a pessoa humana, é a imagem de Deus". Jacques Maritain acrescenta às palavras anteriores: "o valor da pessoa; na liberdade, seus direitos, pertencem à ordem das coisas naturalmente sagradas". E ainda: "a pessoa tem uma dignidade absoluta porque ela está em uma relação direta com o absoluto...". Em outra obra, o mesmo filósofo francês diz taxativamente: "o fundamento filosófico dos Direitos do Homem é a lei natural".

Entretanto, o grande debate em torno dos direitos humanos ocorreu há quase um século. Vamos seguir o mesmo realizado por J. Robert. Em 1902, Jellinek publica "A Declaração dos direitos do homem e do cidadão" e afirma que a declaração da Revolução Francesa de 1789 não é original, porque esta é apenas uma "cópia" das Declarações de direitos americanos, que as antigas 13 colônias ao ficarem independentes haviam colocado no alto de suas constituições. Reconhece Jellinek que há na declaração uma "importância histórico-jurídica", e que foi "sob sua influência que se formou a noção de direitos subjetivos públicos do indivíduo no direito positivo dos Estados do Continente Europeu". As declarações americanas teriam sido influenciadas pela Reforma. Emile Boutmy em resposta sustentou que a Declaração de 1789 tem as suas origens na filosofia do Iluminismo e no espírito "voltairien", tendo em consequência uma origem meramente francesa. Jellinek em réplica afirma colocar na origem das Declarações o pensamento de Calvino e não o de Lutero. Ressalta igualmente a influência do pensamento de Wolff nos pensadores do século XVIII. Para Jellinek, a liberdade de religião é que teria acarretado o aparecimento dos demais direitos e estes acabam por dar como fundamento dos direitos do homem o direito natural. Assim a liberdade religiosa estaria fundamentada no direito natural, sendo que o jurista alemão seguiu as idéias de Roger Williams. O direito natural fundamentaria os direitos do homem nos EUA, enquanto na Inglaterra seria o "Common Law", assinala Martin Kriele (Introducción a la Teoría del Estado, 1980) que isto é um "erro" e entre outros argumentos alega que na "tradição jurídica anglo-saxônica nunca existiu oposição entre o direito natural e o "common law" e este é uma "realização do direito natural".

A melhor apreciação crítica deste debate é a de Jacques Robert que afirma não se poder seguir a Jellinek, vez que houve, sem dúvida alguma, na Declaração de 1789, a influência do pensamento filosófico do século XVIII, também não se pode seguir a Boutmy, porque as declarações norte-americanas foram para as legislações francesas, "precedentes históricos particularmente úteis". Houve influências inglesa e norte-americana.

Algumas outras observações merecem ser reproduzidas. Assim Marie-France Renoux-Zagané assinala que os "teólogos — juristas" deram aos homens um poder absoluto que lembra os dos reis ao tempo das monarquias "a submissão a Deus é o fundamento e o limite do poder real" e é o "elo de união" do mundo humano ao de Deus, que dá o poder dos direitos do homem.

Para Georges Gusdorf a idéia de direitos do homem tem origem na Europa protestante.

Para Michel Villey a noção moderna dos direitos tem as suas origens na Revelação judaica — cristã. Dentro de uma visão que podemos dizer pessimista, este jurista francês observa com razão que em toda a história os direitos do homem nunca foram "exercidos em proveito de todos". E que cada direito do homem é a negação de outro direito do homem. Observa ele que a noção de direitos humanos surgiu com a "decomposição do conceito de direito", ou, ainda, "da perversão na filosofia moderna individualista da idéia de justiça", e que foram os "não juristas.. os inventores dos direitos do homem", que seriam "irreais" e "sem poder", mas que eles protegem os indivíduos dos abusos do governo e do direito positivo.

Para Georges Tenekides a proteção dos direitos humanos tem a sua origem na Grécia clássica. Os autores africanos afirmam que eles já existiam nas sociedades africanas na fase pré — colonial.

Na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, em Teerã, em 1968, o Xá do Irã afirmou que o Grande já reconhecia os direitos do homem e que na denominada Carta de o Grande já se encontra o direito à liberdade e segurança, liberdade de movimento, direito de propriedade e alguns direitos sociais e econômicos, bem como ele respeitava a religião dos vencidos. O Código de Hamurabi (2000 a. C.) fala em reinar a justiça e evitar que o forte oprimira o fraco.

Outros (P. Piovani) defendem que eles resultam da "progressiva afirmação da individualidade" e considera que isto só ocorre "com a dissolução da ordem jusnaturalista que era universal e não histórica, o que é incompatível com o subjetivismo ético" do mundo moderno. Outros (G. Fassó) defendem que o direito natural como ética da razão é que fundamentou o liberalismo e a democracia.

Sérgio Paulo Rouanet — Os Herdeiros do Iluminismo, in Sérgio Paulo Rouanet — As Razões do Iluminismo a 1987 — declara que a batalha dos direitos humanos é uma batalha do Iluminismo, mas que não se realizou

“um dos postulados básicos”: a “universalidade”. A universalidade é muito difícil, vez que nem sempre os direitos do homem, independentemente de sexo, nacionalidade, idade, etc., por exemplo, a aposentadoria por velhice (Carlos S. Nino). É de se repetir uma frase de Jean-Paul Sartre (Em defesa dos Intelectuais, 1994), de que “a universalidade ainda não está pronta, está perpetuamente ‘a fazer’.” Há uma passagem do grande historiador M. I. Finley (Economia e Sociedade na Grécia Antiga, 1989): “os direitos não são entidades fixas mas variáveis condicionadas à história; os chamados direitos universais, inalienáveis ou naturais, são meramente os favorecidos por determinada sociedade, determinado setor de uma sociedade ou por um indivíduo em particular. Dialeticamente, ‘os direitos naturais’ específicos surgem como uma exigência positiva contra a austeridade só para serem transformados em argumento contra mudanças posteriores na ordem Política e social”. Julien Freund (Politique et impolitique, 1987) afirma que os direitos humanos não foram “estabelecidos cientificamente, mas dogmaticamente”.

311G. Os fundamentos dos direitos humanos pode-se afirmar que são três: o direito natural, as teorias contratualistas e a noção de direito subjetivo

O direito natural é um tema presente na evolução da ciência jurídica. A sua interpretação tem variado de uma época para outra. Ele é, desde a Grécia antiga até os dias de hoje, uma referência permanente para os juristas. Para Max Weber (Sociologie du Droit, 1986):

“O direito natural é portanto o conjunto das normas que são legítimas não em virtude de sua promulgação por um legislador legítimo, mas em virtude de suas qualidades iminentes.... O direito natural é... a forma específica de uma ordem criada revolucionariamente. Para as classes que se insurgem contra a ordem existente, a inovação “direito natural” foi sempre o meio para tornar legítima sua exigência de criar o direito, na medida em que elas não podem se fundamentar em revelações e normas religiosas positivas”.

A primeira manifestação em forma de D. Natural que influenciou a cultura ocidental está em Sófocles (496 a. c. — 406 a. c.). Pode-se dizer que a origem dos direitos humanos, na Grécia, está nos estoicos. Em que há “um retorno do homem a si mesmo e procura apoio nele mesmo”. Assinala Novoa Monreal que para eles há “uma lei eterna que domina o mundo”. Ela seria a reta razão e, “conforme ela, todos os homens são iguais e livres”.

Seguindo ainda o jurista chileno, o Decreto de Gratiano (1140), que é a “primeira compilação metódica das decretais dos Papas”, afirma que o direito Natural que rege os seres humanos é formado “por duas regras

fundamentais”: faz aos outros o que quer que lhe façam e não faz aos outros o que não deseja que lhe façam. O D. Natural é considerado imutável. Goyard Fabre afirma que as raízes dos direitos humanos estão no nominalismo de Guilherme de Occam (1280-1349). Para este

“Nenhuma coisa fora da alma nem de ‘per si’ nem por algo que lhe seja acrescentado, de real ou de nacional, e de qualquer forma que se considera e se entenda é universal...”

Leibnitz escreveu que “são nominalistas aqueles que acreditam que, além das substâncias singulares, não existem senão nomes puros e portanto eliminam a realidade das coisas abstratas e universais”. No fundo com o nominalismo, começa-se a pensar no homem como um ser concreto e não como uma simples abstração.

É com Occam que surge a primeira manifestação de que todos os indivíduos têm “possibilidades idênticas de agir”. Ela se opõe à antiga idéia de Aristóteles que Santo Thomas adotava, que dava a antiga idéia a cada um o direito que lhe cabia devido ao seu “lugar no mundo”. Michel Villey também afirma que os direitos humanos surgem com Occam e, apesar de ser um crítico do nominalismo, afirma, contudo, que “as verdadeiras realidades são individuais”, bem como escreve “em definitivo o nominalismo tem razão” e que o indivíduo “é a “substância primária”.

O Renascimento faz o “descobrimto do homem e da natureza”. A Heller (O Homem do Renascimento, 1982) afirma que: “a consciência de que o homem é um ser histórico constitui um produto do desenvolvimento burguês...”. Ou “com o Renascimento surge um conceito dinâmico do homem o indivíduo passa a ter a sua própria história de desenvolvimento pessoal...”, bem como ainda escreve que “com o progresso da produção burguesa o homem universalizou-se”. O Renascimento admite que o homem pode criar uma “segunda natureza”.

A reforma protestante também contribui para o desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos vez que ela privilegiou “a relação pessoal do fiel com Deus em detrimento da instituição eclesiástica”. “A Reforma confere uma grande importância à liberdade de consciência, que ocupará de fato um lugar central nas primeiras Declarações de direitos...”. O protestantismo procurou também “um fundamento negociado para a autoridade política”, que é a base do contratualismo; “o pacto assinado pelos peregrinos do May Flower chegando em 1620 às costas americanas é um dos mitos fundadores dos EUA”. E mais a doutrina de “predestinação” do calvinismo passou a “conferir uma importância inédita à ação individual”. A reforma foi fundamental para que no século XVII surgisse o “tema dos direitos naturais do indivíduo humano”.

“A forma de existência humana” só pode ser compreendida dentro da sociedade. A própria natureza humana é determinada pelo “ordem

social". O direito natural fala em "natureza humana", mas as teorias contratualistas da sociedade são um período de transição, porque viam o homem "free and bound".

Grotius no "De Jure Belli ac Pacis (1625) já é o representante do direito natural que "emana" da razão, que ele considera como tendo sido colocada no homem por Deus. Ele levou em consideração o aspecto racional e social do homem. A sua concepção de direito natural é oriunda do protestantismo. Se Grotius admite a existência de um D. Natural e de um D. Voluntário, Samuel Pufendorf vai abandonar o D. Voluntário e ser um "jusnaturalista", que poderíamos qualificar de radical. Na sua obra "De Jure Naturae et Gentium Libri Octo (1672), afirma que o "estado natural do homem" leva, como em todos animais, ao "desejo comum de todos os animais" de "preservar seu corpo e vida". Mais adiante sustenta que nunca existiu realmente um estado de natureza. A idéia de paz pertence ao "estado natural do homem" e não houve qualquer intervenção humana". A paz é uma obrigação do direito natural. Entretanto, a "autoridade dos homens" não é suficiente para criar a obrigatoriedade das normas do direito natural, daí ser este uma criação de Deus.

Goyard Fabre ressalta que os "imperativos" oriundos da lei natural são éticos, mas têm segundo Pufendorf um grande "alcance jurídico". Hans Welzel (La Doctrina Giusnaturalistica di Samuel Pufendorf, 1993) escreve que a grande contribuição de Pufendorf para o futuro foi: a) "a idéia de dignidade humana... fundada na liberdade moral do homem"; b) igualdade e liberdade do homem fundamentada no Direito Natural; c) as "relações de poder" estão baseadas no "livre consentimento contratual dos governados", "a idéia de tolerância".

Segundo Fritz Valjavec (Historia de la Ilustracion en Occidente, 1969) a Ilustração ou Iluminismo se caracteriza pela "valorização expressa em uma nova forma de conceber o ser humano". O "homem é o centro do universo visível". Ele "é a origem da época burguesa". O humanismo é o precursor da Ilustração. Segundo J. R. Hale (Enciclopedia del Renacimiento Italiano, 1984) humanismo é uma palavra oriunda no século XIX: para descrever o programa de estudos e a forma em que se condicionou o pensamento" no final do século XV. Incluía textos latinos e gregos e o programa se preocupava com a "natureza do homem e seus atributos". O grande papel do humanismo é que ele atacou a escolástica e incrementou "a independência do homem moderno". Houve uma exaltação do humano. O mundo medieval se realizou e se desenvolve o individualismo. Kant escreve:

"O Iluminismo se define como a saída do homem do estado de menoridade onde ele se mantém por sua própria culpa. O estado de menoridade é a incapacidade de se servir do seu próprio entendimento sem ser dirigido por um outro... "Sacere

aude"! Tenha a coragem de se servir do seu próprio entendimento. Eis a divisa do Iluminismo".

Com Calvino o indivíduo é "o centro do mundo". No aspecto jurídico, o Iluminismo se caracteriza por um aspecto "racional" em relação ao Direito Natural e um outro "voluntarista em relação ao direito positivo".

As teorias contratualistas são extremamente diversas, o que torna difícil a sua classificação. Em sentido amplo são aquelas teorias que consideram "a origem da sociedade e o fundamento do poder político... em um contrato"; isto é, "um acordo tácito ou expresso entre os indivíduos e que teria terminado com o "estado da natureza" e dado "início ao estado social e político". Esta corrente de pensamento político existiu desde o início do século XVII até o final do século XVIII. Entre os seus representantes estão: J. Althusius, T. Hobbes, B. Spinoza, S. Pufendorf, J. Locke, J. J. Rousseau e I. Kant. Estas teorias tentam justificar o estado e o seu poder sobre os indivíduos. Pode-se lembrar que Hobbes tem sido considerado o primeiro jusnaturalista moderno que se preocupou com os limites da ação do governo em relação aos governados.

George H. Sabine (História de La Teoria Política, 1945) observa que "a idéia de que o governo se baseava em um pacto entre o governante e o povo era muito mais antiga que as modernas teorias de Direito Natural, já que estava implícita na relação entre um senhor feudal e seus vassalos".

No aspecto jurídico o contratualismo está ligado à idéia de Direito Natural.

Em resumo tem sido observado: a) são direitos que estão na natureza e são anteriores ao direito positivo e ao estado; b) são produtos da razão, têm aspecto abstrato; c) têm origem nas doutrinas contratualistas; d) querem assegurar a não interferência do poder público. O naturalismo é consequência da secularização. É uma volta à natureza. Como já se escreveu: a religião dava uma explicação transcendente e o naturalismo uma explicação imanente.

O direito subjetivo tem sido apontado também pelos doutrinadores como um dos fundamentos dos direitos humanos. A sua origem está em Occam que "argumentando sobre a pobreza franciscana e procurando a essência do direito de propriedade analisa... com precisão o direito como "liberdade", um poder..." (Michel Villey — Leçons d'Histoire de la Philosophie des Droit, 1962). Surge a idéia de um "poder individual".

Grotius é que vai dar um conceito moderno do direito subjetivo. O direito pode se visto como um "corpo de direitos" que se refere à pessoa. "Neste sentido um direito torna-se a qualidade moral de uma pessoa, fazendo possível que ele tenha ou faça alguma coisa legalmente". "Este direito se une à pessoa". Um direito legal ("facultas") é denominado pelos juristas de direito próprio de cada um.

311H. Pretendemos neste item fazer alguma divagação sobre os direitos humanos.

C. M. Vignes mostra que o direito à saúde para todos o limita para alguns. Se for adotada a universalidade, as doenças com grandes custos serão abandonadas. Salienta N. Bobbio que não se pode dar um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos e que muitas vezes são antinômicos. Assim o direito ao trabalho só vai fazer o seu aparecimento com a Revolução Industrial, e a sua concretização não é uma questão jurídica, as próprias constituições que o consagram não têm meios para efetivá-lo. Salienta ainda que o direito à instrução não decorre do estado de natureza.

Apenas a título de curiosidade pode-se falar no direito de morrer que para alguns é a-suprema liberdade (v. Claude Guillon e Ives Le Bonniec — Suicídio, modo de usar, 1984). Stefan Zweig, em sua novela "Amok", escrevia que "o único Direito do homem que resta ao indivíduo é o de morrer quando quiser... e ele poder fazê-lo sem a ajuda de ninguém". Já no século XVI Montaigne dizia: "a vida depende da vontade de outrem; a morte apenas da nossa. A reputação não se aplica a tal empreendimento: é loucura preocupar-se com isso. Viver é ser escravo, portanto, a liberdade de morrer é necessária". Para Gilas Lipovetsky (Le crépuscule du devoir, 1992), na era do pós-moderno o indivíduo é dono de si mesmo e o suicídio é uma autolibertação, sendo ele aceito como uma "tragédia íntima".

Uma outra corrente crítica o suicídio: a) para Durkheim viola a nossa moral e é uma covardia; b) para A. Comte o homem foge de suas obrigações com a sociedade; c) para Rousseau é um roubo ao gênero humano; d) para Kant o principal dever do homem é a conservação de si mesmo. Ainda a título de curiosidade é de se lembrar que Baudelaire queria incluir nos direitos do homem: o direito de ser contraditório e o direito de ir embora. Bernard-Henri Lévy propõe o direito de ter uma vida dupla esquizofrênica (Bernard-Henri Lévy — Les Aventures de la Liberté, 1991). Ou, ainda, o direito à eutanásia ou à "morte suave".

Escrevem Jean-Louis Baudoin e Danielle Blondeau (Éthique de la mort et droit à la mort, 1993) que "a liberdade de não sofrer a liberdade de morrer são a última apropriação pela pessoa humana de sua própria humanidade". Continuam os autores citados: "escapar ao sofrimento por uma morte auto-infligida pertence portanto de agora em diante ao domínio da pura liberdade individual". E ainda: "a sociedade deve reconhecer como um imperativo incontornável o respeito incondicional das decisões da pessoa doente".

Macpherson propõe que se considere "todos os direitos humanos como direitos individuais de propriedade". Lembra que Locke já falava em posse da própria vida, da liberdade e dos bens. Assim, observa o autor: "o direito de propriedade está tão profundamente arraigado na tradição liberal do

Ocidente, que nossa campanha está muito mais eficaz se passarmos a considerá-los como direitos individuais de propriedade...".

Uma grande questão é a da implementação dos direitos humanos.

Tenta-se realizá-la através de sistemas de relatórios, investigação e direito de interpretação. Trata-se de matéria de ordem pública, em consequência a aplicação dos tratados não leva em consideração o princípio da reciprocidade (Cançado Trindade). Os autores têm mencionado ainda a diferença entre proteção diplomática e proteção dos direitos humanos, vez que esta não exige o esgotamento dos recursos internos.

Alfred Dufour afirma que "a religião dos direitos do homem e o culto da identidade nacional" são os traços marcantes dos dias de hoje. Pode-se dizer que nesta afirmação está contida uma antinomia. Defende-se os direitos do homem, mas também se defende as culturas nacionais e, em consequência, aí sua diversidade. E surge a pergunta: o que fazer com culturas racistas, ou, ainda, com algumas culturas africanas que extirpam o clitóris das mulheres? Respeitá-las como culturas nacionais ou considerar tais fatos como violações dos direitos humanos? De um certo modo, filiamos-nos à posição de Cornélius Castoriadis (O Mundo Fragmentado. As Encruzilhadas do Labirinto, vol. III, 1992), cuja opinião merece ser reproduzida: "parar aí, todavia, seria ficar na esquizofrenia eufórica dos escoteiros intelectuais, das últimas décadas, os quais preconizam, ao mesmo tempo, os direitos humanos e a diferença radical das culturais, como proibindo todo julgamento de valor sobre outras culturas. Como podemos então julgar e eventualmente fazer oposição à cultura nazista, ou stalinista...? Não estamos diante de estruturas históricas diferentes, incomparáveis, e igualmente interessantes?". E propõe que toda a humanidade combata o racismo.

Por outro lado, Raymond Polin (La Création des Cultures, 1993), em quem nos fundamentaremos integralmente nas linhas que se seguem, observa que "não há uma humanidade, existem somente humanidades históricas". O homem só tem realidade em função da cultura de que participa. Não há hierarquia entre as culturas, e uma é irreduzível à outra. Considera que não há valores universais e, portanto, uma ordem internacional. A própria palavra humanidade surge na França no século XVIII e é uma "confusão entre uma realidade zoológica e a imaginação arbitrária".

O que se pode concluir sobre este tema é que a relação entre direitos do homem e diversidade cultural vai ser tormentosa durante um longo tempo, apesar de todos os meios de comunicação de massa, que visam unificar a humanidade no que ela tem de mais elementar. A. D'Amato pergunta se todas as culturas devem ser preservadas. Os ianomânis, que abusam de suas mulheres, praticam o infanticídio e atacam outras aldeias, são uma cultura a ser mantida?

A tendência atual, com origem no início da década de 1970, foi de fazer convergirem os direitos humanos e a proteção ao meio ambiente (Kiss).

Considero como mais um argumento em favor deste tema as palavras de Pérez Luño, de que no direito existem certos termos que são "patrimônio da linguagem comum que constituem uma espécie de moeda ideal com que se aprecia o valor das distintas concepções e realidades sociais"; direitos humanos são um destes termos.

É de se ressaltar que o Grupo latino-americano e do Caribe (GRULAC) e do Comitê Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), em 1991 ressaltou a "vinculação dos aspectos jurídicos em matéria de direitos humanos com os temas do desenvolvimento e democracia". A ONU tem também mencionado a necessidade do estado de direito. A tendência atual é a democracia liberal, e a própria convenção americana consagra as eleições livres, mas estas podem ser dominadas por algumas elites (Pierre Klein). Para Válticos "um regime democrático pode não ser suficiente para garantir os direitos do homem".

A liberalização do comércio internacional dificulta a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os denominados direitos programáticos têm relatividade e variedade dos modos de sua execução.

Com o fracasso do socialismo e a "vitória do capitalismo há um imperialismo da economia. Ela passou a ser o critério moral único.

Pode-se encerrar este item com uma citação de Cançado Trindade: "não há perder de vista que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção".

3111. A finalidade deste item é fazer uma apreciação crítica da Constituição Brasileira na sua posição em relação ao DIDH. O direito comparado será citado apenas a título de exemplo.

Na França os direitos humanos encontram-se protegidos pela inclusão das diferentes declarações no preâmbulo da Constituição. "As declarações têm um valor jurídico, um valor do direito positivo, mas elas devem ter logicamente um valor supraconstitucional". Esta tese se fundamenta no fato de que tais direitos são "direitos naturais". Já para uma outra corrente as declarações não são "verdadeiros textos jurídicos", mas simples enunciados de princípios muito vagos e têm apenas o "valor de inspirar o legislador". A doutrina sempre considera "que o Preâmbulo tinha valor de texto jurídico". O Conselho Constitucional considera que "o Preâmbulo se incorpora ao bloco da constitucionalidade e se impõe portanto como tal". Para o conselho Constitucional, o Preâmbulo "concretiza" os "princípios gerais do direito", que preexistem às disposições escritas, não havendo assim necessidade de todos os princípios contidos no preâmbulo constitucional. Na França os direitos fundamentais têm pri-

mazia em relação ao direito interno. O próprio direito comunitário, onde existem normas de direitos humanos, acaba por ser superior à Constituição. Esta em princípio é a mais alta "instância" pública, mas não há procedimento permitindo declarar a regra comunitária contrária à Constituição. Há uma presunção de que os tratados da comunidade têm uma constitucionalidade.

Em Portugal, o tratamento dos direitos humanos está muito mais avançado do que no Brasil. José Carlos Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1987) escreveu

"Os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante dos direitos portugueses, se constituem princípios de direito internacional geral (art. 8, n. 1 da Constituição) ou quando constem de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas (art. 8 n. 2). E, em qualquer dos casos são perflhados pela ordem jurídica portuguesa como o caráter de direitos fundamentais (art. 16, n. 1).

Ora, isto significa, para quem descortina em certas normas constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem princípios de direito internacional comum, que essas normas são diretamente aplicáveis enquanto tais no ordenamento jurídico português.

Por outro lado, e aqui já não haverá dúvidas significativas, vigoram também na ordem interna portuguesa os prescritos da convenção Européia de Direitos do Homem, dos Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre os Direitos Cívicos e Políticos e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e, em geral, de todos as Convenções ratificadas pelo Estado Português que constituem normas relativas a direitos fundamentais".

Na Holanda a questão é levada ainda mais longe, vez que a Corte Cassação "incorpora às vezes a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem". Esta acaba por ter um "aspecto legislativo", o que levaria a um "governo de juiz europeu".

Na Alemanha a jurisprudência do tribunal constitucional da Baviera é "que de modo mais decidido se afasta de um conceito da Constituição, puramente formal, ao incluir o próprio direito no suprapositivo na "Constituição"". Em decisão de 1950 afirma: "há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obriga o próprio legislador constitucional que viola os direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana". Houve na Lei Fundamental uma "positivação" do "direito supralegal". Escreve ainda Bachof:

“É certo que como Malmann acentua com exatidão, o próprio legislador da Lei Fundamental logrou “abraçar o céu”..., especialmente mediante os arts. 1, 8, 20, n. 3 e 25. incorporando valores metafísicos no sistema constitucional “válido”... no sentido de dotado de positividade”.

O Tribunal Constitucional da Alemanha considera os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional como uma “ordem de valores” que “serve para interpretar todo o ordenamento jurídico”.

Na Alemanha tem se entendido que as normas consideradas como fundamentais e que estão nos arts 1º a 20 da Constituição são suscetíveis de uma interpretação extensiva”.

A Constituição alemã só fala em direitos violados pelo Poder Público daí ter sido construída a teoria do “Drittwirkung”, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros.

A própria Corte Constitucional da Alemanha tem chamado a atenção para a cláusula do estado social e os alemães têm descrito o sistema como “economia social de mercado” (“social market economy”).

Por sua vez o art. 25 estabelece que “as regras gerais do direito internacional público fazem parte do direito federal” e se sobrepõem ao direito interno, criando “direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Ora, os tratados dos direitos humanos são “regras gerais do DIP” logo são obrigatórios.

A CJCE tem afirmado que o direito comunitário é uma nova ordem jurídica em que ocorre a limitação da soberania do estado.

Havendo, assim, “a existência de uma ordem constitucional superior à Constituição nacional e independente desta. E todo o direito nacional inclusive a Constituição tem que se submeter ao direito comunitário. A CJCE incorpora os direitos fundamentais na ordem comunitária através dos princípios gerais do direito e recorre ao direito nacional e ao DIP.

É importante assinalar, após estas poucas observações de D. Comparado realizadas acima, que seguindo ao Mestre do DIDH, Cançado Trindade, está hoje consagrada a “escolha ou o primado da norma mais favorável”, quando o direito estiver “garantido por dois ou mais instrumentos”.

Ou ainda de modo mais taxativo escreve o mesmo autor, que é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“Não mais há pretensão de primazia de um outro, como na polémica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela de norma direito internacional ou do direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seus protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. Merecedora da maior atenção, tem

curiosamente passado quase despercebida na doutrina contemporânea”.

Para Flávia Piovesan o § 2 do art. 5 da Constituição Federal dá aos tratados sobre os direitos humanos o “status” de norma constitucional. Aproveitamos para abrir um parêntese e fazer menção ao D. Comparado. A convenção europeia não é incorporada ao direito interno (Islândia, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Suécia). Em virtude de disposições constitucionais teve incorporação direta na Bélgica, Países Baixos, Espanha e Bulgária. Ou foi incorporada por lei interna em Malta, Finlândia e Dinamarca. Na Holanda a sua posição é supraconstitucional; na Áustria é constitucional, mas suprallegal. Na Alemanha, Turquia e Finlândia tem nível legal (Frederic Sudre). Fechando o parêntese confesso que o DI para mim é supraconstitucional. É preciso que o D. Interno o respeite e só assim haverá uma ampla proteção do homem contra o seu próprio estado e grupos econômicos poderosos.

No Brasil a situação é caótica. A grande maioria dos direitos sociais enumerados no art. 7º são considerados normas programáticas e aguardam regulamentação. As normas internacionais não estão previstas na constituição, não havendo assim qualquer orientação para a jurisprudência. Os nossos tribunais são em matéria de DIP absolutamente “leigos” como os juristas brasileiros, com raras exceções, não sabem se utilizar do DIP. A última decisão do Supremo Tribunal Federal que “parece” ser ainda o seu “leading case” em que afirma uma lei mais recente revoga um tratado anterior. O § 2 não leva em consideração a natureza especial das normas internacionais e que estes versam também os direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado no Capítulo II não figura o direito à alimentação, à habitação, etc. É um texto da década de 20 transposto para o final do século XX

Uma novidade:

“Art. 7

XXVII — proteção em face da autuação na forma da lei”.

Não é necessário dizer que este dispositivo é “letra-morta” e nunca foi aplicado. O próprio direito ao trabalho estabelecido no art. 6º também não é respeitado. Logo o que se entende é que os Poderes da República consideram que só há aplicação imediata ao que figura no art. 5º.

E mesmo em relação a este artigo o §2º não é aplicado, vez que os textos internacionais dos direitos humanos proíbem a prisão em virtude de não cumprimento de obrigação civil, e o inciso LXVII admite a prisão civil por não cumprimento da “obrigação alimentícia” e do “depositário infiel”. Até agora os tribunais têm se recusado a aplicarem as convenções.

Há jurisprudência do STF no sentido de considerar o tratado inconstitucional quando ele viola a Constituição Federal.

Na verdade. Os tratados internacionais em grande parte dos casos não são aplicados pelos tribunais devido à ausência de implementação, como os textos internacionais que definem o crime de tortura, mas o Brasil não estabeleceu a pena. O mesmo ocorre com as infrações do DI Humanitário.

A nossa posição se aproxima da defendida na Alemanha e em Portugal de que os direitos humanos formam uma ordem supralegal, ou mais precisamente da Holanda de que é uma ordem de valores supraconstitucional. Não é preciso apelar para o direito natural, acreditamos que se fosse adotada a posição da Holanda chegaremos ao mesmo fim. A própria Constituição estabelece como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e nas relações internacionais o Brasil adota como princípios a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4, II). Haberle, nas palavras de Garcia de Enterría, defende:

“O substancial dos valores constitucionais seria definir um espaço aberto que faça possível o jogo das possíveis alternativas que permite a qualquer idéia ou tendência a oportunidade de chegar a ser majoritária. Seria a expressão de um “pensamento de possibilidades” de um “pensamento de alternativas”, que deixe sempre aberto o que Bloch chamou “o princípio esperança” e evite a petrificação de uma situação dada. Os direitos fundamentais seriam os mananciais e os veículos de inovações e das alternativas. O essencial da Constituição não seria uma certa concepção do homem, mas construir a vida social e política como uma procura indefinidamente aberta, este haveria de ser, portanto, o critério interpretativo fundamental”.

Para Hebert Kruger, na Alemanha, “os direitos fundamentais só valem no âmbito da lei”, atualmente “as leis só valem no âmbito dos direitos humanos”.

Uma outra questão da mais alta relevância é a versada no art. 7º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, que estabelece:

“O Brasil propugnar pela formação de um tribunal dos direitos humanos”.

O dispositivo é inteiramente inútil, vez que no ano de 1988 já existia a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A única interpretação válida para não se denunciar a constituinte de “ignorante” é se admitir que ela raciocinasse em termos de tribunal universal, o que consideramos uma utopia.

Não há dúvida de que a norma acima entra na categoria das denominadas “normas programáticas” e existe uma espécie de consenso de que tais normas só produzem efeitos ao serem regulamentadas pelo legislador,

mas mesmo na ausência da mencionada regulamentação não se pode elaborar lei que viole a norma constitucional. Contudo, o Brasil ao ratificar a convenção americana de direitos humanos não manifestou a sua vontade no sentido de aceitar a jurisdição da Corte Interamericana. Só veio a aceitar a jurisdição da citada Corte em setembro de 1998.

✓ 311J. No D. Constitucional de diferentes estados os denominados direitos fundamentais têm uma enumeração exemplificativa que permite o aparecimento de novos direitos denominados de “atípicos” (Jorge Bacelar Gouveia), ou “direitos fundamentais constitucionais” e “direitos fundamentais sem assento constitucional” (J. J. Gomes Castilho), ou direitos fundamentais em “sentido natural” e não em “sentido formal” (Jorge Miranda), ou ainda “direitos extraconstitucionais” (José Carlos Vieira de Andrade). Tais direitos são aqueles que não estão “constitucionalmente registrados através de sua especificação”. Eles permitem que “o sistema... fique menos incompleto”. A outra função é a adequação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição à realidade. Na Itália a jurisprudência e a doutrina consagram inúmeros direitos fundamentais atípicos: direito à imagem, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito à identidade sexual, etc. Na Alemanha se reconhecem: a garantia do juiz legal, o direito de acesso à função pública, etc. Na França: a liberdade de imprensa, a gratuidade de circulação na via pública, etc. Bacelar Correia ao analisar o Brasil afirma:

“A indicação dos direitos fundamentais atípicos dada a juventude da CB, ainda não tem sido trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência”.

Cita o jurista português a Pinto Ferreira que fala na presunção “juris tantum” de inocência que o acusado pode invocar no processo criminal.

A admissão dos “direitos fundamentais atípicos” mostra como os Direitos Humanos constituem matéria em construção.

✕ 311K. Os direitos humanos têm sido classificados por vários autores em gerações. A 1ª geração unia a de direitos civis e políticos, a 2ª de direitos econômicos, sociais e culturais e a 3ª geração dos direitos com “vocação comunitária” (Gross Espiell), ou direitos de solidariedade (esta denominação parece ser de Karel Vasak), ou ainda novos direitos humanos. A grande característica deles é serem “individuais e coletivos”. Integram tais direitos a “autodeterminação”, “a paz”, ao desenvolvimento e a um “meio ambiente adequado”. Os direitos da 3ª geração começaram a serem defendidos na década de 90.

As denominações acima não são sempre corretas, por exemplo, a solidariedade existe igualmente em outros direitos humanos de 4ª geração que são o resultado da globalização como o direito à democracia e o direito à informação.

Para Perez Luño da 3ª geração são o resultado da "poluição das liberdades" devido às novas tecnologias e à importância do direito ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Falar em gerações conduz a equívocos, porque o DIP nesta matéria apresenta uma peculiaridade: é que aqui a 1ª geração é dos direitos sociais, com a criação da OIT em 1919, enquanto no D. Interno fazem parte da 2ª geração, que é precedida pela primeira integrada pelos direitos civis e políticos. Cançado Trindade que tem em inúmeras palestras e conferências combatido esta divisão dos direitos humanos em gerações além da crítica já citada acrescenta que há um risco de dar-se maior predomínio nos direitos humanos de uma geração mais recente. Na verdade, repetimos, os direitos humanos são indivisíveis.

Delmas-Marty salienta que há direitos inclassificáveis como o direito ao trabalho que é um direito social, mas também faz parte das liberdades públicas. O direito à propriedade é um direito econômico e civil ao mesmo tempo. A Corte Européia de Direitos Humanos afirma que não há uma divisão entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais. Afirmar que os direitos humanos são indivisíveis significa que são complementares e devem ser compatíveis.

X 311L. As normas internacionais de direitos humanos criam uma restrição à soberania no seu sentido tradicional. Acreditamos que devido a sua natureza especial as normas do DIDH se sobrepõem ao D. Interno, inclusive às normas constitucionais. Algo semelhante ao que ocorre com o direito comunitário na Comunidade Européia. Na verdade, quando se afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma norma costumeira ou um princípio geral do direito, ela já se sobrepõe à própria Constituição do estado. No caso das cláusulas pétreas das convenções de direitos humanos é que o conflito entre norma interna e internacional surge de um modo mais agudo, vez que elas são aplicadas em períodos de exceção na vida estatal e este reivindica, nestes momentos, acima de tudo, a sua soberania. Eles são deste ponto de vista uma restrição à soberania mesmo nos momentos mais graves da vida estatal. Do outro ponto de vista os dispositivos que não estão incluídos na "cláusula pétreia" podem ser considerados como uma concessão que o DIDH fez à soberania do estado. Ela seria uma "cláusula escapatória" que permite suspensão das aplicações dos tratados com exceção dela própria: a cláusula pétreia, que consagra apenas alguns dos direitos humanos contidos nas convenções internacionais.

A importância da citada cláusula no tema estudado neste trabalho é que os conflitos armados fazem com que os estados declarem a suspensão de inúmeros direitos e garantias individuais. Entretanto, as coletividades estatais terão uma limitação: a cláusula pétreia.

No caso que agora estudamos trata-se de uma "exceção" e existem como já escrevemos duas maneiras de se considerar o tema. Um modo é

o da restrição à soberania estatal que fica obrigada a respeitar alguns direitos. Tal obrigatoriedade a nosso ver decorre do fato dos direitos humanos integrarem o "jus cogens", ou seja, as normas imperativas da ordem jurídica internacional, cuja existência foi reconhecida na Convenção de Viena sobre D. dos Tratados (1969).

Há quem alegue que o "jus cogens" faz parte apenas do D. dos Tratados e não existe em relação aos direitos humanos. Considero que o "jus cogens" pode abranger os mais diferentes setores do DIP.

Por outro lado, os direitos humanos estão consagrados em tratados.

Não se pode alegar que o "jus cogens" só atinge o aspecto formal do tratado, vez que seria um contra-senso, porque toda norma convencional formal tem um conteúdo material.

O outro modo de se estudar a cláusula pétreia é porque ela admite o não cumprimento de vários direitos humanos, consagrando apenas a obrigatoriedade de alguns. Parece-nos que neste caso se pode alegar o estado de necessidade. Este não é nenhuma novidade no DIP, sendo que a partir do Renascimento a noção de "necessitas" se desenvolve paralelamente à idéia de soberania. A "necessitas" está ligada à idéia de conservação do estado. No século XIX e no início do século XX a doutrina alemã (Heffter e Kohler) defende o estado de necessidade que autoriza o estado a proteger a sua conservação "através da violação dos direitos de outros sujeitos". Entretanto, esta teoria foi levada a extremos e serviu para justificar a violação da neutralidade permanente da Bélgica pela Alemanha na 1ª Guerra Mundial. O "estado de necessidade" passa a ter uma péssima fama no Direito Internacional e é por ele rejeitado com fundamento nos seguintes argumentos: a) ele só seria utilizado pelo mais forte; b) não existe no DI como no D. Penal um tribunal para declarar a sua legitimidade ou não; c) um estado para defender a sua conservação acabaria violando igual direito de outro estado. Todavia, o estado de necessidade acabou por penetrar no Direito Internacional, como no direito de guerra, bem como em alguns casos da jurisprudência internacional.

Três posições têm sido adotadas pela doutrina: a) ele é um direito subjetivo do estado com fundamento no direito de conservação; b) ele exclui ou limita a responsabilidade do estado; c) ele é uma circunstância que exclui a idéia de ilicitude. Esta última posição é a que se aproxima da Comissão de Direito Internacional que vem há longos anos estudando a responsabilidade dos estados.

Gostaríamos de formular uma observação que o estado de necessidade tem sido sempre invocado em uma relação de estado a estado, que é uma das características do instituto da responsabilidade internacional do estado. A nossa dúvida seria a de saber se ele pode ser aplicado aos direitos do homem. Os tratados que consagram tais direitos são concluídos entre estados, mas a nosso ver eles geram efeitos imediata e diretamente para os seres humanos. Não se pode negar que eles protegem também obriga-

ções entre estados, como mostram os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, contudo os primeiros direitos e deveres são entre estados e indivíduos.

Têm sido apontados como casos de admissão do estado de necessidade: a) art. 15, parágrafo 1º da Convenção europeia de direitos humanos de 1950; b) art. 4º, parágrafo 1º do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos (ONU-1966) e c) art. 27, parágrafo 1º da Convenção americana de direitos do homem.

O art. 15 § 1º da convenção europeia estabelece:

“Em caso de guerra ou em caso de perigo público ameaçando a vida da nação, qualquer Alta Parte contratante pode tomar medidas derogando as obrigações previstas pela presente convenção, na medida estrita que a situação exige e com a condição de que estas medidas não estejam em contradição com outras obrigações decorrentes do direito internacional”.

O citado artigo tenta ainda estabelecer um certo controle internacional ao obrigar os estados a informar o uso do direito de derrogação ao Secretário Geral do Conselho da Europa justificando a medida tomada.

Este dispositivo foi incluído na convenção por iniciativa da Grã-Bretanha. A Grécia e a Bélgica aprovaram esta medida salientando o caso da existência de uma guerra civil. Ele foi utilizado pela Grécia, Irlanda, Grã-Bretanha, Turquia e a França que a utilizou em 1985 na Nova Caledônia. A comissão Europeia de Direitos Humanos aprecia diferentes casos e alguns princípios podem ser apontados. Ela se considera competente para apreciar atos de governos revolucionários. O art. 15 não tem efeito retroativo. Na verdade, os casos submetidos à Comissão foram poucos e vários solucionados amigavelmente. Tavernier assinala que considera o art. 15 como “cláusula de necessidade”; isto é, da “teoria do estado de necessidade”. Observa o jurista francês que é curioso o art. 15 falar em guerra que está “fora da lei” desde a Carta da ONU. Tem sido observado que neste contexto ela é um “conflito armado interestatal apresentando uma certa intensidade”. A Corte Europeia por sua vez tem considerado que o “perigo público” não precisa abranger todo o território estatal. Tavernier conclui que há o risco da Comissão e da Corte agirem timidamente e homologarem os atos dos estados. Afirma que é mais do que um “estado de necessidade”, mas uma verdadeira cláusula de salvaguarda, que deve permitir conservar o essencial da Convenção, durante o período em que ela é aplicada.... É neste sentido que ele tem uma utilidade para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos repete de um certo modo os dispositivos acima ao falar “em restrições excepcionais, que ameacem a existência da nação”.

Pode-se observar que o referido Pacto não usa a palavra “guerra”, já que a ONU condena a esta. Entretanto, ela apresenta uma redação mais acurada ao exigir que a “ameaça” “tenha sido proclamada oficialmente”, bem como ao proibir qualquer discriminação fundamentada em “raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”.

A convenção americana sobre direitos humanos estatui:

“Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado-Parte esta poderá adotar disposições, que na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, suspendem as obrigações constituídas em virtude desta convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social”.

Determina ainda que a suspensão com os motivos que a justificam seja comunicada ao Secretário Geral da OEA.

A observação que se pode fazer é que os dispositivos acima visam a atender a soberania dos estados e que eles são os únicos juizes do que seja, por exemplo, um “perigo público”, “segurança do Estado”, etc. É preciso ser realista e o Direito Internacional lida com estados extremamente ciosos de sua soberania.

A doutrina tem criticado a América Latina por ter inúmeras vezes declarado “perigo público” ou “emergência” sem qualquer “justificação objetiva”. Na verdade, a emergência já deve existir ou ser iminente, isto é, não se admite estado de emergência preventivo.

Os estados têm considerado estado de emergência em todo o seu território, mesmo quando ele existe em apenas uma pequena área. É algo condenável, mas que tem sido aceita a prática internacional.

A prova de existência de um estado de emergência cabe ao estado e não ao indivíduo que reclama da violação dos direitos humanos.

A emergência pode ser declarada em caso de conflito armado internacional, conflito armado interno, distúrbio da ordem pública, rebelião, etc. Contudo, ela é sempre temporária. Logo, não há “estado de emergência permanente”. É o denominado princípio de ameaça excepcional.

Entretanto, existem normas de “jus cogens” nos direitos humanos que nem nas “situações extremas” podem ser suspensas.

A Convenção europeia de 1950 consagrou como direitos inderrogáveis: direito à vida (excluindo as mortes ocasionadas por “atos lícitos de guerra”), a proibição da tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante, a proibição do trabalho forçado ou obrigatório (excluindo-se o das pessoas submetidas à detenção, caso de calamidade, ou ainda, obrigação cívica

normal e a aplicação do princípio "nullum crimen sine lege"). O pacto de Direitos Civis e Políticos proíbe a suspensão do direito à vida (reconhece, entretanto, a pena de morte para delitos graves e aos maiores de 18 anos); a interdição de tortura, a proibição de escravidão; ninguém será preso por não cumprir uma obrigação contratual; o princípio "nullum crimen, nulla poena sine lege", o reconhecimento da personalidade jurídica ao homem, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. A convenção americana apresenta, como não podendo ser suspensos, os seguintes direitos humanos: a) o direito de reconhecimento da personalidade jurídica; b) direito à vida; c) direito à integridade pessoal; d) proibição da escravidão; e) princípio da legalidade e não retroatividade; f) liberdade de consciência e religião; g) proteção da família; h) direito ao nome; i) direito da criança; j) direito à nacionalidade; l) direitos políticos. E acrescenta "nem as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos podem ser suspensas".

É de ser mencionado que inúmeras convenções relativas aos direitos humanos não contêm a "cláusula escapatória", que permite em determinadas situações a suspensão dos direitos humanos: Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966); convenção para a repressão à tortura e a outras penas ou tratamentos cruéis desumanos ou degradantes (ONU — 1984), convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU — 1966); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), etc.

Dentro do DI podemos citar uma verdadeira exceção no âmbito do Direito Internacional Humanitário. Esta se caracteriza por ter suas normas como inderrogáveis, integrando as suas normas o "jus cogens". Os direitos aí estabelecidos são irrenunciáveis. A exceção está na convenção sobre a proteção dos civis em tempo de guerra (Genebra — 1949):

"Art. 49

.....o Estado ocupante poderá proceder à evacuação total ou parcial de uma região ocupada determinada, se a segurança da população ou razões militares imperiosas o exigirem".

Há aqui o predomínio do princípio da necessidade militar, ou ainda, o reconhecimento do estado de necessidade.

É de se salientar que a não "suspensão" de normas no D. I Humanitário decorre do fato de ela ser elaborada exatamente para ser aplicada em "situações extremas".

Após termos exposto acima o princípio da ameaça excepcional vamos expor as demais com fundamento na excelente obra de Jaime Oráa.

O segundo princípio é que o estado de emergência seja proclamado oficialmente, estando isto incluído no Pacto da ONU por iniciativa da França. A declaração deverá ser realizada pelos órgãos políticos (Legislativo

e Executivo) e apenas eles. Não se admite a participação do judiciário, porque se verifica que ele é muito "vulnerável" em tempos de crise. A doutrina tem tido preferência pelo Poder Legislativo que é mais suscetível à opinião pública. Os órgãos internacionais não são rígidos na apreciação da existência ou não do estado de emergência e é deixado aos estados uma "margem de apreciação ou avaliação "appreciation")", que é flexível e adaptado às circunstâncias políticas. A comissão Interamericana de Direitos Humanos tem considerado que em inúmeros casos em que o estado de emergência é declarado não há justificação para ele. A noção de margem judiciária de interpretação é usada no direito interno quando o ramo do direito é pouco desenvolvido como no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. A Corte de Estrasburgo considera que ela não deve substituir os tribunais internos. O princípio da dupla competência (juiz interno e internacional) repousa na noção de margem judiciária.

O terceiro princípio é o da notificação, vez que o "estado de emergência" tem que ser comunicado aos demais Estados-partes no tratado, com as medidas que foram tomadas. Há assim um dever de notificar, mas também um dever de prestar informações. A notificação deve ser realizada em "prazo razoável" quanto às medidas que forem adotadas e a justificação para a adoção de tais medidas. Posteriormente, deve também ser comunicada a data do término do "estado de emergência".

O quarto princípio é a "não derogabilidade dos direitos fundamentais"; são as denominadas "cláusulas pétreas" que expusemos acima. Entretanto, alguns estados têm apresentado reserva ao ratificarem, por exemplo, o pacto das NU, da parte referente a tais cláusulas. É o que fez Trinidad-Tobago em 1986. Concordamos com J. Oráa que a importância deste princípio é tão grande que não se deveria admitir reserva. Contudo, a própria Alemanha ainda em relação ao citado Pacto faz reserva no sentido de admitir a retroatividade da lei penal.

O quinto princípio é o da proporcionalidade que tem adquirido uma grande importância e que está vinculado à noção de "razoabilidade". Nas comunidades européias "a proporcionalidade se apreende portanto através da necessidade e adaptação da medida aos fins perseguidos". A jurisprudência tem considerado que "o princípio é respeitado se os encargos impostos aos destinatários das regras não ultrapassam o que é necessário para atingir os objetivos previstos pelos tratados".

Este princípio, segundo Daniel Sarmento, tem três subprincípios: a) da adequação "que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador"; b) da necessidade "que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos ao atingimento de determinados fins, opta sempre pelo menos gravoso"; c) da proporcionalidade em sentido estrito "que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos de norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários". Ou ainda, os elementos ou subprincípios do princípio da proporcionalidade

são: a) adequação de meios; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito (é a relação custo-benefício). Este princípio é a proibição do excesso. Estas são as opiniões de Paulo Armínio Tavares Buechele). Este princípio surgiu no D. Administrativo, mas acabou por ser aplicado na Alemanha para a defesa dos direitos fundamentais. A Corte Constitucional da Alemanha em 1991 afirma:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando em seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira mais sensível o direito fundamental”.

A violação deste princípio acarreta a inconstitucionalidade da lei. A constituição de Portugal de 1976 o consagra expressamente no art. 18. Tem sido observado que visa a “evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.”

Feita esta introdução, voltamos a Jaime Oráa, que considera o princípio da proporcionalidade como princípio geral do DI aplicando nas represálias, legítima defesa, a delimitação da plataforma continental e que atualmente é também utilizado no direito humanitário. Para o internacionalista espanhol ele é aplicado atualmente nos direitos humanos. Ele está nos três tratados de direitos humanos e significa que a proteção a tais direitos só pode ser derrogada no limite “estrito” que seja necessário pelo estado de emergência.

O sexto princípio é o da não discriminação, isto é, a derrogação não pode ser discriminatória em relação a sexo, cor, religião, etc. Entretanto, nada impede que as medidas atinjam apenas determinados grupos, mas não por razão de discriminação. Tal fato pode ocorrer, por exemplo, por necessidade militar.

O sétimo e último princípio é o da coerência (“consistency”), isto é, as medidas do estado de emergência não podem violar outras obrigações internacionais do estado. Assim, elas não podem violar as normas do DIDH, como o “tratamento humano consagrado nos textos internacionais, ou ainda, a título de exemplo, as salvaguardas da IV Convenção de Genebra sobre a garantia dos civis detidos”.

✕ 311M. Este item é essencialmente calcado no excelente e único estudo publicado no Brasil sobre a interpretação dos tratados de direitos humanos de autoria de Cançado Trindade.

Os tratados de direitos humanos não são interpretados restritivamente como se faz com os demais tratados, porque estes últimos são vistos como restringindo a soberania.

Não se pode invocar qualquer dispositivo de direito interno para não se aplicar o tratado.

Os tratados de direitos humanos não visam “concessões recíprocas”, mas proteger o ser humano.

Continuando a seguir a Cançado Trindade, os tratados de direitos humanos têm normas próprias de interpretação. Os preâmbulos contêm “importantes elementos a serem necessariamente tomados em conta”.

A Corte Européia de Direitos Humanos considerou que a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos era incompatível com a proteção da vida familiar. Os termos têm uma interpretação própria. Assim “lei” não deve ser vista apenas pelo ângulo da legalidade, mas também da legitimidade (órgão legislativo democraticamente eleito que visa ao bem comum). A palavra tortura tem o sentido que a ordem internacional lhe dá e não o direito interno.

Não se pode invocar “circunstâncias excepcionais” em prejuízo dos direitos humanos.

Aplica-se a norma mais favorável às vítimas. As próprias “soluções amistosas” devem respeitar os direitos humanos. As próprias cláusulas que limitam os direitos humanos não são interpretadas restritivamente para diminuir os direitos humanos, isto é, a interpretação deve ser realizada de modo a atingir o menos possível os direitos humanos.

A interpretação dos tratados de direitos humanos é “dinâmica”.

Não se admite “limitações implícitas” “aos direitos humanos”.

Qualquer discriminação tem que ter “propósito legítimo, ou uma justificativa objetiva e razoável”. Os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser estudados sobre a ótica da não discriminação.

Como todo este item, continuo seguindo a Cançado Trindade que afirma ter a doutrina “margem de apreciação” sido desenvolvida na Corte Européia partindo-se do raciocínio que os órgãos dos estados teriam melhor conhecimento para atender às decisões dos órgãos de proteção e implementar os seus efeitos. Entretanto, afirma Cançado Trindade que isto só ocorre em um verdadeiro “estado de direito”. Esta doutrina não é aceita no continente americano. Tal doutrina é um “corolário do princípio da subsidiariedade”, que é adotado nas Comunidades Européias.

Os tratados de direitos humanos vinculam a todos os órgãos do estado e não apenas os governos.

Como sempre seguindo Cançado Trindade, tem-se falado em “sistema colegial” para a aceitação das reservas. Assim na convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial adota-se a regra dos 2/3.

A Corte Européia registra inúmeros casos de execução de suas sentenças pelos estados. Há aí a supervisão do Comitê de Ministros. No continente americano não existe este órgão político, mas elas também têm sido cumpridas.

Cançado Trindade com toda razão vincula os direitos humanos à democracia.

Vamos ainda acrescentar a este item a questão das reservas apresentadas em tratados de direitos humanos: Cohen Jonathan afirma que a declaração

de não validade de uma reserva resulta de uma decisão judiciária e existem três concepções sobre a matéria: a) o Estado não seria parte do tratado; b) o Estado continua vinculando ao tratado e se faz "abstração" da reserva. É a posição da Comissão Européia de direitos humanos; c) o Estado faz parte do tratado, mas se exclui o artigo objeto da reserva. Pode-se acrescentar ainda que os Pactos da ONU não admitem reserva, mas a convenção americana admite.

Pode-se acrescentar que as reservas não podem ser gerais, mas devem visar a uma disposição particular. Quando se redigiu a convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) pensava-se em fazer um regime especial para os tratados de direitos humanos, mas não foi possível. As objeções às reservas são geralmente motivadas.

As reservas têm que respeitar o objetivo e o fim dos tratados. Há uma luta pela integridade do direito dos tratados. Há na Comissão Européia um controle das reservas e se eles são rejeitados o tratado continua a vigorar.

Segundo a Frederic Sudre é preciso verificar se, na convenção os estados "reconhecem" direitos ou se "comprometem" a respeitar.

É preciso constatar se o dispositivo convencional é preciso e não necessita complementação. Na convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança os estados se comprometem a tomar as medidas necessárias. Assim sendo, ela não pode ser invocada nos tribunais.

A Comissão Européia dispensa o esgotamento dos recursos internos se estes são inúteis, porque existe, por exemplo, uma pretensão derogando a reivindicação do indivíduo. A regra do esgotamento passou a ter efeito "boomerang", vez que com a interpretação acima passou a facilitar os recursos à Comissão e não protege a soberania do estado.

A jurisprudência européia considera que há "conceitos autônomos" que não estão vinculados aos direitos nacionais. Eles têm um "sentido europeu", como "acusação em matéria penal" e "direitos e obrigações de caráter civil".

A Corte a partir de 1993 passou a condenar o Estado que mantém disposições legislativas condenadas pela Corte em outro estado.

Ainda de Sudre vem a seguinte frase: a convenção européia está colaborando para a "europeização" do direito interno.

Segundo (Cohen-Jonathan) já existe "uma obrigação internacional" de se respeitar os direitos humanos, autoriza os demais Estados a "reclamarem" do que viola. Salienta que o método de interpretação deve ser "finalista e progressivo", isto é, deve visar a dignidade e liberdade humanas. Lembra o internacionalista francês que na Europa pode existir uma violação da convenção mesmo quando aquela não acarreta prejuízo. Cita em favor desta posição a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem, que considera uma violação virtual da convenção de direitos humanos como sendo suficiente para dar origem a um recurso junto à

citada Corte. No nosso continente a Corte Interamericana de Direitos do Homem, no "caso Velasquez", afirma que um ato pode ser imputado a um Estado mesmo quando praticado por particular ou autor não identificado quando houver falta de diligência do Estado. Salienta o internacionalista francês que o Instituto de DI, em 1989, considerou que há uma obrigação dos Estados de respeitarem os direitos humanos. Há um fundamento costumeiro "neste sentido: escravidão, discriminação racial, genocídio, etc. O citado Instituto considera que o respeito aos direitos do homem é uma obrigação "erga omnes". O Estado não pode alegar que esta matéria pertence ao seu domínio reservado. Thomas Mertens considera que os direitos do homem só se imporão se for vencido o princípio de não intervenção.

Caçado Trindade, o maior especialista brasileiro nesta matéria, afirma que a tendência atual é de se aplicar a norma mais benéfica ao homem, seja interna ou internacional.

A tendência é de se interpretar os direitos humanos de modo que eles sejam efetivamente aplicados.

Nos tratados de direitos humanos em matéria de sucessão de estados ocorre uma sucessão automática. Esta é a posição das organizações internacionais. Entretanto, os estados sucessores não têm uma posição uniforme: Croácia e Eslováquia notificaram ao Secretário Geral da ONU de que eles continuavam partes dos tratados de direitos humanos. As Repúblicas do Cáucaso deram adesão aos tratados de direitos humanos.

311N. Atualmente está surgindo a necessidade do que se denominou de compatibilização dos tratados de direitos humanos. Assim a convenção da OIT proíbe trabalho noturno para mulheres. A CJCE (1991) afirmou que isto violava a igualdade entre os sexos. Os membros da União Européia denunciaram a convenção da OIT.

Na Dinamarca um tribunal condenou um jornalista por injúrias racistas. Em 1994 a Corte Européia de Direitos do Homem afirmou que a condenação violava a liberdade de expressão. Contudo, a Dinamarca era parte na convenção de 1965 para a eliminação de todas as formas de discriminação racial que obriga o estado a prevenir toda propaganda de discriminação racial. Como já disse a Corte Suprema dos EUA a liberdade de expressão existe para as idéias que chocam ou inquietam a população. A Corte Européia de Direitos Humanos afirma a mesma coisa. Ela procura compatibilizar as liberdades.

Não há uma unificação dos direitos humanos.

Vamos agora iniciar o estudo de algumas das antinomias existentes entre os Direitos Humanos e as relações internacionais atualmente.

O primeiro impasse que merece ser mencionado é o da globalização versus os direitos econômicos e sociais. A integração econômica internacional realizada pelas grandes empresas tem sido denominada de globalização. O neoliberalismo é o sistema dominante nas relações internacionais.

O livre mercado passou a ser a marca característica do neocapitalismo. Ele só se instala definitivamente após o desmoronamento da URSS em 1991, apesar de sua origem estar, em 1944, com Hayek, que visava atingir o Partido Trabalhista da Inglaterra, vez que haveria eleições em 1945. Fazia a defesa do mercado. Esta posição fica "na teoria por mais ou menos 20 anos". Na década de 70 ainda se aplicava Keynes nas crises econômicas. O neoliberalismo começa a ser aplicado na década de 80.

A denominada "razão instrumental" levou a criação do capitalismo e ao que Weber denominou de "desencantamento do mundo" vez que o "espírito do capitalismo" é um "espírito de racionalização". O mundo perdeu a sua magia.

Um dos melhores estudos sobre esta matéria é o de Polanyi, que observa estar a economia de mercado definitivamente instalada no século XIX, algo novo, porque ela pressupõe que o mercado é auto-regulador. Afirma: "auto-regulamentação significa que toda produção é para ser vendida no mercado e que toda renda deriva de tal venda". Esta prática acarretou que a sociedade se dividisse em uma "esfera econômica e política". Tal divisão não existia na vida tribal, nem no feudalismo e nem no período histórico do mercantilismo. Tudo se transforma em mercadoria. A economia de mercado é artificial. Escreve que o "trabalho é usado por seres humanos, desde que não sejam empregadores, mas empregados; em consequência a organização do trabalho teve que ser alterada justamente com o sistema de mercado. Entretanto, como a organização do trabalho é somente outra palavra para as formas de vida do povo comum, isto significa que o desenvolvimento do sistema do mercado seria acompanhado por uma mudança na organização da própria sociedade. E completamente, a sociedade humana tornou-se um acessório do sistema econômico". E mais adiante salienta que até 1834 não havia na Inglaterra sido "estabelecido um mercado competitivo de trabalho" daí não se poder afirmar que antes desta data tenha havido um "capitalismo industrial como um sistema social". Ou ainda: "separar o trabalho de outras atividades da vida e submetê-lo a leis de mercado visaram a aniquilar todas as formas orgânicas de existência e substituí-las por um tipo diferente de organização atomizada e individualista. Daí se aplicar o princípio da liberdade de contratar".

Na década de 80 surge o neoliberalismo com Margaret Thatcher (assumiu o cargo de 1º Ministro em 1979) e Ronald Reagan (sobe à presidência dos EUA em 1981). Esta é considerada por todos os autores a década perdida na América Latina. O mercado é a "lei" definitiva. Entretanto, o neoliberalismo se esquece que só há liberdade quando não existe miséria. Esta gera a necessidade que não pode esperar, porque ela mata, colocando o homem no nada. A liberdade tem sido luxo para uma pequena minoria e o mesmo tem ocorrido no plano internacional. Não se pode defender igualdade entre pessoas ou estados que têm condições de partida diferentes para a maratona de sua existência. O livre mercado é benéfico para os

estados poderosos nas relações internacionais e para os ricos no âmbito interno dos estados. Cada vez menor número de empresas controla a economia do estado. Há uma concentração de riqueza na maior parte do mundo. Por outro lado, a economia está cartelizada.

Em inúmeros setores a livre concorrência é apenas uma farsa. O neocapitalismo acarreta imenso desemprego mesmo nos países ricos, bem como de tempo parcial. O livre mercado só visa ao lucro e o aspecto social é abandonado.

O neocapitalismo vai gerar a globalização realizada pelas grandes empresas, que transformaram os estados em seus reféns. Ela "não é um fato acabado, mas um processo em marcha".

Wallerstein chama a atenção para o fato de que "as múltiplas tensões terão como primeira vítima a legitimidade das estruturas estatais e conseqüentemente a manutenção da ordem". A globalização tenta criar uma cultura global, para legitimá-la que acaba por eliminar a distinção entre cultura-elite e cultura-massa.

Há uma "massificação da cultura massa que passa a ser a única existente".

A cultura é a da violência, havendo um forte apelo de volta ao irracional. A própria elite adotou o lado cretino da cultura de massa.

Lash denuncia a violência, o encolhimento da classe média, etc. e que mesmo nos EUA a classe privilegiada nunca esteve tão isolada dos seus "arredores". Continua o historiador americano assinalando que as "lealdades locais e regionais diminuíram, porque tudo como o capital deve ser dotado de mobilidade". O debate público se deteriorou, o que é uma ameaça à democracia. A civilização ocidental é um sistema de dominação através de valores burgueses. O dinheiro perdeu a sua vinculação com a nacionalidade. O declínio das nações está vinculado ao da classe média.

A observação que se pode apresentar é que a globalização é uma grande ameaça aos valores tradicionais e que acabará, possivelmente, por beneficiar alguns estados de que as matrizes das transnacionais são nacionais.

La Palombara após salientar que a História é irônica, bem como "produz surpresas", ou ainda que zomba de nossas teorias, muitas vezes parece ser "mesmo perversa", acaba por concluir que hoje em dia há dúvidas sobre o "triumfo universal do liberalismo, do mercado e da democracia". A grande ameaça é o reaparecimento do nacionalismo no leste da Europa e até mesmo de forma "menos violenta" na Comunidade Européia. Salienta ainda o mesmo autor que a globalização dos negócios e das finanças fará com que tais "organizações" venham a "permanecer fora do controle efetivo de qualquer governo nacional".

Parece-me oportuno transcrever duas citações, a primeira de um filósofo e a segunda de um historiador. Comte-Sponville escreve não se poder transformar o capitalismo em uma moral e acrescenta:

"Se o mercado se tornar uma religião esta seria a pior de todas, seria a do bezerro de ouro, e a mais ridícula das tiranias a da riqueza".

Hobsbawm assinala:

"Talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele".

A sociedade internacional encontra-se em profunda transformação. O fenômeno da globalização só produziu a miséria.

Não interessa aumentar os lucros se eles beneficiam cada vez menor número de pessoas e é obtido através do desemprego em massa. Todo capitalismo é selvagem, mas talvez esta seja a sua fase mais selvagem. A grande questão é saber se é possível parar com a globalização e se voltar a valorizar o homem e não o capital. Ou ainda, quando será revertido este processo. O que mais parece impossível é conciliar os direitos humanos econômicos e sociais com a globalização. As empresas não têm nenhum compromisso com o social. Elas não são mais dirigidas pelos proprietários, mas por executivos profissionais que só mantêm o seus empregos se derem dividendos aos acionistas. Para "salvar a própria pele" fazem uma gestão cruel em que o lucro é o grande Deus e não importa os sacrifícios a serem impostos aos trabalhadores. Estes são trocados permanentemente por mão-de-obra mais barata, gerando ansiedade e insegurança. Mas nada importa a não ser os lucros.

É exatamente dentro deste quadro que pretendemos dar uns poucos exemplos da incompatibilidade da globalização com alguns dos direitos humanos, especialmente com aqueles que foram os mais difíceis de serem obtidos. Aqueles conseguidos após décadas de lutas, muitas vezes sangrenta.

A nossa intenção é analisar apenas alguns artigos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e culturais da ONU (1966).

Iniciaremos pelo artigo 6º que garante o direito ao trabalho "que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito...". Ora, a globalização e a nova revolução industrial só trouxeram o desemprego. Este acarreta danos nas pessoas como a fome ou a degradação do padrão de vida, mas também problemas de natureza psicológica, como a angústia e a ansiedade, ou ainda a psicose maníaco-depressiva. Em alguns países existe o seguro-desemprego, que é razoável e pago por um longo período. Enquanto no Brasil o é apenas por três meses e uma quantia ridícula. Pode-se alegar que as condições econômicas do Estado impedem o reconhecimento pleno deste direito, mas na realidade o que ocorre é a época atual ser marcada pela idéia de competitividade e esta nos leva a esquecer o ser

humano e a se optar, como sempre, pelo lucro. Nos países em desenvolvimento não faltam recursos para as instituições financeiras, enquanto são inexistentes para a promoção dos direitos humanos.

O art. 7 do Pacto citado menciona que a remuneração do trabalho deve assegurar uma "existência decente para os trabalhadores e seus familiares". Ora, nos países do terceiro mundo isto não ocorre, porque um salário mínimo digno conduziria a uma distribuição de renda, o que é inadmissível para os "donos do poder".

Os denominados "tigres asiáticos" que são tão citados nos meios de comunicação de massa na América Latina têm conseguido um progresso econômico através da exploração da mão-de-obra.

Tudo isto significa apenas que os direitos humanos ainda não constituem o núcleo central do Direito Internacional Público, mas ainda os estados é que decidem em nome da denominada "razão de estado" que um historiador já afirmou ser a "razão do capitalismo".

E mais, a globalização tem conduzido ainda na América, Latina, e em vários países, ao aniquilamento da previdência social.

Os Direitos Humanos são no continente americano um belo discurso, mas apenas discurso. Parece-nos ser extremamente oportuno citar uma passagem de Antônio Hespanha.

"Se olharmos desmitificadamente o fenômeno legislativo dos nossos dias, a primeira constatação é a de que a lei serve funções muito diversas, algumas das quais nada têm a ver com as clássicas funções regulativas. Muito freqüentemente a lei é utilizada para enunciar de forma solene e propagandística as intenções do poder, um pouco independentemente de tais intenções serem realmente praticáveis ou de o poder tencionar levá-las à prática. Este 'uso simbólico' da lei não é, evidentemente de hoje, mas verifica-se muito mais freqüentemente na atualidade, tanto nos regime autoritários como nos democráticos parlamentares. Nos primeiros, a estatuição legal de certos princípios (por exemplo, a garantia dos direitos individuais) constitui a cobertura, interna e externa, da sua violação prática. Nos grandes, o valor simbólico das leis é diversamente interligado: serve para proclamar intenções que se sabe de antemão não se poderem levar a cabo, para anunciar solenemente intenções e captar votos, para satisfazer e limitá-las ou gerir combinações políticas".

E no Brasil o Supremo Tribunal Federal age, em matéria de direitos humanos, como Mefistófeles:

"Como muitos cultores das palavras, Mefistófeles é um legalista e sente-se à vontade nos templos da justiça e nos cartórios, entre os pergaminhos empoeirados e amarelados e as velhas tintas

que ficam secando nos tinteiros. Ninguém poderia induzi-lo a ofender as leis do mundo infernal, a violar os costumes que o ligam a Deus e as regras de seu honesto comércio. Se deve estabelecer um pacto, tem a pretensão de respeitar todas as leis, mas preestabelecidas a pena molhada no sangue, a assinatura que avaliza para a eternidade. Mas tem a infelicidade de se achar diante de adversários muito menos honestos do que ele, como Deus e Fausto, que costumam antepor o espírito à letra das coisas, e estão sempre prontos, para zombar de sua intolerável pedanteria” (Pietro citati).

A situação dos direitos sociais está tão ruim que já tem surgido propostas de inclusão nos acordos comerciais da denominada “cláusula social”. Michel Hansenne, Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, observa que:

“Meros critérios de mercado, por exemplo, poderiam ditar a máxima flexibilização do mercado de trabalho, ingresso imediato da mão-de-obra sem proteção ou garantia, o que é claro que seria socialmente inaceitável, pois imporá um intolerável ônus de insegurança aos trabalhadores, agravaria as desigualdades e alimentaria o ressentimento social”.

Ou ainda:

“Ao contrário da Carta de Havana, nem o GATT e nem o acordo relativo a OMC fazem referência explícita aos direitos dos trabalhadores. Nem mesmo o acordo do Mercosul contém disposição sobre a relevante matéria”.

Atualmente, a proposta da cláusula social nos acordos de comércio internacional visa a defender:

“Os mesmos direitos básicos que promovem os Convênios Fundamental da OIT: a proibição de trabalhos forçados e do trabalho infantil, a liberdade sindical, o direito de sindicalização e de negociação coletiva, a igualdade de remuneração entre homens e mulheres por um trabalho de igual valor e não discriminação no emprego”.

A desregulamentação do trabalho, que se propõe em nome da globalização e da competitividade, nada mais é do que eliminar a proteção ao trabalho colocando o trabalhador perante o capitalista sem qualquer proteção, isto é, legalizar a sua exploração.

Uma outra consideração pode ser formulada: a quem interessa a globalização? Quem vai se beneficiar com ela? As respostas a estas perguntas jamais correspondem à realidade dos fatos. E mais, por que a globalização conduz ao desmonte da previdência social? Esta figura como direito como no artigo 9 do Pacto.

No presente item tentaremos mostrar a antinomia existente entre o direito à saúde e a globalização.

O direito à saúde figura no art. 12 de modo bastante amplo:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

M. Bothe relator em um Colóquio intitulado “O Direito à Saúde como direito do homem” começa o seu trabalho afirmando “entendida literalmente, a matéria do nosso colóquio não existe” e observa que se alguém tem saúde isto depende do “acaso ou de Deus”. E que um juiz ao aplicar o direito pode nos conceder uma multiplicidade de coisas, mas ele “não curará ninguém.”

Ferri no mesmo Colóquio apresenta algumas observações interessantes sobre este direito que teria como características: a) o doente acredita que o médico pode livrá-lo da morte e ao contrário do economista, não avalia o valor da vida e o custo para mantê-la; b) o “consumidor do direito à saúde é ‘ignorante’ em relação à medicina”. Por outro lado, os médicos e pacientes acabam por se aliarem para obterem maiores recursos.

Já houve também quem observasse que o direito à saúde de uns acaba por ser a negação dele para outros. Se forem realizados investimentos maciços para a saúde das grandes massas, em geral, não haverá meios para se pesquisar as denominadas doenças raras.

O maior especialista brasileiro em DI Público e que tem como principal linha de pesquisa os direitos humanos, Cançado Trindade, mostra em um excelente livro a ligação entre os direitos humanos e o meio ambiente. Ele escreve:

“A inter-relação entre a proteção ambiental e a salvaguarda do direito à saúde evidencia-se claramente na implementação do artigo 11 (sobre direito à proteção da saúde) da Carta Social Europeia de 1961”

Não há a menor dúvida de que um meio ambiente sadio é fundamental para a saúde, sendo suficiente apenas se recordar as doenças respiratórias que são causadas pela poluição: asma, bronquite, ou ainda vários tipos de alergia.

Pode-se observar que a desregulamentação da economia e o desmonte que vem sendo feito do estado levará a um não controle eficiente da

poluição, isto é, da qualidade do meio ambiente. Ou ainda, em nome do neoliberalismo as indústrias mais poluentes do hemisfério norte vêm sendo transferidas para o sul. O comércio, a instalação de indústrias, as trocas, etc. nada deve sofrer entraves. Apenas um estado com uma administração estável e eficaz pode defender a qualidade do meio ambiente em relação a desenfreada ambição industrial. Em países subdesenvolvidos, como o Brasil, o futuro não é promissor, sendo suficiente recordar que é meta do governo acabar com a estabilidade dos funcionários (1996), o que colocará nas mãos do grupo dominante do momento, e mais ainda, o nível técnico do funcionalismo também tem degenerado devido aos baixos salários o que torna o estado menos eficiente e dá razão aos meios de comunicação de massa que acusam o estado de ser "incompetente".

O princípio da autodeterminação dos povos tem a sua origem no princípio das nacionalidades que dominou o panorama político da Europa no século XIX e início do século XX. Antes do término da 1ª Guerra Mundial Lenine, e, em seguida, W. Wilson defendem o direito de autodeterminação dos povos. O primeiro em virtude da multiplicidade de etnias e culturas existentes no interior da Rússia e o segundo para consagrar o desmembramento do Império austro-húngaro através de uma idéia democrática. Na verdade, o princípio da autodeterminação ficou mais no simples discurso do que na prática. Na URSS permitiu-se aos diferentes povos manterem a sua língua, cultura, etc., mas se impõe uma forma de governo e de gestão da economia que podia não ser as da "cultura" daquele povo. Na Europa Central os estados são criados dentro de interesses políticos e são extremamente artificiais. Falar na artificialidade dos estados é um verdadeiro pleonasma, vez que no início da construção deles há quase sempre um aspecto artificial, isto é, a união política é imposta a partir de um núcleo central.

Após a 2ª Guerra Mundial as duas superpotências têm interesse em destruírem os grandes impérios e o princípio de autodeterminação dos povos volta novamente à cena nas relações internacionais. Em nome dele é realizada a descolonização. Resoluções da Assembléia Geral da ONU o consagram. Os Pactos da ONU de Direitos Cívicos e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o consagram no art. 1.

Uma observação se impõe: realização plena deste direito só ocorre com a existência de um plebiscito quando a transição para a independência é consagrada em um tratado, ou, de outro modo, em "condições pacíficas". Entretanto, este instituto quase nunca foi utilizado e a própria ONU raramente recorreu a ele.

Na Ata de Helsínki (1975) ele é consagrado de um modo mais amplo como Princípio VIII vez que ele determina deverem os estados respeitar, "direitos iguais dos povos e um direito de autodeterminação". Cassese em uma análise rigorosa do texto afirma que à primeira vista o princípio citado apenas repete Declarações anteriores, mas na alínea abaixo da Ata de

Helsínki é afirmado que todos os povos sempre têm o direito de determinar o seu "status" político interno e externo, quando e do modo que desejarem. Ele salienta que a palavra "sempre" e a expressão "todos os povos" mostra ser a autodeterminação um direito "contínuo" que existe ainda mesmo após, por exemplo, um povo ter escolhido um determinado "status" na ordem internacional. Podemos acrescentar que isto acabará por contribuir para o desmoronamento dos estados e o estabelecimento de uma nova divisão de fronteiras.

Uma outra questão a ser examinada é que o DIP tem em inúmeros casos consagrado a integridade do estado, o que responderia à nossa observação anterior. Entretanto, este princípio é uma violação da autodeterminação dos povos, como ocorreu com Katanga, na década de 60. Acresce ainda que como a "criação" ou o "aparecimento" de um estado é um fato que não é regulamentado pelo Direito, assim sendo, quando isto ocorre o DIP nada pode fazer e acaba por consagrar a quebra da integridade territorial como ocorreu na Jugoslávia, URSS, Tcheco-Eslováquia e Bangladesh.

Há ainda aqui outra face que merece ser analisada, é que a ONU tem tornado o princípio da autodeterminação dos povos como sendo apenas um princípio de descolonização. Significando isto que ela não vê com bons olhos que um povo escolha livremente um "status" de dependência em relação a uma grande potência, por exemplo, o regime de estado associado. Assim, a Assembléia Geral da ONU não aceita, em 1967, o referendun realizado em Gibraltar no sentido de continuar vinculado à Grã-Bretanha. Em 1976, ela condena Mayotte que por três vezes se manifestou para se manter unida à França (não integrar a República de Comores). Em 1965, as Ilhas Cook resolvem manter um regime de associação com a Nova Zelândia e a Assembléia Geral, no mesmo ano, aceita a situação, se compromete a auxiliar a população se ela no futuro desejar aceder a uma independência plena. Os casos são inúmeros. Na verdade, o que se procura é assegurar a integridade territorial dos estados, como no caso do Congo e Comores. Contudo, um problema permanece, é que se vai garantir um direito do estado em detrimento de um dos direitos humanos. E por que não se admitir que a autodeterminação possa optar por um estatuto de dependência? Ele é um "direito contínuo" o que significa que nada impedirá no futuro a alteração do "status de dependência".

Vinculada ainda a nosso ver a autodeterminação dos povos encontra-se uma das questões mais graves das relações internacionais nos dias que correm: as minorias. O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos estatui:

"Art. 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertinentes a essas minorias não poderão ser

privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

A proteção de minorias religiosas já é consagrada em inúmeros tratados do século XVII. Através da História elas sempre constituíram um problema na vida internacional, lutando para manterem a sua identidade cultural e o estado onde se localizavam tentando assimilá-las. Elas sempre foram vistas como verdadeiros “quistos” que o Estado via com desconfiança, vez que muitas vezes não integravam o sentimento nacional. Após a 1ª Guerra Mundial a Liga da Nações instituiu um sistema de proteção às minorias. A Carta da ONU não as menciona. Após o desmoronamento do mundo soviético a questão ressurge com todo vigor. Contudo, permanece em aberto, a nosso ver, a aplicação ou não do direito de autodeterminação dos povos. A tendência dos Estados é responder pela negativa tendo em vista o interesse na manutenção da integridade do estado. Contudo, a criação de uma nação é a meta de todo estado, enfim, o estado e a nação, idealmente, devem ser coincidentes. Fala-se em assimilação das minorias mas conservando a sua identidade cultural. À primeira vista, as duas propostas são antinômicas, contudo não é uma contradição absoluta. O caso da Suíça mostra que os dois fins são compatíveis. Contudo, este país é uma verdadeira exceção na sociedade internacional. E uma questão nos surge e se uma maioria reivindicar a autodeterminação, parece-nos que tecnicamente ela deverá lhe ser concedida. No entanto, se tal posição se alastrar a sociedade internacional será dominada numericamente por microestados, que serão altamente vulneráveis às diferentes formas de imperialismo, ou de neocolonialismo. É de se acentuar que o DIP tem sido extremamente formalista e não tem exigido que os estados tenham meios para exercerem a sua soberania. É suficiente que esta exista. Este tem sido o procedimento adotado para os microestados que surgiram como resultante do processo de descolonização. É de se acrescentar que para não correr o risco de uma fragmentação do estado que alguns não reconhecem a existência de minorias, como é o caso da França.

Um outro problema que se tem agravado é a dos povos, autóctones”. Em 1957, a Organização Internacional do Trabalho adotou a convenção 107 relativa à proteção e integração das populações e outras populações tribais e semitribais nos países independentes. Em 1982 é criado na ONU um Grupo de Trabalho que tem por função redigir uma “Declaração Universal dos povos autóctones”. A denominada Agenda 21 (programa de ação no âmbito das NU para o século XXI) recomenda que os estados devem “aceder às reivindicações territoriais dos povos autóctones, protegê-los de atividades que ameaçam seu meio ambiente, assegurar a “proteção de seus costumes e práticas”. Há uma grande dificuldade em se definir o que é “povo autóctone”. Eles seriam aquelas populações que se distinguem por uma série, “outros elementos das sociedades que dominam atualmente

seus territórios. Já houve quem afirmasse que o autóctone tem uma ligação estreita com a terra. Ele é um “filho da terra”. Haveria assim nele um aspecto telúrico. Ele se identifica pela “auto-identificação (consciência do grupo)”. Cada população autóctone têm o direito de escolher livremente quem a integra. Tem sido assinalado que eles se distinguem das minorias, vez que eles são mais antigos no território do que os integrantes da sociedade que os domina. Acresce que no caso das minorias os direitos que lhes são concedidos o são de modo individual, isto é, a cada integrante da minoria, enquanto os autóctones têm direitos reconhecidos à própria coletividade. E mais, enquanto as minorias usam da força para alterar os seus direitos esta não é usada pelos povos autóctones. Não existe até hoje uma definição que possa ser considerada oficial destes povos. Na Conferência de Viena, realizada no âmbito da ONU em 1993, não se reconheceu aos povos autóctones o direito de autodeterminação a fim de não ameaçar a integridade territorial dos estados. Contudo, nada impede que por meio da luta armada um povo autóctone possa vir a obter a sua autodeterminação.

O que se pode observar é que o direito humano da autodeterminação dos povos (entendendo-se a palavra povo como a qualquer povo) conduzirá a um esfacelamento do estado, o que acabará por facilitar a globalização da economia, vez que as grandes empresas se defrontarão com unidades políticas enfraquecidas.

Há um consenso na sociedade internacional de que se deve manter e defender a diversidade cultural. No entanto, uma questão tem sido levantada em relação aos direitos humanos para se saber se eles violam ou não a mencionada diversidade. A problemática, como já foi observada, surgiu do fato de que os direitos humanos se fundamentam na dignidade humana, isto é, o homem como homem existiria independentemente de uma cultura. Esta afirmação, que confesso seguir, parece-me contudo simplista e de difícil comprovação, bem como quase que inimaginável. Daí decorre toda a questão de se admitir ou não a relatividade dos direitos humanos.

Seguindo a R. Polin podemos repetir sua bela caracterização de cultura que:

“... designa o aspecto espiritual da vida de uma sociedade em cada momento de sua história, o princípio do que a une em uma comunidade histórica de longa duração”

Ou ainda:

“... uma cultura é constituída por uma miríade de espíritos em ato que desenvolvem em conjunto uma espécie de mentalidade comum em uma história, como se eles tivessem uma vocação comum”.

E mais adiante:

“Os homens que existem concretamente só têm realidade e sentido humano em função da cultura de que participam”³¹.

Acrescenta que há tantas maneiras de se existir “de modo humano” quantas culturas se manifestam na sociedade internacional.

Steiner em um belo livro escreve:

“Não é o passado literal que nos governa, a não ser, possivelmente, em um sentido biológico. São as imagens do passado. Estas são, com frequência, tão altamente estruturadas e seletivas quanto os mitos. As imagens e sínteses mentais do passado são impressas, quase à maneira da informação genética em nossa sensibilidade”.

O que se pode observar é que a cultura é importante na caracterização do Homem, vez que não há um Homem Universal. Surge assim o grande problema do DIP que estabelece normas de direitos humanos universais. Há, nem que seja de modo inconsciente, uma presença do que afirmamos no DIP, vez que as suas normas são bastante abstratas e permitem uma “adaptação” à cada cultura.

Ao lado do que foi dito acima já se tem afirmado que o capitalismo desenvolveu uma cultura própria, isto é, o sistema econômico também engendra a sua cultura. Entretanto, esta cultura acaba por ser “adaptada” à cultura já existente. Assim sendo, não acreditamos que venha a existir em futuro previsível apenas uma cultura.

Na Comunidade Européia adotou-se o denominado princípio pós-nacional em que se espera ultrapassar a idéia de nacionalismo. Entende-se que há “uma diferença entre nacionalidade e cidadania ‘significando que a pluralidade nacional é compatível com a unidade política’. E mais adiante salienta que as pessoas como ‘cidadãos’ e ‘sócios’ não devem ser ‘designados pelos predicados de qualidade’, mas sim pela ‘universalidade da pessoa’”.

Jean-Marc Ferry conclui:

“Porque a universalidade pós-nacional não reclama a supressão das comunidades culturais, mas somente a sua participação em uma cultura política comum, compatível com a moldura jurídica da federação ou da confederação”.

Habermas afirma que a Europa está tendo uma segunda chance de unificação, sendo que a primeira tentativa realizada na Idade Média fracassou. E para que ela dê certo é necessária “uma compreensão mútua

com as outras culturas e o desejo de aprender algo com elas”. A União Européia pretende atingir a idéia de cidadania única, mas com uma diversidade cultural.

Um caso que se pode dizer paradigmático é o da circuncisão da mulher praticado em três modalidades em diferentes países da África Negra, sendo que uma delas tem sido a responsável por danos à saúde, como a hemorragia, dor aguda, bem como o risco de infecção e tétano é bastante grande. Para a África Negra trata-se de matéria da sua cultura, enquanto para nós, é uma violação dos direitos humanos.

Na verdade, as normas universais de direitos humanos são redigidas de maneira abstrata, o que tem permitido aos estados interpretá-las e aplicá-las com grandes variações.

A nosso ver a questão versada neste item ainda levará um longo tempo para ser resolvida. Não há interesse em uniformidade cultural e ao mesmo tempo os direitos humanos impõem alguns valores comuns.

Um último impasse que pretendemos abordar é o do planejamento familiar, ou melhor, da sua ausência versus o desenvolvimento econômico. Como tem sido observado os textos de Direitos Humanos não mencionam a existência de um direito à procriação. A grande questão é o crescimento desordenado da população não ser acompanhado do desenvolvimento econômico. Enfim, a miséria aumenta, o que acaba por conduzir ao não cumprimento dos direitos econômicos e sociais.

Por outro lado, a ausência de uma política de controle demográfico se prende a motivos religiosos, vez que como tem sido registrado apenas o protestantismo, entre as grandes religiões, o admite. As religiões integram e formam as culturas dos povos, que leva a se poder escrever que esta questão está também abrangida no item anterior.

Não há dúvida de que as populações dos estados tendem a se estabilizarem quando atingem determinado nível. Contudo o que fazer até que este seja atingido? Fato que pode levar mais de um século.

Tudo conduz a que os direitos econômicos e sociais sejam colocados de lado, faltando inclusive, muitas vezes, a sua implementação no próprio direito interno dos estados.

A conclusão que podemos apresentar não é pessimista, mas de tristeza, por verificarmos a falta de solidariedade existente na sociedade internacional.

Os direitos humanos só serão implantados a longo prazo o que significa ser necessário um grande esforço e paciência por parte daqueles que visam a sua efetivação. Todavia, não há causa mais digna do que esta, vez que, apesar de tudo que foi escrito acima: lutar pelo homem como homem independente de nacionalidade, sexo, cor, etc.

3110. Um tema da maior relevância é a indivisibilidade dos direitos humanos. Logo após os Pactos da ONU, passou-se a entender que o de Direitos Cíveis e Políticos eram de aplicação imediata, enquanto o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais seria de aplicação gradativa. Argu-

mentava-se para esta diferença que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais necessitavam de uma regulamentação, vez que eles não eram executáveis, bem como a impossibilidade dos países em desenvolvimento de assegurarem tais direitos.

Segundo Lindgren Alves os direitos civis seriam: a) exigíveis em juízo; b) de realização imediata; c) dependentes apenas de abstenção do estado; d) passíveis de monitoramento (realização de relatórios); e) são contra o estado. Os direitos econômicos: a) não podem ser objeto de ação judicial; b) de realização progressiva; c) o estado tem que fazer uma prestação positiva; d) é difícil o monitoramento; e) são realizados pelo estado. Observa Cançado Trindade que “esta dicotomia não (se) revestia de um caráter absoluto”, porque havia Direitos Civis e Políticos que necessitavam de regulamentação (acesso à justiça) e direitos econômicos, sociais e culturais que a dispensavam. Na 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã 1968) já se afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Em 1977, resolução da Assembleia Geral da ONU afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Esta resolução de n. 32 de 1977 é uma das mais importantes da A. G. e afirma: a) os direitos humanos são indivisíveis; b) são inalienáveis; c) afirma a obrigatoriedade dos direitos econômicos e sociais; d) declara que a Nova Ordem Econômica Internacional ajuda na realização dos direitos econômicos; e) proclama que o apartheid é uma violação maciça dos direitos humanos. Em 1986 nova resolução afirma a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Esta tese que Cançado Trindade defende com ardor é a nosso ver a mais correta e progressista. Negar a aplicação imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais é manter o “status quo” que ampara a injustiça social. E mais, creio mesmo que pelo menos 70% da população mundial está mais interessada nos direitos econômicos, sociais e culturais do que nos direitos civis e políticos. O que interessa a liberdade de expressão, se não se tem os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação? Na verdade, não se terá condições de exercer a liberdade de expressão, porque se fará parte dos marginalizados que a sociedade ocidental não se interessa e os economistas denominam de “massa humana excedente”, que bem traduzida significa: não deveriam ter nascido e deveriam morrer o mais rápido possível. E mais, negar o caráter de direitos humanos a tais direitos é abrir a porta para que a sua proteção seja retirada da Constituição.

Alguns autores afirmam que o princípio da indivisibilidade não tem sido aceito na prática pelos estados.

Lucie Lemaître registra que o Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais, na Conferência de Viena sobre os direitos humanos, denunciou que os estados toleravam mais as violações a estes direitos do que aos direitos civis e políticos e que estes últimos quando não respeitados, tal fato causa a maior repulsa. Salienta a mesma internacionalista que “a dificuldade dos direitos programáticos” é a “relatividade e a variabilidade

dos modos de execução” de tais direitos. Afirma a indivisibilidade é criar um “equilíbrio estratégico e político entre a manipulação política dos direitos das pessoas pelos estados e o sistema dos beneficiários de todos os direitos da pessoa”.

A Corte Européia afirma que não há uma distinção clara entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa protestou por não ter sido incluída na OMC a proteção dos direitos sociais.

O tempo economia não é o dos direitos humanos, por exemplo, flexibilidade da empresa e precariedade do trabalho (Delmas-Marty).

Como escreve Cançado Trindade todos os direitos humanos são justiciáveis e também se protege o homem de agentes não estatais. É que neste caso o estado deixa de dar a devida proteção.

Hannum salienta que autores norte-americanos criticavam o conceito de direitos econômicos, sociais e culturais que eles consideram como “mitos” e não direitos. Contudo, observa o citado jurista que tais direitos “representam valores sustentados ao redor do mundo, inclusive nos EUA”. Acrescenta que nenhum Estado ratificou apenas o Pacto de Direitos Civis e Políticos, enquanto houve os que ratificaram apenas os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Uganda, Ilhas Salomão e Guatemala). Salienta ainda Hannum que nos EUA o direito à educação e à seguridade social não são garantidos pela Constituição, mas eles são “ambos obrigações fundamentais do governo neste país e no resto do mundo”.

Assim sendo, filiamo-nos à corrente que considera os direitos econômicos, sociais e culturais verdadeiros direitos humanos, no sentido pleno da expressão, bem como são estes indivisíveis. E mais, negar isto seria falta de realismo, já que a sociedade internacional através da ONU sustenta esta posição.

A tese de se adotar apenas os “droits-libertés” (liberdades formais) e não os “droits-créance” (“liberdades reais”) é na verdade seguir a posição do liberalismo de Hayek que ignora os “droits-créance” (direito ao trabalho, à seguridade social, etc.). Fazer isto é ser reacionário, no sentido técnico da palavra, isto é, voltar a um “status” interior, enquanto o conservador quer preservar o “status quo”. Enfim, defender a concentração de renda e consagrar a miséria como inevitável.

311P. O trabalho que servirá de fundamento para este item é o de Cohen-Jonathan, que é precursor neste modo de estudar os direitos do homem, isto é, através da responsabilidade internacional:

— “Se o respeito dos Direitos do Homem se constitui uma obrigação do Direito Internacional, resulta que os nacionais podem recorrer do direito interno ao Direito Internacional, eventualmente perante as instâncias internacionais”.

Salienta o mencionado internacionalista que esta matéria necessita ser tratada com muito cuidado, vez que pode conduzir a um “abuso ou desvio

de poder", tendo em vista que a noção de obrigação internacional que conduz a "idéia" de responsabilidade significa que um estado pode exigir satisfações do que praticou o ilícito.

Em 1988, a Corte Interamericana de Direitos do Homem, no caso Velasquez, afirma:

"Um ato atentatório aos direitos do homem — e que, inicialmente, não seria imputável a um Estado e por exemplo se ele é obra de um particular ou se seu autor não é identificado — pode entretanto acarretar a Responsabilidade Internacional deste Estado, não em razão do próprio fato mas em razão da falta e diligência do Estado para prevenir a violação dos direitos do Homem ou para tratar nos termos exigidos pela Convenção".

As "conseqüências da violação" dão ao indivíduo direito de recorrer à proteção internacional seja a órgãos como a Comissão Européia (o próprio indivíduo recorre a ele, o que foi aceito pela maioria dos estados) ou a Comissão Interamericana. Posteriormente o caso pode ser ainda levado à Corte Européia ou à Corte Interamericana. A Corte Européia, em princípio, "constata uma violação à Convenção e cabe ao Estado tirar as conseqüências gerais ou particulares da sentença". Cabe ao estado escolher os meios para cumprir a decisão. Ela pode em um "segundo tempo" em virtude do art. 50 "decidir" que seja dada "diretamente a vítima uma indenização". A fiscalização da exceção da sentença compete ao Comitê de Ministros que o faz de modo brando, tendo em vista que os Estados têm tomado medidas necessárias para a exceção da sentença. No continente americano a convenção atribui à Corte Interamericana o poder de "ordenar" que se garanta o direito da parte prejudicada. No âmbito da ONU, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) institui um Comitê de Direitos Humanos, que é complementado por um Protocolo Facultativo. O citado Comitê não é um tribunal, mas ele "constata" a responsabilidade do Estado. Assim houve a decisão no sentido de estabelecer o que o Estado deve fazer, como libertar o preso e permitir a saída do país.

Sobre as conseqüências da violação o internacionalista francês¹¹ aponta as seguintes observações. A primeira é a "cessação do ato ilícito", por exemplo, a soltura de um prisioneiro. Entretanto, este ato não é uma reparação, apesar de muitas vezes ter sido unido à noção de "restitutio in integrum". A cessação é apenas o cumprimento da "obrigação primária". Por outro lado, inúmeras decisões têm determinado ainda o pagamento de indenização. Observa ainda Cohen-Jonathan:

"Finalmente as regras de responsabilidade convencional por violação aos direitos do Homem apresentam uma especificidade relativa. Sua originalidade provém do lugar dado ao indivíduo na defesa de seus direitos. Daí resulta no plano processual e no plano da concretização das obrigações um esquema que o separa daquele da responsabilidade clássica. Além do mais, as obrigações apresentam um caráter "objetivo", o que fundamenta

a possibilidade de um recurso interestatal igualmente original, que se tentará transpor ao plano do direito comum da responsabilidade neste domínio. Para o resto (regras de imputabilidade, esgotamento dos recursos internos, "regras secundárias"...) o direito convencional dos direitos do Homem se inspira nas regras do direito comum da Responsabilidade Internacional, trazendo algumas vezes adaptações e precisões interessantes."

— O Instituto do DI, em resolução tomada em 1989, afirma que os direitos do homem "são a expressão direta da dignidade da pessoa humana" e que os estados têm a obrigação de respeitá-los. Esta dignidade está "proclamada" na Carta da ONU e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em conseqüência, Cohen-Jonathan, que fez esta citação, observa ter "esta obrigação um caráter internacional cujo fundamento é costumeiro". Acresce ainda que "existem já certas 'regras costumeiras' relativas aos direitos do Homem que impõem obrigações internacionais", como a proibição do genocídio, escravidão, apartheid, etc. A própria Corte Internacional de Justiça, em 1986, no caso Nicarágua v. EUA que o autor da demanda estava obrigado a respeitar os direitos do homem mesmo que ele não tivesse para isto um "compromisso jurídico" com a OEA. No mesmo caso, a CIJ afirma que a norma do art. 3 das quatro convenções de D. Humanitário (1949) deve ser aplicada porque corresponde a "considerações elementares de humanidade" e não se pronuncia sobre o papel da reserva norte-americana o respeito de tratados multilaterais.

O Instituto de Direito internacional considera que a obrigação de respeitar os Direitos do Homem é uma "obrigação erga omnes". Cohen-Jonathan¹⁵ fala em uma "ação pública" e lembra que o art. 1º das citadas convenções de 1949 estabelece:

"As Altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias".

Salienta ainda que os tratados sobre minorias, bem como o sistema de mandato, permitem a um Estado iniciar uma ação de responsabilidade contra um Estado "que não tivesse respeitado suas obrigações internacionais a respeito de seus próprios súditos".

A Comissão do DI, no seu anteprojeto sobre responsabilidade internacional, considera a violação de direitos do homem como "crime internacional" e neste caso o "estado lesado" é "todos os outros Estados".

Não há neste caso uma intervenção, mas apenas a responsabilidade internacional¹⁶. E mais só tem ocorrido atuação de organismos internacionais nas "violações graves" e "maciças"¹⁷. Em 1994, a ONU autorizou a França a enviar tropas a Ruanda para impedir a continuação do massacre de tutsis pelos hutus, enquanto ela, a ONU, prepara a sua própria Força. As organizações internacionais têm adotado a aplicação de sanções como no caso da República Sul-africana, quando ela adotava o apartheid.

Antes de encerrarmos o tema é de se lembrar que a Corte Interamericana, no já citado caso Velasquez, afastou a regra de esgotamento dos

recursos internos por ser, em Honduras, ineficazes, bem como condenou Honduras a pagamento de uma indenização que seria negociada por Honduras com a família, o que foi feito.

311Q. O princípio da dignidade humana é aplicado a vários campos: a) tortura, tratamento desumano e degradante; discriminação racial e sexual; c) a honra (a dignidade a compreende); d) direitos sociais. A Declaração de Filadélfia (1944) sobre os fins da OIT foi o primeiro texto internacional a falar em dignidade humana. Este item é totalmente calçado em Beatrice Maurer. Esta autora afirma que "os seus contornos são vagos e o seu núcleo absoluto". É de se recordar no que Duguít já afirmava que a Declaração de Direitos do Homem é supraconstitucional.

A dignidade humana é um princípio fundamental. Ele não é fonte do direito, mas os "primeiros" princípios. É um princípio jurídico. Maurer cita a Ph. Gerard que afirma serem eles normas fundamentais que não são deduzidas de nenhum outro. Alguns autores sustentam vir do direito natural. Os princípios fundamentais são universais e a dignidade humana deve ser traduzida em normas detalhadas para ser colocada em funcionamento.

Escreve ainda Maurer que a dignidade humana "escapa ao direito". Ela "guarda seu mistério", que "é sagrado". Ela "conduz sempre à esperança".

312. As reivindicações de direitos humanos surgiu "com as primeiras reflexões relativas ao político, nos raros espíritos que cedo ficaram conscientes das dificuldades da relação Poder-pessoa" (J. Mourgeon).

O primeiro país que se preocupou em formular uma Declaração dos Direitos do Homem foram os EUA. A Declaração de Virgínia, onde estes direitos foram afirmados, data de 1776, e ela se encontra influenciada, acima de tudo, por Samuel Pufendorf. A própria Constituição americana veio a consagrar os direitos do homem. Os EUA se preocuparam com este assunto antes dos demais Estados, uma vez que tiveram a necessidade de consagrar a liberdade religiosa, que não existia na Europa, e grande parte da sua população se havia formado com elementos que haviam fugido a perseguições religiosas no continente europeu.

Pode-se observar que anterior ao modelo norte-americano existe o modelo inglês de direitos humanos que se caracteriza por ter origem na Magna Carta, e visava a limitar o poder real. O constitucionalismo é construído pelo "common law". Já o modelo norte-americano sofre influência religiosa é uma visão liberal.

Em 26 de agosto de 1789 foi aprovado o projeto de Lafayette pela Assembléia Constituinte da Revolução Francesa, que consistia em uma "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão". Esta declaração, devido às repercussões da Revolução Francesa, exercerá maior influência do que a norte-americana, apesar de estar nesta fundamentada. Ela foi condenada pelo Papa em 29-3-1790.

Já o modelo francês é produto de uma ruptura. É de formulação racionalista. É um único texto com várias redações. É o núcleo do constitucionalismo moderno: governo da lei, igualdade formal e separação dos poderes. Ao contrário do modelo norte-americano, não fala em igreja e Deus.

Anterior às duas Declarações citadas, podemos citar o Bill of Rights, na Inglaterra, no século XVII.

No século XX a preocupação com os direitos do homem se manifestou de modo acentuado^{3A} e a grande característica é a internacionalização destes direitos. Verificou-se que eles só seriam realmente garantidos se tivessem uma afirmação e proteção internacional. Os Estados são os seus maiores violadores, principalmente os subdesenvolvidos. Por outro lado, apesar de tudo, os "violadores" continuam participando das organizações internacionais, mas as ações de tais Estados perdem a sua legitimidade (A. Cassese). Atualmente já existem autores (K. Vasak) que falam em um DI dos Direitos do Homem com uma especificidade, porque ele é colocado em movimento pelo indivíduo, enquanto o DI Geral o é pelo Estado.

Em 1916 o Instituto Americano de Direito Internacional, sem chegar a um resultado, discutiu um projeto apresentado por Alexandre Alvarez, para uma Declaração dos Direitos do Homem⁶. Em 1929 o Instituto de DI preparou uma Declaração dos Direitos do Homem tomando por base um projeto de La Pradelle com modificações de Mandelstam.

Em 1938 a Conferência Pan-americana de Lima ressaltou a necessidade da "Defesa dos Direitos do Homem". Em 1941 Roosevelt, em mensagem ao Congresso norte-americano, se referia a quatro liberdades fundamentais (de expressão, de religião, estar livre do medo e livre de necessidades materiais), que foram consubstanciadas no mesmo ano na Carta do Atlântico. Em 1945, na Conferência de Chapultepec, foi decidida a elaboração de uma Declaração dos Direitos e Deveres do Homem⁷, que foi aprovada em 1948, na Conferência de Bogotá.

313. A Carta das Nações Unidas fala em sete locais em "direitos do homem": preâmbulo; art. 1^o, alínea 3^a; art. 13, alínea 1^a, letra b; art. 55, letra c, art. 62, alínea 2^a; art. 68 e art. 76, letra c.

Na Conferência de S. Francisco (1945) a maioria das emendas relativas aos direitos humanos tiveram origem na América Latina e URSS.

Desta referência expressa, feita pela Carta da ONU aos direitos do homem, se pode dizer que eles não entram nos assuntos que fazem parte da jurisdição doméstica dos Estados.

Entretanto existe uma grande discussão sobre a questão de se saber se estes dispositivos geram obrigações para os Estados-membros. Duas posições doutrinárias se disputam neste assunto:

- a) Uma corrente (Kelsen, Kunz) sustenta que os dispositivos da Carta não geram obrigações para os Estados. Eles são o enunciado de um

simples ideal, de um programa. A Carta não estabelece em detalhes quais são estes direitos;

- b) Outra corrente (Soder, Lauterpacht) defende uma posição contrária, sustentando a obrigatoriedade dos dispositivos da Carta. Estes doutrinadores observam, com razão, que a ONU não tem meios para compelir os Estados a respeitarem os direitos do homem, uma vez que o Conselho Econômico e Social e a Assembléia Geral, órgãos encarregados dos direitos do homem, só têm o poder de fazer meras recomendações. O Conselho de Segurança, órgão com poder coercitivo, como já vimos, só intervém nos casos de ameaça à paz e segurança internacionais.

Os dispositivos da Carta são obrigatórios para os Estados, uma vez que os direitos do homem são uma das finalidades da ONU. Na verdade, as normas da Carta são praticamente desprovidas de conteúdo, uma vez que elas não determinam quais são os direitos do homem. Entretanto, os Estados possuem um dever de protegerem estes direitos, porque se assim não fosse haveria uma incongruência, uma vez que Estados-membros da ONU poderiam violar uma das finalidades da ONU⁸. Os direitos do homem são cada vez menos matéria de jurisdição doméstica dos Estados.

Para Carrillo Salcedo a Carta das NU impõe obrigações jurídicas em matéria de direitos humanos e ela tem uma dimensão constitucional na ordem internacional.

314. Dentro do sistema da ONU, o Conselho Econômico e Social é o principal órgão encarregado dos direitos do homem. Um dos problemas na Conferência de S. Francisco em relação aos direitos humanos e que impediu o seu avanço era, como tem sido observado, que o ocidente tinha problemas para lidar com a questão da raça. O CES teve dificuldades para tratar os direitos humanos, principalmente, com os direitos econômicos e sociais. O CES perdeu sua força.

Em 1946 ele instituiu a Comissão de Direitos do Homem^{8A}, que foi prevista no art. 68 da Carta. Ela se reuniu em 1947, em Nova Iorque, pela primeira vez. Formada de técnicos independentes. Durante muitos anos ela lutou contra a sua politização. Entre 1961 e 1976 atuou muito como órgão consultivo. A partir de 1950 os estados devem submeter a ela um relatório anual sobre os direitos humanos. Ela atua nomeando: a) relator especial; b) representante especial; c) técnico; d) técnico independente; e) grupo de trabalho, etc. A partir de 1950 os estados devem submeter um relatório anual. Ela desenvolve estudo e seminários, bem como faz serviços de consultoria. Em 1992 a Comissão tinha 53 membros e realizava uma sessão anual. Em 1990, 77% de suas resoluções foram tomadas por consenso.

No tocante à elaboração da Declaração Universal seu presidente foi Eleanor Roosevelt (EUA) e o relator Charles Malik (Libano)⁹. Em 1948,

a Declaração dos Direitos do Homem já era apresentada pelo Conselho Econômico e Social à Assembléia Geral.

Em 10 de dezembro de 1948,¹⁰ a Assembléia Geral, reunida em Paris, aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ela teve 48 votos a favor e oito abstenções (Ucrânia, Polônia, Iugoslávia, URSS, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, União Sul-Africana e Tcheco-Eslováquia).¹¹

Ela tem sido dividida pelos autores em quatro partes: a) normas gerais (arts. 1º e 2º, 28, 29 e 30); b) direitos e liberdades fundamentais (arts. 3º e 20); c) direitos políticos (art. 21); d) direitos econômicos e sociais (arts. 22 e 27).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não possui qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas uma simples declaração, como indica o seu nome. O seu valor é meramente moral. Ela indica as diretrizes a serem seguidas neste assunto pelos Estados.

A. Cassese a denominou de "cinzenta", porque não faz apelo nem a Deus nem à razão.

É de se lembrar, contudo, que a maioria dos princípios nela consagrado já são princípios gerais de direito (Jorge Castaneda) ou direito costumeiro. Nesta última posição está a maioria da doutrina: Humphrey Waldock, Philippe Manin, H. Thierry, Combacau, Sur, Vallée e Roger Pinto.

De qualquer modo pode-se afirmar que atualmente há uma espécie de consenso em considerá-la um sistema internacional e, portanto, obrigatória. O grande defeito da Declaração é que ela só cuida dos direitos civis e políticos; isto é, dentro da tradição do liberalismo ocidental. Ela não menciona os direitos econômicos e sociais, que vem sendo reivindicados desde o século XIX pelas mais diferentes correntes do socialismo, a não ser marginalmente.

A internacionalização dos direitos humanos vai ocasionar o que Ganshof Van Mersch descreve: "o direito internacional se apoderou de uma parte do direito constitucional que cessou de ser monopólio do direito interno. O sentimento de solidariedade humana determinou as substituições internacionais a promoverem um regime uniforme de garantia dos direitos fundamentais".

Diante da fraqueza da Declaração Universal dos Direitos do Homem, é que a ONU elaborou durante longos anos duas convenções sobre o assunto. Inicialmente, pensou-se em fazer uma convenção sobre os direitos do homem e outra convenção onde se trataria das garantias de execução dos direitos do homem. Em 1950, resolveu-se fundir os dois textos em um único, e em 1952 decidiu-se novamente fazer duas convenções: uma sobre os direitos civis e políticos do homem e outra sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas¹².

A Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, aprovou sobre os direitos humanos o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e um protocolo facultativo^{12A}.

Pode-se assinalar que A.G. tem competência para: a) discutir qualquer tema de direitos humanos; b) iniciar estudos; c) fazer recomendações; d) propor convenções; e) criar órgãos subsidiários. Os direitos humanos inicialmente eram vistos como da competência de cada estado e a ONU só podia agir se houvesse ameaça à paz.

Antônio Cassese divide a atuação da ONU em matéria de direitos humanos em três estágios. O primeiro estágio é de 45 a 55 e há a dominação de pensamento ocidental. O segundo é de 55 a 74 com o fortalecimento dos países em desenvolvimento. O terceiro é de 75 em diante quando há a predominância do 3º Mundo.

No primeiro estágio a Declaração de 1948 expressa o pensamento ocidental. Não há lugar para direitos e econômicos, sociais e culturais. No preâmbulo fala nos povos dependentes. Os pronunciamentos são abstratos, porque não se leva em consideração a situação econômica. Os direitos humanos devem ser respeitados para salvaguardar a paz. As situações individuais ficam sob a jurisdição do estado, as violações em grande escala seriam de competência da A.G. No segundo estágio o grupo socialista se fortalece e a guerra fria diminui de intensidade. Aumenta o número de países do 3º mundo que os países socialista defendem. Eles querem normas obrigatórias. Valorizam a autodeterminação dos povos. O direito de propriedade não figura nos Pactos. Consolida-se a idéia de que a ONU pode agir quando há violações dos direitos humanos em grande escala. O apartheid passa a ser um crime contra a humanidade. É criado um comitê sobre o Apartheid. Tem início uma supervisão internacional dos direitos humanos. O terceiro estágio tem início em 1974 quando é aprovada a NOEI que é uma pré-condição para se respeitar os direitos humanos. Surgem os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e de dispor de seus recursos. A A.G. manda investigar as violações. A A.G. adota uma visão dinâmica para respeitar os direitos humanos e estimula levantes na Rodésia e África do Sul contra o apartheid. A soberania não mais protege o estado em caso de violação. Surge a norma costumeira que proíbe a violação sistemática dos direitos humanos. A miséria não justifica a tortura e a supressão do direito à vida.

Pode-se acrescentar que a A.G., o CES e o Conselho de Tutela e seus órgãos subsidiários têm poderes pela Carta da ONU para lidarem com os direitos humanos de modo esporádico: a) violações que ameacem a paz (caso da Rodésia); b) respeito às convenções de Genebra (Coréia e Oriente Médio); c) supervisiona plebiscitos (Cachemira-1948).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece, entre outros direitos, os seguintes: a) direito de autodeterminação e, em consequência, de os povos "estabelecerem livremente a sua condição política" e "o seu desenvolvimento econômico, social e cultural"; b) os povos "dispõem livremente de suas riquezas e recursos naturais"; c) direito ao trabalho; d) direito a uma remuneração equitativa e que dê ao

homem e sua família "condições dignas de existência"; e) o direito de toda pessoa fundar e se filiar a sindicatos; f) direito à previdência social; g) proteção e assistência à família; h) "direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados e uma melhora contínua das condições de existência"; i) "melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos"; j) direito de toda pessoa ao "mais alto nível possível de saúde física e mental"; O direito à educação, sendo que o ensino primário deverá ser obrigatório e gratuito; naqueles Estados em que a gratuidade e obrigatoriedade não forem possíveis deverão promovê-las progressivamente; m) toda pessoa tem direito a participar da vida cultural; n) é proibida a discriminação racial. O Pacto determina ainda que os países em desenvolvimento, levando em consideração "os direitos humanos e sua economia nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos" consagrados no Pacto em relação aos estrangeiros. Os Estados apresentarão informes sobre os direitos consagrados no Pacto ao Secretário-geral da ONU, que os enviará ao Conselho Econômico e Social para exame, vez que é o órgão encarregado dos Direitos do Homem dentro da ONU. Este Pacto entrará em vigor três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação.

Os direitos econômicos, sociais e culturais para alguns juristas não são direitos humanos, porque não podem ser exigidos nos tribunais, ou que eles são imprecisos e "meras aspirações". Nos direitos civis e políticos o Estado tem que se abster, enquanto nos direitos econômicos e culturais ele precisa agir. Entretanto, a Corte Européia de direitos humanos tem admitido deveres positivos para os Estados, como garantir o acesso à justiça (Rosalyn Higgins).

É de se acrescentar que os direitos sociais surgiram na Constituição Jacobina (1793).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consagra, entre outros direitos, os seguintes: a) direito de autodeterminação e de disporem os povos "livremente de suas riquezas e recursos naturais"; b) proibição de discriminação racial; c) direito à vida; d) proibição de tortura e tratamento cruel; e) proibição à escravidão, trabalho forçado e tráfico de escravos; f) direito à liberdade e segurança pessoal; g) não haverá prisão pelo não cumprimento de obrigação contratual; h) o estrangeiro só poderá ser expulso em "cumprimento de uma decisão adotada conforme a lei"; i) "todas as pessoas são iguais perante os tribunais"; j) direito à liberdade de circulação. l) o princípio "nullum crimen sine lege"; m) "direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião"; n) liberdade de expressão; o) proibição de propaganda em favor da guerra (este dispositivo foi defendido acima de tudo por Linneu de Albuquerque Mello, delegado do Brasil na Assembléia Geral); p) direito de livre associação; q) proteção da família e das crianças; r) os Estados que têm "minorias étnicas, religiosas

e linguísticas" reconhecerão aos seus membros direito "à vida cultural própria, a professar e praticar sua própria religião e a empregar seu próprio idioma". Este Pacto determina ainda a criação de um Comitê de Direitos Humanos, formado de 18 membros, que serão eleitos e "exercerão suas funções a título pessoal". A eleição será feita em uma conferência dos Estados-partes na convenção. O Comitê não terá mais de um nacional de cada Estado e sua composição levará em consideração "uma distribuição geográfica eqüitativa dos membros e a representação das diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos". A eleição pelos Estados-partes na convenção é por quatro anos. O Comitê se reunirá na repartição da ONU em Genebra. Os Estados apresentarão informes ao Secretário-geral sobre os direitos consagrados no Pacto e o Secretário os remeterá ao Comitê para exame. Qualquer Estado-parte no Pacto pode declarar, a qualquer momento, "que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue que outro Estado-parte não cumpre com as obrigações que lhe impõe este Pacto". A denúncia do não cumprimento dos direitos consagrados no Pacto só pode ser feita por um Estado-parte que tenha feito uma declaração reconhecendo ao Comitê competência a respeito de si mesmo. O Comitê apresentará um relatório no prazo de 12 meses. Estes dispositivos entrarão em vigor quando os Estados-partes no pacto tiverem feito dez declarações. Se o Comitê não resolver a questão de modo satisfatório, ele "com prévio consentimento dos Estados-partes interessados poderá designar uma Comissão Especial de Conciliação", que terá cinco membros, que funcionarão a título pessoal e cuja decisão não é obrigatória. A Comissão Especial tem o prazo de 12 meses. O Pacto entrará em vigor após terem transcorrido três meses depois do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação. A grande crítica que se pode dirigir a este Pacto é que as garantias internacionais são falhas, vez que o Comitê, no fundo, tem função apenas de "bons ofícios", isto é, os seus informes não têm qualquer obrigatoriedade.

O protocolo facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece que o Estado-parte no pacto que ratificar o protocolo "reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações de indivíduos que se encontrem sob a sua jurisdição" que sejam vítimas de violação de direitos consagrados no Pacto. O protocolo entrará em vigor três meses após o depósito do décimo instrumento de ratificação.

Em 1989 foi concluído um segundo protocolo adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, em que é proibida a pena de morte.

A diferença entre os dois pactos, no tocante ao mecanismo de proteção, decorre que do Pacto de Direitos Civis e Políticos surgem "obrigações precisas e imediatas" para os Estados, enquanto que o pacto de direitos econômicos, sociais e culturais é de aplicação progressiva (N. Valticos). É interessante observar que os pactos de direitos do homem não têm cláusula

de denúncia de terminação. Em 1976 entraram em vigor os dois Pactos de Direitos do Homem e o protocolo adicional.

Na ONU existe o Comitê de Direitos Humanos criado sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos. É o mais importante dos órgãos da ONU em direitos humanos. É formado por técnicos e assistido pelo Secretariado da ONU. Ele aprecia relatórios e reclamações contra os estados. Estes últimos podem se apresentados por estados nos termos do Pacto de Direitos Civis e Políticos e por indivíduos nos termos do Protocolo Opcional. É formado por 18 membros eleitos pelos Estados-partes. São nomeados pelos estados e devem ter a sua nacionalidade. Os membros respeitam uma distribuição geográfica, mas houve tempo em que a África ficou sub-representada. Nos primeiros sete anos nenhuma mulher foi eleita, mas posteriormente houve uma canadense, inglesa e francesa. O Comitê não funciona muito bem devido a problemas políticos e financeiros.

Como existe um Comitê sobre Direitos Civis e Políticos (Comitê de Direitos Humanos) também existe o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que é formado por 18 membros eleitos pelos estados-partes. O mandato é de 4 anos. Tem uma reunião anual em Genebra. Este Comitê foi criado pelo CES e não por um tratado como o Comitê de D. Humanos. Ele examina relatórios apresentados por Estados-partes.

O ano de 1968 foi escolhido para ser o Ano Internacional dos Direitos do Homem, a fim de serem tomadas medidas nacionais e internacionais para defendê-los.

Em 1970 uma resolução do CES permite ao indivíduo apresentar reclamações por violação de padrões consistentes de direitos do homem e se aplica aos Estados que tenham ou não ratificado os tratados.

Na ONU a maior parte das comunicações de violações dos direitos humanos é submetida a um "procedimento confidencial" que foi aprovado pelo CES, o que tem impedido um debate público de casos.

Em 1993 surgiu na A.G. o alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. A sua criação foi uma exigência das ONGs. Segundo Carrillo Salcedo ele terá dificuldades em exercer a sua função, que é promover os direitos humanos, porque ele terá que respeitar "a soberania, a integridade territorial e a jurisdição interna dos estados".

A ONU tem tratado dos direitos do homem em uma série de declarações: Declarações sobre direitos da criança (1959); Declaração sobre a eliminação de qualquer forma de discriminação racial (1963); Declaração sobre a eliminação da discriminação a respeito da mulher (1967); etc. Uma série de convenções relativas aos direitos do homem foi concluída pela ONU: sobre genocídio (1948); sobre os direitos políticos da mulher (1953); sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1966, que prevê um Comitê de Técnicos para receber petições dos indivíduos e prevê ainda uma Comissão de Conciliação "ad hoc" quando a petição é apresentada por um Estado contra outro (um Estado pode apre-

sentar uma reclamação mesmo quando as vítimas da violação da convenção são nacionais do reclamado)^{13A}. Este comitê tem 18 membros eleitos pelos Estados-partes na convenção. Atuam em nome pessoal. É respeitada a distribuição geográfica. As funções são: a) examinar relatórios dos Estados-partes; b) levar em consideração comunicações interestaduais e individuais; c) auxiliar outros órgãos da ONU. Quando os estados atrasam os relatórios o Comitê os cobra. Ao examinar o relatório de um estado ele convida um representante do estado para participar das reuniões relevantes. O Comitê pode solicitar mais informações aos estados. O Comitê em decisão fundamentada diz se o estado cumpre ou não o tratado e apresenta sugestões. Um estado pode apresentar reclamação contra outro estado que viole o tratado. É dado o prazo de três meses para o estado responder. Os relatórios devem ser apresentados a cada 4 anos. O Comitê faz um relatório anual de sua atividade. Esta convenção proíbe qualquer discriminação com base em raça. Os estados devem adotar uma política contra a discriminação. Condena a segregação racial e o *apartheid*. Os delitos que violam a convenção devem ser punidos. Proíbe a discriminação nos direitos políticos. Consagra a igualdade perante os tribunais, o direito à circulação, etc.

No Brasil a Lei 1390 de 03/07/51 (lei Afonso Arinos) modificada pela Lei 7437 de 20/12/95 penaliza a discriminação racial.

Pode ser ainda citada a convenção para a supressão e punição do crime de "*apartheid*", de 1973, bem como declaração aprovada pela Assembleia Geral, em 1975, proibindo tortura, tratamento cruel e desumano como contrário à Carta da ONU. Esta declaração define tortura "como todo ato pelo qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são deliberadamente infligidos a uma pessoa por agentes da função pública ou a sua instigação com finalidade notadamente de obter dela ou de uma terceira informações ou confissões..." (13B) Em 1981 a Assembleia Geral aprovou por consenso a "Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação fundada na Religião ou Crença".

Em 1979 a Assembleia Geral aprovou convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, criando um Comitê com 23 membros para verificar o progresso na implantação da convenção. Eles atuam a título pessoal. O mandato é de 4 anos. Tem sessões anuais. Os estados apresentam relatórios. O seu secretariado é em Viena. O mandato é de 4 anos e os estados devem apresentar relatórios ao Comitê. Esta convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979) consagra que não pode a mulher sofrer qualquer exclusão ou restrição baseada em sexo; os estados consagrarão o princípio da igualdade entre os sexos; deverão ser eliminados preconceitos; a educação para a maternidade deve ser vista como função social; deve haver igualdade na educação e emprego; igualdade perante a lei.

Visando a proteção da mulher existem ainda a convenção sobre a nacionalidade da mulher casada de 1957 (v. Capítulo: Nacionalidade) e a

convenção sobre Direitos Políticos da Mulher (1952) que consagra a igualdade com os homens no direito ao voto, igualdade em ser elegíveis e o direito de ocuparem cargos públicos.

No âmbito da ONU existe a Comissão sobre o status da mulher. Este tema foi tratado inicialmente no âmbito da OIT. Em 1935 o status da mulher em todos os seus aspectos foi colocado na agenda da Liga das Nações. A Comissão sobre o status da mulher foi criada pelo CES que elege os seus membros levando em consideração uma repartição geográfica. Tem 45 membros. Prepara relatórios e recomendações para o CES e na sua última fase passou a receber queixas por violações dos direitos da mulher, 1975 foi o Ano da Mulher e o início da Década da Mulher.

Em 1989 foi concluída, sob os auspícios da ONU, uma Convenção sobre os direitos da criança.

Em 1990, a ONU e a OEA concluíram protocolos visando a abolição da pena de morte.

Outras conferências promovidas pela ONU relacionadas aos direitos humanos podem ser citadas: a) Meio Ambiente e desenvolvimento (Rio de Janeiro — 1992); b) População e desenvolvimento (Cairo — 1994); c) Desenvolvimento Social (Copenhague — 1995); Mulher (Beijing — 1995), Assentamentos Humanos (Istambul-1996).

Pode-se acrescentar que a citada Convenção para Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1992) criou um Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

A convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas civis desumanas ou degradantes (1984) estabelece que os estados têm que considerar a tortura como crime na sua legislação. O estado não pode expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa se há suspeita de que sofrerá tortura. Ela prevê um Comitê contra a tortura que começou a funcionar em 1987. É formado por 10 peritos eleitos pelos Estados-partes, com mandato de 4 anos. É respeitada a repartição geográfica. É a convenção também aplicável a atos realizados por pessoas privadas. O Comitê tem quatro procedimentos: a) relatórios; b) reclamações de indivíduos; c) um estado reclamando contra outro; d) ele tem poder para investigar e tecer comentários.

A convenção sobre os direitos da criança (1989) define criança como menor de 18 anos a não ser que a lei dê a maioridade antes. Estabelece os seguintes direitos: a) direito à vida, ao nome e à nacionalidade; b) o estado deve zelar para que a criança não seja separada dos pais; c) assegurar liberdade de pensamento e crença; d) o estado deve protegê-la da violência física e mental; e) em caso de adoção deve-se levar em consideração o "interesse primordial" da criança; f) deve assegurar o melhor padrão de saúde; g) direito à educação; h) respeitar as normas de direitos humanos em conflitos armados, etc. É instituído o Comitê para os Direitos da Criança formado com dez especialistas respeitando-se a distribuição geo-

gráfica. O mandato é de quatro anos. Os estados apresentam relatórios e o comitê pode formular sugestões e reclamações.

Em 1993, em Viena, reuniu-se a Confederação das Nações Unidas sobre direitos do homem e aprovou uma Declaração afirmando que a "universalidade dos direitos do homem" deve estar unida aos "particularismos nacionais e regionais e aos diversos contextos históricos, culturais e religiosos". Esta afirmação é uma repetição da Declaração de Bangkok (1993), aprovada antes da Conferência de Viena em uma conferência regional asiática.

Na Conferência de Viena houve proposta para a criação de um Alto Comissário das NU para os Direitos do Homem, mas que não foi aprovada. Havia divergências entre os próprios países ocidentais, sendo que os EUA pretendiam que ele tivesse autoridade sobre os organismos que cuidam dos direitos do homem das NU. Os países da CEE queriam que ele tivesse apenas um poder de coordenação. Não foi igualmente aprovada a criação de uma corte criminal para julgar as mais graves violações do direito do homem. Em contrapartida a Conferência de Viena aprovou que o direito ao desenvolvimento é um direito do homem, bem como um protocolo facultativo à convenção que visa suprimir a tortura estabelecendo um sistema preventivo de visitas periódicas aos locais de detenção a fim de evitar abusos.

Uma observação a ser formulada é que as sanções aplicadas pela ONU não podem violar os direitos humanos, vez que eles são normas de "jus cogens". Entretanto a própria ONU tem praticado violações, como nos casos de resoluções em relação ao Iraque e à ex-Iugoslávia. É de se lembrar que Philip Alston considera que o "direito a uma alimentação adequada" está incluído no direito à vida.

Salienta Flávia Piovesan que as empresas privadas já estão participando do controle dos direitos humanos, como a "Reebok Internacional Ltda", que adotou uma política de direitos humanos, em consequência, ela não opera sob lei marcial, encoraja a liberdade de associação, repudia o uso da força contra os direitos humanos, etc.

Concordamos com a internacionalização dos direitos humanos, mas reconhecemos que ela poderá servir de pretexto para "ingerência" indevida no 3º Mundo, que por causa do seu atraso em todos os setores é que apresenta o maior número de violações.

A internacionalização é o único meio de se defender os direitos humanos.

Em 1999 A AG aprovou a Declaração sobre o direito e o dever dos indivíduos, os grupos e as instituições de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos, que estabelece: a) toda pessoa tem direito individual ou coletivamente de promover e procurar a proteção e realização dos direitos humanos nos planos nacional e internacional; b) os estados têm a principal responsabi-

lidade em proteger, promover e tornar efetivos os direitos humanos; c) toda pessoa tem o direito de se reunir pacificamente, formar associações e se comunicar com organizações não governamentais e intergovernamentais; d) toda pessoa tem direito de receber informações sobre direitos humanos; e) toda pessoa tem direito de participar sem discriminação no governo de seu país; f) toda pessoa tem o direito de denunciar as políticas e funcionários que violam os direitos humanos; g) ninguém pode ser acusado por se recusar a violar os direitos humanos, etc.

X 315. A região do continente europeu abrangida pelo Conselho da Europa é a parte do globo que se encontra mais adiantada no tocante aos direitos do homem e à sua proteção. Nela está em vigor convenção internacional sobre o assunto. Ela foi concluída em 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 1953.¹⁴

A grande vantagem desta convenção é que, além de enunciar em uma convenção internacional os direitos do homem, ela também determina as garantias de execução destes direitos. Esta convenção contém uma restrição à soberania estatal, entendida no seu sentido clássico, como não houve em nenhum outro texto internacional sobre a matéria. É preciso lembrar que se aplica aqui a regra do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer aos órgãos internacionais.

O aspecto mais importante desta convenção são os órgãos que garantem a sua execução, isto é, a proteção internacional dada aos direitos do homem.

A convenção prevê a existência de dois órgãos destinados a realizar a proteção acima mencionada¹⁵: a Comissão Européia de Direitos do Homem e a Corte Européia de Direitos do Homem.

A Comissão Européia de Direitos do Homem é composta de um número de membros igual ao dos Estados-partes na convenção. Não pode haver mais de um membro da mesma nacionalidade.

Eles são eleitos pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa por um período de seis anos, podendo ser reeleitos, em uma lista elaborada pelo Parlamento europeu. Os membros da Comissão não são representantes dos Estados. Qualquer particular pode apresentar uma reclamação à Comissão, por ter sido violada a convenção, após ter esgotado os recursos internos. A função da Comissão é ouvir as partes interessadas e procurar a solução amigável. Se esta não for possível, ela prepara um relatório sobre o caso, que será enviado ao Conselho de Ministros. No relatório, poderão ser feitas recomendações se o assunto não for levado à Corte; o Conselho de Ministros só dará uma decisão três meses após o envio do relatório. O Conselho decidirá por maioria de 2/3. As partes são obrigadas a cumprir esta decisão. A sede é em Estrasburgo. Uma reclamação perante a Comissão Européia só pode ser apresentada após o esgotamento dos recursos internos em um prazo máximo de seis meses após a decisão final. Nos direitos do homem a regra de esgotamento dos recursos

internos é uma condição para que seja admitida uma reclamação. enquanto na responsabilidade internacional é uma condição "sine qua non" para o exercício da proteção diplomática. Deve haver uma interpretação mais flexível para os direitos do homem (v. a excelente obra de A. A. Cançado Trindade citada na bibliografia). Entre 1955 e 1978, na Comissão Européia de Direitos do Homem, houve 8.448 reclamações individuais, sendo que "190 foram consideradas admissíveis", e até 1991 a Comissão tinha registrado 19.247 reclamações. Na Comissão um Estado pode apresentar reclamação contra outro Estado (Antônio Augusto Cançado Trindade, o maior especialista brasileiro em Direitos do Homem na ordem jurídica internacional). Em 1984, Roger Pinto observa que a Comissão Européia de Direitos do Homem faz uma triagem dos casos que lhe são endereçados, sendo que 10.000 foram afastados após exame sumário e que mais de 800 tiveram uma decisão fundamentada de rejeição, bem como somente 97 foram providos. Na Comissão é proibida a abstenção.

A Corte Européia dos Direitos do Homem tem um número de juízes igual ao dos Estados-membros do Conselho da Europa. Assim a França, enquanto não ratificou a Convenção, tinha um juiz na Corte e não tinha membro na Comissão. Eles são eleitos pela Assembléia em uma lista preparada pelos membros do Conselho da Europa. O mandato é de nove anos e podem ser reeleitos. Os juízes e membros da Comissão, normalmente, são nacionais do Estado pelos quais foram eleitos. Não pode haver mais de um membro da mesma nacionalidade. O seu presidente e vice-presidente são eleitos pela Corte por um período de três anos. Somente comparecem como parte perante a Corte: os Estados e a Comissão. O Estado que apresenta uma reclamação não precisa provar ser vítima de uma violação. É que se "presume haver um interesse coletivo no respeito aos direitos humanos". Na interpretação a Corte tem se socorrido "sentido comum" das palavras. O uso dos "trabalhos preparatórios" não ocorre, porque a convenção é um "instrumento vivo", e ela adota uma interpretação. A Corte adota um critério de "margins appreciations", que são "os limites externos dos esquemas de proteção que são aceitáveis". Assim, os Estados têm uma ampla margem para apreciarem as situações de emergência. Assim, usa-se a "margem de apreciação" quando há uma dupla interpretação: interna e internacional.

Uma outra observação é que as decisões da Corte não são categorias, mas apresentam uma série de nuances (Patrick Wachsmann).

Esta orientação foi alterada em 1990, quando foi assinado o Protocolo nº 9 à Convenção Européia de Direitos Humanos, e que permite ao indivíduo recorrer diretamente à Corte. A sua reclamação é examinada por um Comitê de três juízes constituídos pela Corte, que vão filtrar os casos individuais e podem indeferir por unanimidade a reclamação se ela não versar sobre um caso grave de interpretação ou aplicação da convenção, ou, ainda, quando não se justificar por outras razões ser examinada pela

Corte. A Comissão Européia de Direitos do Homem foi assim esvaziada. Sofreu também alteração o recurso ao Comitê de Ministros, porque ele só será competente se o caso, no prazo de três meses não for deferido para ser levado à Corte, ou ainda se a Corte lhe transferir o caso. Entretanto, é pouco provável que tais casos ocorram. O Protocolo nº 9 considera como sendo da competência do Comitê dos Ministros aqueles casos em série ou não importantes para serem julgados pela Corte. Por outro lado, tem-se considerado que o Comitê de Ministros, ao apreciar uma reclamação, apresenta vantagens porque os Delegados que o compõem não se consideram aptos a irem receber as reclamações quando elas o são feitas pela Comissão. Em outras palavras, a reclamação não terá que esperar anos para depois receber um não pelo Comitê de Ministros.

O Protocolo nº 9 é opcional, logo haverá diferentes situações dos Estados perante a Corte, inclusive porque os Estados podem aceitar o protocolo integralmente ou apenas alguns de seus dispositivos. Uma questão só pode ser submetida à Corte se a solução amigável for impossível, e deverá a questão ser levada ao seu conhecimento no prazo de três meses. A dita decisão é definitiva. A sede é em Estrasburgo. Até o final de 1991 a Corte já tinha julgado 307 casos.

O processo perante a Corte é escrito e oral. A função da Comissão no julgamento se aproxima à do Ministério Público.

Podemos observar que a França, durante muito tempo não ratificou a convenção de direitos do homem, com o pretexto de que precisaria modificar dispositivos do Código de Processo Penal, tinha um juiz na Corte, mas não tinha membro na Comissão. A França ratificou finalmente a convenção em 1974.

É de se assinalar que o simples fato de ser parte na convenção não obriga os Estados a aceitarem a jurisdição da Corte e da Comissão. É necessário que seja feita uma declaração neste sentido.

Dos casos levados ao conhecimento da Corte os doutrinadores têm mencionado principalmente os seguintes: a) o caso de G. R. Lawless irlandês que declarava ter sido detido em 1957 sem julgamento. Reclamava uma indenização por ter sido atingida a sua liberdade. A Comissão, neste caso, fez um relatório imparcial dirigido à Corte e permitiu que Lawless editasse em anexo as suas próprias razões. A Corte decidiu em favor da Irlanda; b) o caso de De Becker, belga, que reclamava contra a Bélgica por não poder ali exercer a profissão de jornalista, por ter colaborado com a Alemanha a ocupação na 2ª Guerra Mundial. A Corte não chegou a apreciar este caso, uma vez que a Bélgica eliminou aquela proibição da sua legislação.

Outros casos podem ser citados como tendo sido julgado pela Corte Européia: Neumeister (1968); Stogmuller e Matznetter (1969); etc. Estes casos versaram sobre a razoabilidade do prazo da prisão preventiva. Quando a Corte Européia considera um Estado culpado cabe ao próprio Estado

tirar as conseqüências. Se ele não cumprir a sentença, a única sanção é o Conselho da Europa o expulsar.

Em 1961, ainda no âmbito do Conselho da Europa, foi assinada a Carta Social Européia, que trata dos direitos econômicos e sociais que não estavam contidos na Convenção de 1950, tais como, direito ao trabalho, à previdência, à remuneração justa, etc. Em 1969 foi concluído um acordo dando garantias às pessoas que participam de processo perante a Comissão e a Corte Européia de Direitos do Homem.

Em 1983 o Conselho da Europa concluiu um protocolo, a convenção sobre direitos do homem e liberdades fundamentais, abolindo a pena de morte em tempo de paz. A convenção européia tem vários protocolos adicionais, como o de Estrasburgo (1984 — protocolo nº 7), que estende os direitos civis e políticos.

Desejamos acrescentar alguns comentários sobre os Direitos do Homem nos órgãos acima citados. Todo este parágrafo é calcado em Cançado Trindade. A regra do esgotamento dos recursos internos tem recebido “maior flexibilização”. Assim, na Comissão o ônus da prova do esgotamento que cabia apenas ao reclamante é atualmente distribuído entre as partes. O direito de petição e o sistema de controle dos relatórios são mecanismos de proteção. A proteção diplomática tradicional se distingue da proteção dos direitos do homem no seguinte: a) nesta última se admite a do apátrida; b) a proteção diplomática tradicional é livremente decidida pelo Estado, enquanto a outra o é no interesse do homem. Uma outra questão interessante é o conceito de “vítima” para apresentar a reclamação. No início a Comissão dava uma interpretação restrita e a reclamação tinha que ser apresentada em nome da própria vítima (“conceito de vítima direta”). A Comissão não fazia uma análise “in abstracto” da legislação interna do Estado. Depois a Comissão passou ao conceito de “vítima indireta”, aceitando reclamação de parente próximo da vítima, ou mesmo de um terceiro que sustente ser a violação prejudicial a ele, ou ainda que ele tenha um interesse pessoal para que cesse a violação. Continuando ainda dentro do pensamento de Cançado Trindade, pode-se salientar que a Comissão e a Corte não apreciam casos “in abstracto”, por exemplo por meio de uma ação popular.

A Corte tem como missão não apenas a “salvaguarda” dos direitos já consagrados, mas também o seu desenvolvimento”, o que a leva a usar uma “interpretação teleológica e evolutiva”.

Existe ainda um grande debate sobre a questão das sentenças serem declaratórias e não executórias.

Em 1990 foi assinada a Carta de Paris, no âmbito da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, em que se estabelece normas precisas sobre os direitos do homem, minorias, etc.

Em 1994 foi concluído o protocolo 11 entre os Estados do Conselho da Europa, uma Corte de Direitos Humanos que será competente para

julgar as reclamações individuais e o contencioso interestatal. Ela funcionará em câmaras de sete juizes. Para casos excepcionais haverá uma “grande câmara”, com 17 juizes. O Presidente da Corte, os presidentes das Câmaras e o juiz representando o Estado “acusado” terão assento nela. A vantagem desta Corte é que ela elimina a possibilidade de o Comitê de Ministros dar uma decisão, bem como diminuirá o tempo de um processo.

Este Protocolo substitui a Comissão e a Corte por uma única Corte, que tem o monopólio de dizer se a Convenção de Direitos humanos foi ou não violada. Ele entrou em vigor em 1998.

A Corte de justiça das Comunidades Européias tem julgado direitos humanos, vez que pelo artigo 164 do tratado da CE: “O Tribunal de justiça garante o respeito do direito da interpretação e aplicação do presente tratado.”

O artigo F2 do Tratado da União Européia estipula: “a União respeita os direitos fundamentais tais como são garantias pela convenção européia e que resultam das tradições constitucionais comuns”.

Os direitos humanos entram nos princípios gerais do direito, logo estão abrangidos na palavra “direito”, daí a partir de 1969 passou a julgar direitos humanos. Estes estão acima da própria Constituição. Na Alemanha uma norma constitucional que viole os direitos humanos é uma “norma constitucional inconstitucional”. Para Cappelletti concilia-se direitos humanos e o primado do direito comunitário, daí ele falar em “nascimento de uma justiça constitucional transnacional”.

As declarações de direitos humanos têm valor supraconstitucional, porque elas têm origem no D. Natural. O Conselho Constitucional (França) considera o preâmbulo, que se refere às Declarações de Direitos Humanos, como obrigatório.

Para Barret-Kriegel a Declaração Americana se fundamenta na lei natural, enquanto a francesa que trata dos direitos dos cidadãos tentar construir a “fundação de uma sociedade civil” e não tem relação com Deus. Ela se fundamenta no aspecto racional.

316. O continente americano sempre se preocupou com os direitos do homem e desde a Conferência de Chapultepec, como vimos, que se pensava em formular uma declaração sobre o assunto.

Na Conferência de Bogotá (1948) foi assinada uma Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (anterior à Declaração Universal de Direitos do Homem) e a Carta Interamericana de Garantias Sociais (trata dos direitos do trabalhador).

A Carta da OEA colocou os direitos do homem como um dos princípios dos Estados americanos (art. 3º, j).

A convenção americana sobre direitos humanos, de 1969, faz uma longa enumeração dos “direitos protegidos”: a) direito à vida; b) direito à integridade pessoal; c) direito de não ser submetido à escravidão ou servidão; d) direito à liberdade pessoal; e) garantias judiciais: direito de

ser ouvido por tribunal ou juiz competente: inocência até que se prove a culpa; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor; f) princípio da legalidade da lei penal e sua irretroatividade; g) liberdade de pensamento e de expressão; h) liberdade de associação; i) proteção da família; j) direito à propriedade privada; etc.

Prevê a criação de dois órgãos de proteção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão tem sete membros eleitos a título pessoal pelo Conselho da OEA. O seu mandato é de quatro anos. Ela foi criada em 1959 e a sua estrutura é regida pela convenção de direitos humanos de 1969. Ela recebe denúncias de pessoas físicas ou jurídicas sobre violação de direitos do homem. É preciso que tenham sido esgotados os recursos internos. Ela, afinal, decide se a denúncia é aceitável ou não, e naquele caso faz recomendações. A sede é em Washington. Ela foi criada na 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago do Chile (1959). O seu estatuto foi aprovado pelo Conselho da OEA em 1960 e emendado na 2ª Conferência Interamericana Extraordinária (1965). Esta Comissão tem as seguintes funções: a) funções consultivas em assuntos de direitos do homem; b) faz recomendações sobre esta matéria; c) elabora relatórios e estudos; etc. Além destas funções, que ela já exerce, a convenção prevê ainda as funções que se seguem. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas pode submeter à comissão petição sobre violação da convenção. Um Estado, ao ratificar a convenção, declara se admite petição formulada por outro Estado. De qualquer modo um Estado só poderá apresentar petição se ele aceita isto em relação a si próprio. A petição só pode ser apresentada se preenchidas as seguintes condições: a) esgotamento dos recursos internos; b) seja "apresentada dentro do prazo de seis meses a partir da data em que a parte houver tomado conhecimento da matéria definitiva"; c) quando a petição for apresentada por um Estado é preciso que a matéria "não haja sido submetida e nem esteja pendente de outro processo de solução internacional"; d) que seja assinada e que tenha a qualificação do signatário (profissão, nacionalidade e endereço). A letra a) não se aplica quando há demora injustificada, não existem recursos, etc. A Comissão, ao receber uma petição, solicitará informações ao governo interessado. Ela se coloca à disposição dos interessados para uma solução amistosa, e se isto for feito, ela fará um relatório, a ser encaminhado aos Estados interessados e ao Secretário-geral da OEA. Se no prazo fixado pelo estatuto da Comissão não for dada uma solução, ela fará um relatório que será encaminhado aos Estados interessados e que não poderá ser publicado.

Se no prazo de três meses, depois de feito o relatório, não for submetido o caso à Corte, a Comissão poderá por maioria absoluta dos seus membros emitir uma opinião e conclusões, bem como fixar um prazo para o Estado cumpri-las. Se o Estado não tomar medidas satisfatórias, ela decidirá sobre a publicação do seu relatório. O seu relatório é praticamente um julga-

mento. A agenda da Comissão é preparada pelo secretariado. Os relatórios que são apresentados à Comissão são importantes para que ela descubra o que impede um povo de se beneficiar dos direitos humanos e permite algum controle sobre os direitos, econômicos, sociais e culturais. De qualquer modo, pode-se repetir com Verónica Gomez que os órgãos de controle de direitos humanos são prisioneiros dos estados que os criam, porque estes controlam as eleições e o orçamento.

É de se salientar que o esgotamento dos recursos internos é de um certo modo abandonado na convenção interamericana de 1969, ao determinar que a petição pode ser dirigida à Comissão sem o atendimento deste requisito nos seguintes casos: a) não existir na legislação interna o "devido processo legal" que proteja o direito reivindicado; b) não se permitir à pessoa prejudicada o acesso aos recursos internos; c) existir demora injustificada. Neste ponto a convenção do nosso continente é mais avançada que a convenção europeia de 1950, que ainda fala em esgotamento dos recursos internos, mas este requisito tem sido amenizado pela sua jurisprudência.

A Corte terá sete juízes eleitos a título pessoal pelo Conselho da OEA, com mandato de seis anos. Eles podem ser reeleitos uma vez. São eleitos pelos Estados-partes na convenção. O presidente e o vice-presidente são eleitos por dois anos. A denominada Comissão Permanente é formada pelo presidente, vice-presidente e um terceiro juiz, indicado pelo presidente. Os juízes não precisam viver na Costa Rica. Ela delibera com cinco juízes. Uma questão só pode ser submetida à Corte depois de esgotados os prazos da Comissão. Podem ser partes: os Estados e a Comissão. Ela dá pareceres a pedido dos Estados ou dos órgãos da OEA. A Corte tem também a instituição do juiz "ad hoc". A sentença é definitiva e inapelável. As línguas de trabalho são espanhol e inglês. Um Estado não aceita a jurisdição da Corte apenas porque ratifica a convenção. É necessário ainda outro ato, afirmando aceitar a sua jurisdição. O homem não pode ser parte em um litígio perante a Corte. Ele assinou uma convenção com a Costa Rica estabelecendo que a sua sentença terá o mesmo efeito de execução que uma sentença proferida por um tribunal da Costa Rica. Ele pretende fazer tratados semelhantes com os demais Estados. A convenção interamericana entrou em vigor em 1985 e a Corte teve os seus juízes eleitos entre os Estados que ratificaram a convenção, e a sua sede é em S. José da Costa Rica. Em 1988 foi concluído um Protocolo Adicional da Convenção Americana sobre Direitos do Homem na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de S. Salvador). Um dos poucos casos julgados pela Corte Interamericana é o caso Velazquez, em 1988, condenando Honduras. A Corte declarou que cabia a Honduras apresentar provas e afastou o requisito do esgotamento de recursos internos, vez que estes não eram eficazes. Um aspecto curioso é que a sentença condenou Honduras ao pagamento de uma indenização que seria negociada por ela com a família

do desaparecido, o que foi feito. Tem-se lutado para que o homem tenha acesso à Corte sem precisar da assistência paternalista da Comissão (Cançado trindade)

Foi adotada em Nairobi (1981) pela OUA, sob a forma de tratado, uma Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Ela apresenta as seguintes características: a) enfatiza o princípio de não discriminação; b) estabelece os direitos dos povos; c) inclui deveres em relação à comunidade, família e Estado; d) determina a solidariedade contra a dominação estrangeira; e) enfatiza os "valores africanos"; f) estabelece uma Comissão Africana de direitos do Homem e dos Povos (Philip Kunig). Ela trata dos deveres com a família e a sociedade, respeitar o seu semelhante, reforçar a solidariedade social, de trabalho, etc. A citada Comissão africana tem 11 membros que atuam a título pessoal. Eles são eleitos pela Conferência de Chefes de Estado e Governo da OUA. O Comitê tem as seguintes funções: a) reunir documentação; b) promover os direitos humanos; c) reunir documentação; d) fazer investigações; e) um estado pode denunciar outro estado; f) solicitar informações; g) preparar relatórios.

Pelo Protocolo de 1998 foi criada na OUA uma Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos que pode ser utilizada pela Comissão, estados ou organizações internacionais africanas. Ela pode também garantir o acesso de indivíduos e ONGs. É formada por 11 juízes.

O Brasil ratificou a convenção interamericana, mas não aceitou a jurisdição da Corte, apesar do que consta nas Disposições Transitórias. Em 1998 o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana.

É de se salientar que o primeiro juiz brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos é A. A. Cançado Trindade, que tomou posse em janeiro de 1995.

316A David Harris aponta as seguintes diferenças entre os sistemas europeu e americano:

a) países com democracia e judiciário independente, países com ditadura;

b) na Europa o direito da petição individual obrigatório só o é a partir do protocolo 11 (1994), enquanto na América existe desde a Convenção (1969);

c) na Europa só a vítima pode peticionar, enquanto na América pode ser qualquer indivíduo;

d) na Europa um estado reclama contra outro, enquanto na América isto não é possível em virtude do princípio da não intervenção;

e) a Comissão Européia pelo Protocolo 11 será permanente, enquanto a da América é temporária;

f) a Comissão Interamericana tem 7 membros e a Européia mais de 30;

g) na Europa o controle de obrigatoriedade das decisões é pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, enquanto na América as decisões são obrigatórias, mas não há órgãos de controle;

h) na Europa até o Protocolo 11 o estado declara cada decisão como obrigatória, enquanto na América há uma declaração prévia;

i) a Corte Interamericana usa da proporcionalidade também utilizada na Corte Européia, mas esta usa a doutrina de "margin of appreciation" que na América não é empregada;

j) na América não se usa o direito interno para interpretar a convenção.

317. O acesso do homem aos tribunais internacionais nem sempre tem sido reconhecido no DIP.

A CIJ que é o principal órgão judiciário da sociedade internacional, não admite que o homem compareça perante ela como parte de um litígio. Quando foi elaborado o projeto de estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da CIJ, no Comitê de Juristas de Haia, Loder propôs que se reconhecesse o direito do indivíduo de comparecer como parte perante a Corte. Esta proposta encontrou de imediato a oposição da grande maioria de juristas que faziam parte do Comitê, entre eles Ricci Busatti. Os argumentos contrários ao homem foram os seguintes: 1) o domínio da Corte era o DIP e os indivíduos não eram sujeitos internacionais; 2) que o recurso à justiça internacional era inadmissível, porque o homem já tinha a proteção dos tribunais nacionais, e se não a tivesse, não poderia o DIP dar mais do que era concedido pelo direito interno; 3) que na vida internacional o homem já possuía a proteção diplomática. Estes argumentos tiveram em Politis um dos seus maiores críticos. Na verdade, eles são falsos em inúmeros pontos: a) o primeiro deles é uma petição de princípio, porque cabia ao Comitê definir o âmbito do DI; b) o segundo, é que os autores do estatuto da Corte se esqueceram de que o homem pode ter uma reclamação contra o seu próprio Estado, e ainda mais, que cabe ao DI fiscalizar os Estados neste domínio; c) o apátrida não tem proteção diplomática. Na verdade, a recusa do homem como parte foi motivada pelo "orgulho estatal", que dificilmente admitiria ser demandado por um indivíduo em uma instância internacional. Entretanto, outros tribunais admitiriam o homem como parte:

a) no Tribunal Militar Internacional de Nurembergue e no de Tóquio o homem compareceu como acusado de crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade;

b) na Corte de Justiça Centro-americana, criada em 1907 e em vigor até março de 1918, o homem também foi admitido como parte;

c) o mesmo tratamento foi dado ao homem pelos tribunais arbitrais mistos instituídos após a 1ª Guerra Mundial.

d) diversos projetos de tribunais internacionais também admitiram o homem como parte: o da Corte Internacional de Presas (cujo projeto foi na 2ª Conferência de Haia — 1907) e o de uma Corte de Justiça Criminal (projeto elaborado na Conferência de Genebra de 1937). Estas duas convenções jamais entraram em vigor;

e) A Corte de justiça das Comunidades Europeias admite o indivíduo perante ela. Qualquer pessoa física ou jurídica poderá, por exemplo, entrar com uma ação de anulação contra decisões da Comissão das Comunidades. O indivíduo poderá também ser réu perante a Corte, é o que dispõe o tratado da EURATOM, quando as penalidades previstas no tratado não são aplicáveis à pessoa ou empresa que tenha violado o tratado e a Comissão tenha solicitado ao Estado-membro que aplique sanções. Entretanto, se isto não for feito em um prazo razoável, a Comissão poderá pedir à Corte que constate a violação cometida pela pessoa ou empresa (art. 145 do Tratado do EURATOM).

317A. Atualmente tem se defendido na ordem internacional o direito à informação. Anteriormente falava-se em "liberdade de informação" e em 1969 J. D. Arcy propôs o de "direito do homem à comunicação". Várias convenções consagram a liberdade de informação, como o tratado institutivo da UNESCO e a Ata de Helsinque (1975). Em 1962, a UNESCO fixou um mínimo abaixo do qual irão se pode falar em direito à informação: por cada 100 habitantes devem existir dez exemplares de diários (jornais), cinco aparelhos de rádio, dois lugares de cinema e dois receptores de televisão. Na África, 90% da população vive na zona rural, enquanto meios de informação estão concentrados nas cidades. Em 1957, um relatório apresentado à Assembléia Geral mostrava que 2/3 da população mundial não tinham acesso à nenhuma informação difundida pelos meios de comunicação de massa.

O direito à informação, que tem como grande obstáculo a soberania do Estado (ele é um instrumento político), já é encontrado no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e o art. 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos consagra a liberdade de informação como uma das componentes da liberdade de expressão. Este direito é sujeito a certas restrições, como a salvaguarda da ordem pública, a segurança nacional, etc. A convenção europeia de 1950 também consagra a liberdade de informação.

É preciso lembrar que a livre circulação de informações vai repensar na circulação dos suportes da informação, como filmes, impressos, etc.

A Ata de Helsinque procura proteger os jornalistas; por exemplo, em caso de sua expulsão, eles deverão ser informados das razões de sua expulsão e poderão solicitar o seu reexame. Tem sido considerado que o ideal é jornalista não ser expulso pelo exercício legítimo de sua atividade profissional. Os correspondentes de imprensa, por este texto internacional, têm direito de transmitir informações, de importar material técnico (fotográfico, etc.), etc.

Fala-se que está em curso a criação de um Direito Internacional da Cultura (Jean-Pierre Colin e Jack Lang).

A Nova Ordem Mundial da Informação, que tem como iniciador o tunisiano Mustapha Masmoudi, propõe: a) corrigir as desigualdades tecnológicas e profissionais de que sofre o 3º Mundo pela assistência dos países industrializados e de organizações internacionais; b) uma reavaliação do conteúdo da informação. É preciso corrigir o fluxo de informações dirigidas ao 3º Mundo e o que vem do 3º Mundo; c) a informação deve participar na mobilização dos povos para assegurar o desenvolvimento econômico e proteger as culturas locais. Cabe ao Estado a responsabilidade de realizar o que foi exposto. Sem o atendimento dos três itens expostos acima não há liberdade de informação.

Os promotores desta nova ordem se utilizaram da UNESCO e das conferências dos países não-aliados. A UNESCO aprovou resoluções não obrigatórias, como a Declaração de 1978, no sentido apontado acima, que dão legitimidade para os Estados agirem na direção assinalada. Os meios de comunicação anglo-saxões, sob o pretexto de defenderem a liberdade de comunicação, sustentam a sua apropriação privada. Nenhum Estado contesta o direito à liberdade de informação, que só pode ser suspenso em circunstâncias excepcionais.

317B. O Direito ao Desenvolvimento é um tema que tem originado debates no mundo contemporâneo. Vamos reproduzir algumas opiniões emitidas na Academia de Direito Internacional de Haia, que realizou um colóquio em 1979, e de um trabalho de Jean-Jacques Israel sobre o tema. Ele é definido por Z. Haquani como "um conjunto de princípios e regras no fundamento dos quais o homem, enquanto indivíduo ou membro do corpo social (Estado, nação, povo...) poderá obter, na medida do possível, a satisfação das necessidades econômicas, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade".

Para Antônio Celso Alves Pereira quem lançou esta expressão foi o Cardeal Duval, Arcebispo de Argel, em 1969, que defendeu para o Terceiro Mundo o direito ao desenvolvimento.

K. M. Baye afirma que foi ele quem em uma aula inaugural lançou a expressão "direito ao desenvolvimento", em 1972 e afirma que os seus credores são os indivíduos, os povos e os Estados, enquanto os devedores seriam toda a comunidade internacional. J. J. Israel observa que os devedores seriam os países ricos, mas estes nem sempre são identificáveis, porque existem vários critérios para se medir o desenvolvimento. De qualquer modo, observa este autor, a responsabilidade principal é do próprio Estado ou povo. Para W. D. Verwey as resoluções da ONU consideram os países em desenvolvimento como sujeitos especiais de direito Internacional.

A inclusão do Direito ao Desenvolvimento nos direitos do homem foi feita pela Assembléia Geral em uma resolução em 1979. Em 1980 a Assembléia Geral, em outra resolução, estabelece que "o processo de desenvolvimento deve assegurar o respeito à dignidade humana. O objetivo final

do desenvolvimento é o alimento constante do bem-estar da população inteira com base em sua plena participação no processo de desenvolvimento e de uma repartição justa dos benefícios que dele decorrem”.

O direito ao desenvolvimento figura na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, adotada pela OUA, em 1981, e na Declaração Islâmica dos direitos do homem (1981). Uma discussão que se tem desenvolvido é se o direito ao desenvolvimento é um direito do Estado, ou do homem, ou, ainda, de ambos. Na Constituição Soviética ele pertence ao país e ao indivíduo. Ele teria assim uma dupla dimensão: individual e coletiva (povos, país), esta é a opinião de J. J. Israel, que a considera um direito do Estado e um direito do homem. Neste sentido estão as resoluções da ONU a partir de 1977. Para Ago ele tem que ser aboçado nos direitos do homem. Para Abi-Saab ele deve ser entendido como um direito coletivo, porque o indivíduo não tem meios de garanti-lo. M. Bedjaoui sustenta que ele não pode ser um direito (do homem se não for antes um direito do povo ou do Estado. Salienta o internacionalista argelino, com razão, que o subdesenvolvimento é um fenômeno estrutural correspondente a um tipo de relações econômicas internacionais e a uma certa divisão internacional do trabalho.

Algumas outras observações de Bedjaoui devem ser repetidas, como a de que o direito ao desenvolvimento é o primeiro e o último dos direitos do homem. Ele é um corolário do direito à vida. O seu fundamento é a preservação da espécie humana. A UNESCO, em uma resolução, afirma que o homem é o começo e o fim do desenvolvimento.

O Direito ao Desenvolvimento tem originado uma série de observações, como a de que ele é um “direito em formação” e que não está consagrado em nenhum tratado que tenha obrigatoriedade no sentido jurídico. Não se estabeleceu de modo claro quem são os seus devedores. Ou ainda, de que é mais um princípio do que um direito subjetivo (J. J. Israel. De qualquer modo, ele serviria para dar um fundamento jurídico à assistência externa que é fornecida para o desenvolvimento. Observa ainda Israel que um dos riscos deste direito é servir de alibi para as ditaduras bem como observa ser ilusória a criação de uma proteção jurisdicional para ele.

O Direito ao Desenvolvimento não tem sido considerado “um direito pleno”, vez que o DIP não tem meios de exigir o seu cumprimento.

Para encerrarmos este item vamos fornecer alguns indicadores que são apresentados para caracterizar o subdesenvolvimento: a) produto interno bruto por habitante igual ou inferior a 100 dólares; b) a parte das indústrias manufatureiras no produto interno bruto é igual ou inferior a 10%; c) a taxa de alfabetização na população de mais de 15 anos é igual ou inferior a 20%. Para a Assembléia Geral é: a) baixa renda “per capita”; b) a importância do serviço da dívida em relação à receita de exportação; c) fracas reservas em moedas estrangeiras; d) aumento dos preços dos produtos de importação em relação às receitas de exportação; etc.

Em 1995, reuniu-se a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, aprovou uma Declaração com o voto de 120 Chefes de Estado e do Governo. Ela afirma a igualdade e que os direitos humanos são indissociáveis e consagra o dever de assistência de todos em benefício de todos. Foi aprovada também a Carta dos Direitos e Deveres Sociais. Consagra a primazia do social sobre as leis econômicas. Para a erradicação da pobreza prega a ação do estado. Afirma que a liberdade dos sindicatos deve ser o “pendant” do livre comércio.

Charvin afirma que o DI Social pode substituir o DI do Desenvolvimento que morreu: ao não mais privilegiar o hemisfério sul.

317C. O direito à paz está consagrado em vários textos: Declaração Universal de Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Declaração sobre o direito dos povos à paz (aprovada pela AG em 1984), etc.

Ele é ao mesmo tempo um direito individual e coletivo, visando contribuir para uma racionalidade no sistema internacional.

N. Bobbio afirma que “a paz... é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional”.

317D. Direito à autodeterminação v.: capítulo Direitos Fundamentais e do Estado.

317E. A Declaração Universal sobre o Genoma e os direitos da pessoa, aprovado na Unesco, em 1997, afirma que ele é um componente do patrimônio comum da humanidade. A sua finalidade é salvaguardar a espécie humana. Esta Declaração afirma: a) o Genoma mostra a unidade de todos os membros da família humana; b) todos têm direito a ter a sua dignidade respeitada independente de suas características genéticas; c) deve ser respeitada a sua individualidade e diversidade; d) o Genoma por sua natureza evolui e está sujeito a mutações; e) o genoma não pode ser usado para fins financeiros; f) a pesquisa, tratamento ou diagnose do genoma do indivíduo deve ser feito se avaliando os riscos e os benefícios; g) deve ser obtido o consentimento do interessado; h) ninguém pode ser discriminado por razões genéticas; i) todo indivíduo tem direito a reparação se uma ação afetar a seu genoma; j) a pesquisa no genoma deve respeitar os direitos humanos; k) os benefícios do avanço na biologia deve ser para todos; l) deve haver uma solidariedade entre os estados para proteger os indivíduos vítimas de doenças genéticas; m) os estados devem promover medidas para implementar a Declaração, etc.

NOTAS

1. Carlos Alberto Menges Direito — O Estado Moderno e a Proteção dos Direitos do Homem, 1968; Karel Vasak — La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, 1968; Vicente Marotta Rangel — A Declaração Universal dos Direitos do Homem e o seu vigésimo aniversário, in *Problemas Brasileiros*, n.º 70, janeiro 1969, págs. 3 e segs.; Antonio Truyol y Serra — Los Derechos Humanos, 1968; Gérson de Brito Mello Bosa — O Homem como Sujeito de Direito Internacional, 1951; H. Lauterpacht — International Law and Human Rights, 1950; René Brunet — La Garantie Internationale des Droits de l'Homme d'après la Charte San-Francisco, 1947; Moses Moskowitz — Human Rights and World Order, 1959; Piter N. Drost — Human Rights as Legal Rights, 1951; Jacqueline Hochette — L'Individu devant le Droit International, 1956; Giuseppe Sperduti — L'Individuo nel Diritto Internazionale, 1950; C. A. Dunshee de Abranches — Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 1964; Oliveiros Litrento — O problema Internacional da Jurisdição Doméstica: o Homem, 1966; José Soder — Direitos do Homem, 1960; Georges Ténékides — L'Individu dans l'Ordre Juridique Internationale, 1933; A. de Sampaio Dória — Os Direitos do Homem, 1942; Carlos García Bauer — Los Derechos Humanos, Preocupación Universal, 1960; Jacques Maritain — Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle, 1942; René Brunet — La Garantie Internationale des Droits de l'Homme, 1950; H. Lauterpacht — An International Bill of The Rights of Man, 1945; Gaetano Arangio-Ruiz — Gli Enti Soggetti dell'Ordinamento Internazionale, vol. I, 1951; F. A. Von Der Heydte — L'Individu et les Tribunaux Internationaux, in *RdC*, 1962, vol. III, t. 107, págs. 287 e segs.; Nicolas Politis — Les Nouvelles Tendances du Droit International, 1927, págs. 55 e segs.; H. Golsog — Implementation of International Protection of Human Rights, in *RdC*, 1963, vol. III, t. 110, págs. 7 e segs.; Jean Spiropoulos — L'Individu et le droit international, in *RdC*, 1929, vol. V, t. 30, págs. 195 e segs.; Gaius Ezejiiofor — Protection of Human Rights Under the Law, 1964; Stélio Séfériadès — Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales, in *RdC*, 1935, vol. I, t. 51, págs. 2 e segs.; E. Hamburger — Droits de l'Homme et Relations Internationales, in *RdC*, 1959, vol. II, t. 97, págs. 293 e segs.; Giuseppe Sperduti — L'Individu et le Droit International, in *RdC*, 1956, vol. II, t. 90, págs. 727 e segs.; Celso de Albuquerque Mello — Pessoas Internacionais, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 37, 1956, págs. 127 e segs.; Jacques Dumas — La Sauvegarde internationale des Droits de l'Homme, in *RdC*, 1937, vol. I, t. 59, págs. 5 e segs.; B. Mirkine-Guetzevitch — Quelques Problèmes de la Mise en Oeuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, in *RdC*, 1953, vol. II, t. 93, págs. 255 e segs.; J. Koster — Les Fondements du Droit des Gens, in *Biblioteca Visseriana*, t. IV, 1925, págs. 252 e segs.; The European Convention on Human Right (Humphrey Valdock, A. H. Robertson, H. Golsog etc.), 1965; Ilmar Penna Marinho — Nova Tendência do Direito Internacional, 1958; René Cassin — La déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme, in *RdC*, 1951, vol. II, t. 79, págs. 241 e segs.; La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le cadre Européen — Travaux du Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1961; A. V. Silveira de Souza — O Individuo perante a Justiça Internacional, 1953; Gérson de Brito Mello Bosa — Internacionalização dos Direitos do Homem, 1972; Almir

de Oliveira — A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, in *Tabulae*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, ano II, n.º 2, págs. 126 e segs., e no ano IV, n.º 4, págs. 7 e segs.; Carlos Alberto Dunshee de Abranches — O esgotamento dos recursos da jurisdição interna no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, in *Revista de Direito*, n.º 15, 1972, págs. 5 e segs.; A. H. Robertson — The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Right, in *BYBIL*, 1968-1969, págs. 21 e segs.; René Cassin — Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, in *Daloz — Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit International*, t. I, 1968, págs. 595 e segs.; Oliveiros Litrento — O Problema Internacional dos Direitos Humanos, 1973 (nova edição da obra do mesmo autor citada acima); Theodore Hiou — La Charte Sociale Européenne, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1972, págs. 311 e segs.; Gérard Lyon-Caen — Droit Social International et Européen, 1974; John Carey — The International Legal Order on Human Rights, in *The Future of the International Legal Order*, editado por Cyril E. Black e Richard A. Falk, vol. IV, 1972, págs. 268 e segs.; Gerard Cohen-Jonathan — Les droits de l'homme dans les Communautés Européennes, in *Recueil d'Études en Hommage à Charles Eisenmann*, 1975, págs. 399 e segs.; Claudio Zanghi — Gli "Status" Giuridici negli Enti Internazionali, 1975, págs. 140 e segs.; Niceto Alcalá Zamora Castillo — La protección procesal internacional de los derechos humanos, 1975; Egon Schwelb — Entry into Force of the International Covenants on Human Rights and the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, in *AJIL*, July 1976, vol. 70, n.º 3, págs. 511 e segs.; Marc Bossuyt — L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme, 1976; M. E. Tardu — The Protocol to the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the Inter American System: A Study of Co-Existing Petition Procedures, in *AJIL*, October 1976, vol. 70, n.º 4, págs. 778 e segs.; Jean-Bernard Marie — La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU, 1975; David Ruzié — Souveraineté de l'État et protection internationale des droits de l'homme, in *Mélanges Offerts à Georges Burdeau. Le Pouvoir*, 1977, págs. 963 e segs.; Hector Gros Espiell — Le Système Interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'Homme, in *RdC*, t. 145, 1975, vol. II, págs. 1 e segs.; Marc Scheiber — La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'Homme, in *RdC*, 1975, vol. II, t. 145, págs. 297 e segs.; Michael O'Boyle — Torture and Emergency Powers under the European Conventions on Human Rights: Ireland v. the United Kingdom, in *AJIL*, October 1977, vol. 71, n.º 4, págs. 674 e segs.; A. H. Robertson — Enquêtes en matière de Droits de l'homme, in *L'Inspection Internationale*, coordenado por Georges Fischer e Daniel Vignes, 1976, págs. 501 e segs.; K. Vasak — Le droit international des droits de l'homme, in *RdC*, 1974, vol. II, t. 140, págs. 333 e segs.; M. Franchini Netto — Os Direitos Humanos na ONU, 1979; Maurice Cranston — O que São os Direitos Humanos?, 1979; J. M. Crouzatier — D'Helsinki a Madrid: La Circulation des Personnes et des Informations en Europe, in *RGDIP*, 1980, n.º 3, págs. 752 e segs.; Le Droit à la Santé en tant que droit de l'homme — Colloque — Académie de Droit International de La Haye 1978, 1979; Volker Diesbach — The Concept of Freedom of Information in International Guarantees of Human Rights, in *Law and State*, vol. 19, 1979, págs. 91 e segs.; Société Française pour le Droit International — La Circulation des Informations et le Droit International, Colloque de

Strasbourg, 1978; Jacques Mourgeon — Les Droits de l'Homme. 1978; Les dimensions internationales des droits de l'homme — redator geral: Karel Vasak. 1978; H. Thierry — L'Homme Sujet de Droit, in *Réalités du Droit International Contemporain* 3, Actes de la cinquième rencontre de Reims, 1981, págs. 106 e segs.; Carlos García Bauer — Protección Internacional de los Derechos Humanos. in Séptimo Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1980), 1981, págs. 250 e segs.; Richard Falk — Human Rights and State Sovereignty, 1981; U. O. Umzurike — The African Charter of Human and People's Rights, in *AJIL*, October 1983, vol. LXXVII, n° 4, págs. 902 e segs.; Thomas Buergenthal — The Inter-American Court of Human Rights. in *AJIL*, April 1982, vol. LXXVI, n° 2, págs. 231 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos; avaliação crítica, in *Revista de Informação Legislativa*, n° 7, jan./mar. 1982, págs. 107 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — A implementação dos Direitos Humanos ao final da década de setenta, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, outubro de 1979, págs. 331 e segs.; G. Ténékidès — L'action des Nations Unies contre la discrimination sociale, in *RDC* 1980, vol. III, t. 168, págs. 269 e segs.; Claude Lefort — Droits de l'homme et politique, in *Claude Lefort — L'invention démocratique*, 1981, págs. 45 e segs.; Jean-Jacques Israel — Le droit au développement, in *RGDIP*, 1983, n° 1, págs. 5 e segs.; Le Droit au Développement au Plan International — Colloque 1979, Académie de Droit International de La Haye, 1980; Thomas Buergenthal — The Inter-American system for the protection of human rights, in *Anuário Jurídico-Interamericano* 1981, 1982, págs. 30 e segs.; Diego Uribe Vargas — Los Derechos de Solidariedad, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. VII, 1984, págs. 49 e segs.; A. A. Cançado Trindade — I Diritti dell'Uomo nella prassi della Commissione Europea e della Commissione Inter-americana, in *Bolletino degli Interessi Sardi*, 1983, n° 1, págs. 93 e segs.; Gérard Soulier — Nos droits face à L'État, 1981; Philip Kunig — The Protection of Human Rights by International Law in Africa, in *Law and State*, vol. XXVII, págs. 7 e segs.; Almir de Oliveira — Democracia e Direitos Humanos, 1983; Etienne-R. Mbaya — Human Rights in North-South Relations, in *Law and State*, vol. XXX, 1984, págs. 7 e segs.; Michel Villey — Le Droit et les droits de l'homme, 1983; A. A. Cançado Trindade — The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law, 1983; Les droits de l'homme dans la ville, introdução de Jean Fernand Laurent, 1981; Alberto Herrarte Gonzalez — Proyecto de Convención que define la tortura como crimen internacional, in Séptimo Curso de Derecho Internacional organizado pelo Comitê Jurídico Interamericano (agosto de 1980), 1981, págs. 298 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Una Evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Evaluación Crítica, in *Jurídica*, Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana, n° 16, 1984, págs. 433 e segs.; Jorge Jellinek — La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, 1908; Jean Morange — Libertés publiques, 1985; Thomas Buergenthal — The advisory practice of the Interamerican Human Rights Court, in *AJIL*, January 1985, vol. 79, n° 1, págs. 1 e segs.; Theodor Meron — The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, in *AJIL*, April 1985, vol. 79, n° 2, págs. 283 e segs.; Theodor Meron — On a Hierarchy of International Human Rights, in *AJIL*, January, 1986, vol. 80,

n° 1, págs. 1 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 1988; Antonio Celso Alves Pereira — O Direito Internacional do Desenvolvimento como instrumento de mudança da sociedade internacional contemporânea, 1988 (tiragem mimeografada); Wilhem Karl Geck — Diplomatic Protection and the Extension of Individual Rights Through Treaties, in *Law and State*, vol. 31, 1985, págs. 42 e segs.; Rafael Nieto Navia — El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, in XI Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comitê Jurídico Interamericano, 1985, págs. 231 e segs.; René-Jean Dupuy — Thème et Variations sur le Droit au Développement, in *Mélanges Charles Chaumont*, 1984, págs. 263 e segs.; Philip Kunig — The Inner Dimension of the Right to Development. Considerations concerning the Responsibility of Developing Countries, in *Law and State*, vol. 36, 1987, págs. 46 e segs.; Marie-France Renoux-Zagane — Du Droit de Dieu au Droit de l'Homme, sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, in *Droits*, n° 1, 1985, págs. 17 e segs.; Jorg Becker — From Prejudice to Dependency; Conflicts on the Way to a New International Information Order, in *Law and State*, vol. 33, 1986, págs. 44 e segs.; Jean-Pierre Colin e Jack Lang — La Culture entre les peuples et les états: vero un nouveau Droit International, in *Mélanges Charles Chaumont*, 1984, págs. 179 e segs.; Roger Pinto — La Liberté d'Information et d'Opinion en Droit International, 1984; Claude Nigoul e Maurice Torrelli — Les mystifications du nouvel ordre international, 1984; *Revista Direitos*, vol. 8, 1988, dedicada à Declaração de 1789; Jean Morange — La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1988; Zalmai Haquani — La Convention des Nations Unies contre la Torture, in *RGDIP*, 1986, vol. I, págs. 127 e segs.; Celso Lafer — A Ruptura Totalitária e Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com Hannah Arendt, 1988 (excelente obra); Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Recopilación de Instrumentos Básicos — Daniel Zovatto G., compilador, 1987; José L. Gómez del Prado — Organos y mecanismos internacionales de supervisión establecidos por las convenciones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, in *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Julio-Diciembre, 1987, págs. 21 e segs.; Jorge Peirano Basso — La Carta Social Europea, in *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Julio-Diciembre, 1987, págs. 47 e segs.; Pierre-Marie Dupuy — L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international), in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 32, 1987, págs. 119 e segs.; Direitos Humanos — Um debate necessário, 2 vols., 1987-1989; Wagner Rocha D'Angelis — Direitos Humanos: a luta pela justiça, 1989; P. Rolland e P. Tavernier — La Protection Internationale des Droits de l'Homme. Textes, 1989; A. A. Cançado Trindade — Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels), in *RDC*, vol. 202, 1987, t. II (Curso magistral); Edward Peters — Tortura, 1988; Antonio Augusto Cançado Trindade — Reflexões sobre o valor jurídico das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, por ocasião de seu quadragésimo aniversário, in *Revista de Informação Legislativa*, jul./set. 1988, págs. 9 e segs.; Frédéric Sudre — Droit international et européen des droits de l'homme, 1989; Frédéric Sudre — La Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1990; Marcel Gauchet — La Révolution des droits de l'homme, 1989; Ivo Sefton de Azevedo — As Nações Unidas e a Tortura, in *BSBDI*, 1985/86, págs. 47 e segs.; Luc Ferry — Droits de l'homme, in *L'héritage de la Révolution Française*

sob a direção de François Furet. 1989, págs. 285 e segs.; Eduardo Jiménez de Aréchaga — La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, in BSBDI, 1987/1989, n.ºs 69/71, págs. 35 e segs.; A. A. Cançado Trindade — La Protection des Droits Économiques, Sociaux et Culturels, in RGDIP, Octobre-Décembre 1990, n.º 4, págs. 913 e segs.; Derechos Económicos y Desarrollo en América Latina, coordenadores: Jaime Ordoñez e Enrique Vazquez, 1991; Antonio Augusto Cançado Trindade — Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos, 1969; Carlos S. Nino — Ética y Derechos Humanos, 1989; Antonio Augusto Cançado Trindade — A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos, 1991 (excelente obra); Daniel Taurp — Le Contrôle du Respect du Pacte International Relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, in Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 465 e segs.; Nicolas Valticos — La Notion des Droits de l'Homme en Droit International, in Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 483 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Cuestiones Especiales de Operación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, in Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales — Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana, 1991, págs. 49 e segs.; C. B. Macpherson — Os Direitos Humanos em fins do Século XX, in C. B. Macpherson — Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios, 1991, págs. 37 e segs.; Gérard Cohen-Jonathan — Responsabilité pour atteinte aux Droits de l'Homme, in Société Française pour le Droit International — colloque du Mans — la responsabilité dans le système international, 1991, págs. 101 e segs.; Norberto Bobbio — A Era dos Direitos, 1992; A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras, editor Antonio Augusto Cançado Trindade, 1992; K. Wellens — La Cour Internationale de Justice et la Protection des Droits de l'Homme, in Les Incidences des Jurisprudences Internationales sur les Droits Néerlandais et Français Notamment sur les Droits de l'Homme, in Actes du Colloque organisé à Poitiers les 13-14-15 mai 1991, par les Facultés de Droit de Nimègue et de Poitiers, 1992; Alfred Dufour — Droits de l'Homme. Droit Naturel et Histoire, 1991; Frédérique Sudre — L'Europe des Droits de l'Homme, in Droits, n.º 14, 1991, págs. 105 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, 1991; Antonio Augusto Cançado Trindade — Le Cuestion de la Protección Internacional de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales: Evolucion y Tendencias Actuales, 1992; Bernard Edelman — L'Ennemi dans les Déclarations sur les Droits de l'Homme, in Droits, n.º 16, 1992, págs. 118 e segs.; Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente, editor Antonio Augusto Cançado Trindade, 1992; Antonio Casese — La Valeur Actuelle des Droits de l'Homme, in Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 65 e segs.; Keba M'Baye — Droits de l'Homme et pays en developpement, in Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 211 e segs.; Georges Vedel — Les Droits de l'Homme: Onels Droits? Onel Homme?, in Mélanges René-Jean Dupuy, 1991, págs. 349 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Direitos Humanos e Meio Ambiente, 1993; Antonio E. Perez Luño — Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion, 1991; Frédéric Sudre — De Quelques Interrogations sur l'Evolution du Mécanisme Européen de Garantie des Droits de l'Homme, in Mélanges Gilbert Apollis, 1992, págs. 113 e segs.; J.-F. Flauss — Vers une Regeneration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Organe de

Controle de la Convention Européene des Droits de l'Homme, in Mélanges Gilbert Apollis, 1992, págs. 138 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — O processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993, in Revista Brasileira de Política Internacional, ano 36, n.º 1, 1993, págs. 37 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos, in Arquivos do Ministério de Justiça, n.º 182, julho/dezembro 1993, págs. 27 e segs.; Antonio Augusto Cançado Trindade — Direitos Humanos e Direito Humanitário: Convergência e Ampla Dimensão da Proteção Internacional, in BSBDI, abril/junho, 1992, n.ºs 79/80, págs. 13 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Meio Ambiente e Desenvolvimento: Formulação. Natureza Jurídica e Implantação do Direito ao Desenvolvimento, in BSBDI, julho/novembro 1992, n.ºs 81/83, págs. 49 e segs.; Antonio Celso Alves Pereira — O Direito ao Desenvolvimento no Contexto dos Direitos Humanos, in BSBDI, n.ºs 77/78, janeiro/março 1992, págs. 27 e segs.; Hector Gros Espiell — El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, in Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. V, 1992-1993, págs. 45 e segs.; A. A. Cançado Trindade — A Implementação do Direito a um Meio Ambiente Sadio no Direito Internacional, in BSBDI, janeiro/março 1992, n.ºs 77/78, págs. 63 e segs.; José H. Fischel de Andrade, Christiane C. e S. de Castro e Maurício C. de Almeida Prado — Do Indivíduo como Sujeito de Direito Internacional, in Revista de Estudos Jurídicos, vol. 26, n.º 67, maio-agosto 1993, págs. 83 e segs.; Luc Ferry e Alain Renaut — Filosofia política. De los derechos del hombre a la idea republicana, 1991; A. A. Cançado Trindade — La Protección Internacional de "los Derechos Economicos, Sociales y Culturales", in Estudios Basicos de Derechos Humanos, coordenação de Rodolfo Cerdas Arce y Rafael Nieto-Loraiza, 1994, págs. 39 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Derechos de Solidaridad, in Estudios Basicos de Derechos Humanos, coordenação de Rodolfo Cerdas Araz e Rafael Nieto-Loraiza, 1994, págs. 63 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promocion Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho, in BSBDI, janeiro-junho, 1994, n.ºs 91-92, págs. 13 e segs.; Joel Rideau — El Papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tecnicas de proteccion, in L. Favoreu *et alii* — Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, 1984, págs. 537 e segs.; Louis Dubouis — El Papel del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de proteccion, in L. Favoreu *et alii* — Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, 1984, págs. 563 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Meio Ambiente e Desenvolvimento: Formulação, Natureza Jurídica e Implementação do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano, in BSBDI, julho/novembro 1992, n.ºs 81/83, págs. 49 e segs.; Pierre-Henri Imbert — Droits des Pauvres, Pauvre(s) Droit(s)? Réflexions sur les Droits Économiques, Sociaux est Culturels, in BSBDI, dezembro, 1992/maio 1993, n.ºs 84/86, págs. 229 e segs.; Christophe Swinarski — On Relations of The International Humanitarian Law and the International Law of Human Rights, in BSBDI, dezembro 1992/maio 1993, n.ºs 84/86, págs. 179 e segs.; Gérard Peytrignet — Proteção da Pessoa Humana nos Conflitos Armados e nas Situações e Papel do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, in BSBDI, Dezembro 1992/maio 1993, n.ºs 84/86, págs. 165 e segs.; A. H. Robertson com revisão de J. G. Merrills — Human Rights in the World, 1992; Claude Leclercq — Libertés Publiques, 1994; Diego López Garrido — Libertades Economicas y Dere-

chos Fundamentales en el Sistema Comunitario, 1986; Nouvel Ordre Mondial et Droits de l'homme. La Guerre du Golfe, coordenação de Paul Tavernier, 1993; La Protection des Droits Fondamentaux. Actes du Colloque organisé à Varsovie des 9 ou 15 mai 1992 par les Facultés de Droit de Varsovie et de Poitiers, 1993; J. A. Lindgren Alves — Os Direitos humanos como tema Global, 1994; José H. Fischel de Andrade — Da Relação Simbiótica entre Democrática e Direitos Humanos à luz do Direito Internacional, *in* Contexto Internacional, vol. 16, n. 2 — julho-dezembro 94, págs. 295 e segs.; Butha Santoscoy — La Comisión Interamericana des Droits de l'Homme et le Développement de sa Compétence par le système des pétitions individuelles, 1995; Constance Grewe e Hélène Ruiz Fabri — Droits Constitutionnels européens, 1995; Robert Alexy — Teoria de los Derechos fundamentales, 1993; Antonio Augusto Cançado Trindade — Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, janeiro de 1995, n.º 80, págs. 149 e segs.; José H. Fischel de Andrade — O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos, *in* África, Revista do Centro de Estudos Africanos, USP, 1993-1994, págs. 23 e segs.; Juan Carlos Hitters — Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2 vols., 1991-1993; Giorgio Filibeck — Le Droit au développement comme "principe régulateur des relations internationales" dans l'enseignement de l'Eglise Catholique, *in* Les Relations internationales à l'épreuve de la science politique, Mélanges Marcel Merle, 1993; Ricardo Lobo Torres — Os Direitos Humanos e a Tributação, 1995; A. A. Cançado Trindade — Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in* Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza, 1995, págs. 9 e segs.; Jacques Robert com a colaboração de Jean Duffar — Droits de l'homme et libertés fondamentales, 1994; La Convention Européenne des Droits de l'Homme, sob a direção de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Pierre Henri Imbert, 1995; Joel Rideau — L'Influence Communautaire sur la Protection des Droits Fondamentaux de la Personne dans les États Membres, *in* Droit Communautaire et Protection de Droits Fundamentaux dans les États Membres, sob a direção de Louis Dubouis, 1995, pág. 5 e segs.; Ignacio Arx Pinilla — Las Transformaciones de los Derechos Humanos, 1994; Blandine Barret-Kriegel — Les droits de l'homme et le droit naturel, 1989; Bernard Bourgeois — Philosophie et Droits de l'Homme. De Kant a Marx, 1990; Daniel Gutman — La Question du Droit Subjectif chez Guillaume d'Occam, *in* Le droit des Modernes (XIV-XVIII, siècle), coordenado por Stéphane Rials, 1994, págs. 11 e segs.; Marc-André Eissen — El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1985; Tom J. Farer e Felice Gaer — The UN and Human Rights: At the End of Beginning, *in* United Nations — Divided World, coordenado por Adam Roberts e Benedict Kingsbury, 2.ª ed., 1995, págs. 240 e segs.; Jaime Oraá — Human Rights in States of Emergency in International Law, 1996; Ireneu Cabral Barreto — Convenção Européia dos Direitos do Homem, 1995; Antonio Augusto Cançado Trindade — A II Conferência Internacional de Direitos Humanos: O Legado de Viena, *in* A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro, editor: Antonio Cançado Augusto Trindade, 1996, págs. 45 e segs.; Derecho Internacional y Derechos Humanos, Editores Daniel Bordonni e A. A. Cançado Trindade, 1996; Ernst-Wolfgang Bockenforde — Escritos sobre Derechos Fundamentales, 1993; Albrecht Weber — L'État social et les droits

sociaux en FRA, *in* Revue Française de Droit Constitutionnel, n.º 24, 1995, págs. 677 e segs.; Henry J. Steiner e Philip Alston — International Human Rights in Context, 1996; Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie, organizada por Frédéric Worms, 1993; Flavia Piovesan — Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 1996 (excelente obra); Lucie Lamarche — Perspectives occidentales du Droit International des Droits Economique de la Personne, 1995; Derechos humanos, coordenado por Jesus Ballesteres, 1992; Louis Henkin — The Age of Rights, 1996; Gerard Cohen-Jonathan — Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme, *in* RGDIP, 1996, n.º 4, págs. 915 e segs.; Francis G. Jacobs e Robin C. A. White — The European Convention on Human Rights, 1996; Juan Antonio Carrillo Salcedo — Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, 1996; Alberto Nogueira — A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação, 1997; Antonio Augusto Cançado Trindade — Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. 1, 1997 (a primeira obra lançada no Brasil sobre o tema). Gregorio Peces-Barba Martinez-Derecho y Derechos Fundamentales, 1993; Gregorio Peces-Barba Martinez — Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General, 1995; Patrick Wachsmann — Libertés publique, 1996; Boaventura de Souza Santos — Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme, "in" Droit et Société, n.35 págs.79 e segs., 1997; Marc Carrillo — La Tutela de los Derechos Fundamentales por los Tribunais Ordinarios, 1995; Flavia Piovesan — Temas de Direitos Humanos, 1998; Frédéric Sudre — La Dimension Internationale et Européenne des Droits et Libertés Fundamentaux, "in" Droits et Libertés fondamentaux, sob a direção de Rémy Cabrilac, Marie-Anne Frisou-Roche e Thierry Revet, 1996; Fernando Barcellos de Almeida — Teoria Geral dos Direitos Humanos, 1996; Jorge Leite, Liberal Fernandes e João Reis — Colectânea da Jurisprudência Social Comunitária, T. II, 1986 — 1991, 1996; Alexandre de Moraes — Direitos Humanos Fundamentais, 1997, The United Nations and Human Rights, coordenado por Philip Alston, 1996; Droits Fondamentaux et Spécificités Culturelles, coordenado por Henri Pollard e Stamatios Tzitzis, 1997; Derechos Humanos y Constitucionales ante el Tercer Milenio, coordenação de Antonio-Enrique Perez Luño, 1996; Direitos Humanos no Século XXI, organizadores Paulo Sérgio Pinheiro e Samuel Pinheiro Guimarães, 2 vols., 1999; Antônio Augusto Cançado Trindade — A Proteção dos direitos humanos e o Brasil, 1998; Children, Rights and the Law, coordenado por Philip Alston, Stephen Parker e John Seymour, 1995; Hector Gross Espiell — Amicorum Liber, 2 vols, 1997; Robert Charvin — La Declaration de Copenhague sur le Développement Social. Évaluation et Suivi, "in" RGDIP, T. 101/1997/3, págs 635 e segs.; François Rigaux — La Loi des Juges, 1997; Antônio E. Perez Luño — Los Derechos Fundamentales, 1995; Michel G. Perry — The Idea of Human Rights, 1998; Rodolfo Vidal Gomez Alcalá — La Ley como Limite de los Derechos Fundamentales, 1997; Ingo Wolfgang Sarlet — A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 1998; Francisco Javier Diaz Revorio — Valores Superiores e Interpretacion Constitucional, 1997; José Augusto Lindgren Alves — A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos, 1998; Alexandre Moraes — Direitos Humanos Fundamentais, 1998; Gregorio Robles — Los Derechos Fundamentales y la ética en la sociedad actual, 1992; The Inter-American System of Human Rights, coordenado por David Harris e Stephan Livingstone, 1998; Société Française pour le Droit International — Colloque de Strasbourg — la protection de droits de l'homme et l'évolution du droit international, 1998;

Historia de los Derechos Fundamentales. direção de Gregorio Peces-Barba Martínez e Eusebio Fernandez García. T. 1. 1999; Gregorio Peres-Barba Martínez – Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. 1999: os Direitos humanos e o Direito internacional. organizadores: Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nádia de Araújo. 1999; Gerard Cohen-Jonathan – responsabilité pour Etteinte aux Droits de l'Homme, "in" Societé Française pour le Droit International – la responsabilité dans le système international. Colóque du mans, 1991, pgs 101 e segs.; Cultura dos Direitos Humanos, coordenadores: Maria Luiza Marcílio e Lafaiete Pussoli, 1999; Flavia Piovesan — Direitos Humanos e Globalização, "in" Direito Global, coordenadores: Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, 1999, 195 e segs.; Fernando Quintana — La ONU y la Exégesis de los "de trechos Humanos, 1999. Noelle Lenoir e Bertrand Mathieu — Le droit international de la bioéthique (Textes), 1998; Mireille Delmas-Marty — Trois déffins pour un droit mondial, 1998; Paulo Arminio Tavares Buechele — O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição, 1999; Yves Madiot — Considérations sur les Droits et les Devoirs de l'Homme, 1998; R. Beddard — Human Rights and Europe, 1993; Béatrice Maurer — Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, 1999.

1A. Uma questão interessante a ser discutida é a da existência ou não de uma natureza humana. "Norbert Elias adota... como idéia-chave, a tese de que a condição humana é uma lenta e prolongada construção do próprio homem..." Ela não é dada por Deus. (Renato Janine Ribeiro, prefácio a Norbert Elias — O Processo Civilizador, vol. II, 1993). O mesmo Norbert Elias (La Societé des individus, 1991) afirma que a noção do eu depende do mundo exterior. Ele não existe como algo externo a este. O eu surge em uma sociedade. Não existe ser humano isolado em si. Edgar Morin (Le paradigme perdu: la nature humaine, 1973) escreve que o homem é um animal. "O homem verdadeiro está na dialética de 'sapiens demens'." Ou, ainda, "a história é uma sucessão... de variações e manifestações semi-aleatórias do 'sapiens'". Fala na unidade do gênero humano, mas que ao mesmo tempo há uma "diversidade cultural". Hanna Arendt (As Origens do Totalitarismo, vol. II — Imperialismo, a expansão do poder, 1976) afirma que o homem do século XX se emancipou da natureza. Ao falar dos crimes nazistas, escreve que as "pessoas haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas — exceto que ainda eram humanas". Afirma que tais pessoas perdem as qualidades do ser humano e tem dúvidas sobre a denominada "natureza humana". Já Marcuse, no início da década de 30, sustenta que a essência humana se mantinha através da História e apesar das "perversões" ou "desvios" do homem, este mesmo acabava por coincidir com a sua essência (Rolf Wiggerhaus — L'École de Francfort, 1993). Um trecho bastante vinculado ao tema versado neste capítulo é o de Tzvetan Todorov (Nós e os Outros. A Reflexão Francesa sobre a Diversidade Humana, vol. 1, 1993): "no século XX não se pode ignorar a que extremos — que tem por nome, entre outros, 'apartheid' e 'solução final' — pode conduzir a renúncia à idéia da unidade de gênero humano. Mas o que, acima de tudo, é preciso recusar é a condenação a essa alternativa estéril: relativismo ou evolucionismo. Pondo-se de lado o domínio estrito da tecnologia, a evolução como processo irreversível e comum a toda a humanidade é evidentemente um logro, mesmo que 'a fé no progresso' não tenha se extinguido em todos os lugares". E acrescenta: "o próprio conhecimento etnológico é inconcebível sem uma referência à univer-

salidade...". Finalmente citamos Álvaro de Vita (O Lugar dos Direitos na Moralidade Política. "in" Lua Nova. 1993. n° 30, págs. 5 e segs.): "considerar que as pessoas estão investidas de direitos é uma forma de afirmar sua humanidade como fim em si mesmo".

2. O positivismo declara que eles são um produto da sociedade, uma vez que o homem não teria direitos inatos.

2A. Tem-se entendido valor como uma "abstração mental que é realizada a partir de uma experiência humana concreta".

3. Pode-se assinalar que no final do século XIX alguns doutrinadores já sustentavam ser o homem sujeito do DI: Fiore, Westlake, Bonfils, etc. Parece que o primeiro deles foi Heffter, cuja obra "Das Europäisclie Volkerrecht" (Direito Internacional Europeu) já continha tal afirmação.

4. Este autor sustenta que o Estado já fora uma jaula de ferro e que os indivíduos somente se comunicavam com o mundo internacional através das grades, e que atualmente estas grades começavam a ser abertas.

4A. É verdade que neste caso a intervenção ocorre não propriamente pela violação dos direitos do homem, mas pela ameaça à paz e segurança internacionais.

5. V. Capítulo IX.

5A. Os direitos econômicos, sociais e culturais do homem apareceram em 1917, na Constituição mexicana; em 1918, na Constituição soviética; e em 1919, na Constituição de Weimar.

6. Wilson propôs que a SDN tratasse dos direitos do homem, mas ele se preocupava apenas com a liberdade de religião. A Inglaterra propôs que o Conselho da Liga pudesse realizar uma intervenção nos Estados que não respeitassem esta liberdade. O Japão propôs a proibição de discriminação racial. Diante destas emendas, os EUA se opuseram ao projeto, que foi então abandonado.

7. Elaborado pelo Comitê jurídico Interamericano, conforme fora aprovado na Conferência de Chapultepec.

8. Entretanto, esta não tem sido a orientação da jurisprudência interna dos Estados. Em 1950, um tribunal da Califórnia, no caso Sei Fujii v. State, aplicou a Carta da ONU no tocante aos direitos do homem e considerou revogada uma lei que interditava a aquisição da propriedade por determinados estrangeiros (era uma lei dirigida aos japoneses). A Corte Suprema da Califórnia considerou que a Carta da ONU a respeito dos direitos do homem não tinha obrigatoriedade, mas considerou a lei inválida com base na Emenda XIV da Constituição. Alega-se muitas vezes que os dispositivos da Carta da ONU não são auto-executáveis.

8A. Atualmente ela tem 32 membros, sendo oito da África; seis da Ásia, seis da América Latina, oito da Europa Ocidental e outros Estado, e quatro de Estados socialistas da Europa Oriental. Ela se reúne anualmente durante quatro a seis semanas, sendo um ano em Nova Iorque e outro em Genebra. As decisões são tomadas por maioria dos membros presentes e votantes. A abstenção é tomada como não votante. Ela faz investigação sobre direitos do homem por meio de grupos de técnicos, bem como elabora projetos de convenção.

9. A Comissão se baseou em um projeto de René Cassin (França).

10. Dez de dezembro passou a ser comemorado como o Dia dos Direitos do Homem.

11. Na votação em separado dos artigos da Declaração, 25 deles foram aprovados unanimemente. Os países que se abstiveram, o fizeram pelas seguintes razões:

o bloco soviético reivindicava que se desse maior importância aos direitos econômicos e sociais; a Arábia Saudita afirmou que o pensamento muçulmano não influenciaria a Declaração; a União Sul-Africana porque há a interdição de discriminação racial.

12. Em 1962 foi criado um Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos do Homem. A eleição é por cinco anos e a sua função é auxiliar na aplicação dos direitos do homem.

12A. Os partidários da redação de um único pacto alegavam que não se pode distinguir claramente diferentes categorias de direitos do homem.

13. V. Capítulos XIX e XXIII. A introdução do direito de autodeterminação nos Pactos foi iniciativa da URSS.

13A. Algumas observações podem ser formuladas sobre o racismo com fundamento em Alberto Memmi (*Le Racisme*, 1994): "o racismo é a valorização geral e definitiva de diferenças reais ou imaginárias, em proveito do acusador e em detrimento de sua vítima, a fim de legitimar uma agressão". Outros textos podem ser citados: a) "a diferença é o pivô do racismo, porque o desconhecido provoca medo; ora, este medo suscita a agressividade"; b) "a finalidade do racismo está na dominação"; c) "racismo tem uma função;... ele baliza e legitima uma dominação"; d) "o homem é o único animal que para se justificar despreza, humilha, aniquila sistematicamente seu semelhante no seu corpo e no seu ser"; e) "para que o racismo recue é necessário combater a dominação". Pode-se lembrar que a palavra "raça" surge no francês no século XV. O racismo surge no século XVI com os espanhóis que falam na sua missão civilizadora na América e a "inferioridade natural" dos índios.

13B. A ONU preparou projeto de convenção contra tortura, tratamento cruel, degradante e desumano em que os Estados se obrigariam a reprimir e a assegurar uma compensação à sua vítima. Proíbe a extradição quando o indivíduo estiver ameaçado de ser torturado. A tortura é considerada crime passível de extradição. Em 1980 um projeto de protocolo especial a esta convenção estabelece que o Estado admitiria uma inspeção. O protocolo seria aplicado por um Comitê de dez membros, que faria relatórios e recomendações. Em 1984 foi aprovada na ONU convenção para a repressão à tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Inicialmente deve se observar que ela não define estas penas e tratamentos. Não deve ser extraditado alguém que esteja ameaçado de ser torturado. Os Estados devem punir criminalmente os atos de tortura. Os torturadores devem ser extraditados e a convenção para repressão à tortura dispensa qualquer outro tratado de extradição quando este é necessário. Cria um Comitê para a repressão da tortura formado por dez técnicos que serão designados com fundamento na repartição geográfica. Os Estados submeterão ao Comitê, através do Secretário-geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que adotarem para a repressão da tortura, e o Comitê pode fazer observações e apresentar sugestões. O Estado pode declarar que reconhece no Comitê competência para receber reclamações contra ele apresentadas por outro Estado. Ainda em 1980, o Comitê jurídico Interamericano aprovou projeto de convenção definindo a tortura como crime internacional, obrigando os Estados a puni-lo e estabelecendo que o cumprimento de ordens superiores não tira a responsabilidade. Considera este Comitê (1980) como tortura "todo ato pelo qual se inflige a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais com fins de investigação criminal ou para qual-

quer outro fim como meio intimidativo, como castigo pessoal, como medida preventiva ou como pena". Se entenderá também como tortura a aplicação sobre outra pessoa de métodos técnicos ou científicos visando anular a personalidade da vítima, ou diminuir sua capacidade física ou mental, ainda que não cause dor física ou angústia psíquica. O projeto deste Comitê considera responsável pela tortura o funcionário público que ordene a tortura ou a faça, o mesmo ocorre no caso de não ser funcionário público, bem como considera responsável quem tem a possibilidade de impedir a tortura e não o faz. Herrarte Gonzalez observa que na maioria dos códigos penais a "obediência devida" tira a responsabilidade penal, mas ela só existe quando há dois elementos: a) a relação de superior para inferior; b) a ordem dada pelo superior está dentro de suas atribuições. Se a tortura é proibida legalmente, o elemento da alínea b não pode ser atendido. É como diz Ximena Barraza: "... a tortura é a encarnação da legalidade autoritária... a tortura marca a propriedade do poder... O que distingue o amo do servo é que aquele não tem marca. A tortura estigmatiza, delimita o mundo dos 'sem poder'" (Ximena Barraza — Notas sobre a Vida Cotidiana numa Ordem Autoritária, in Luis Maira e outros — América Latina. Novas Estratégias de Dominação, 1980, págs. 135 e segs.). A tortura tem uma lógica própria, vez que ela faz parte do terrorismo praticado pelo Estado, o preso não escapa à tortura mesmo que confesse porque ela também existe para aterrorizar os demais, bem como para se verificar se ele não sabe algo mais... V. sobre o assunto: Franz Fanon — Os Condenados da Terra, 1968; Michel Foucault — Vigiar e Punir, 1977. Para Umberto Eco (*O Nome da Rosa*, 1983): "se há uma coisa que excita mais os animais que o prazer, é a dor... Sob tortura dizes não só o que quer o inquisidor, mas também o que imaginas que possa dar-lhe prazer, porque se estabelece uma ligação... entre ambos". Para a médica legista Nicole Levy a tortura visa que a pessoa perca a identidade e portanto a palavra, sendo que vários torturados se suicidaram por não conseguirem falar. Devem ser reproduzidas algumas observações de D'Amato como de que na tortura o torturador não pode mostrar que sente prazer. Segundo Jaime Wright o torturador nunca pensa que ele pode perder o poder. Se a tortura é feita para defender o estado então este se encontra em situação patológica. Finalmente, em 1985 foi concluída a convenção interamericana para prevenir e punir a tortura, que é definida como abrangendo os aspectos físico e moral, bem como os métodos que alteram a personalidade do indivíduo. É responsável o funcionário público ou quem age sob as suas ordens. O cumprimento de ordens superiores não tira a responsabilidade. Os estados de guerra e de sítio não justificam a tortura. Os Estados devem tomar medidas para prevenir e punir a tortura, e, ainda, incluir em sua legislação uma indenização para as vítimas da tortura. As provas obtidas por tortura não terão valor legal. O crime de tortura é passível de extradição. As medidas adotadas em cumprimento da convenção devem ser comunicadas à Comissão Jurídica Interamericana. Em 1987 foi concluída convenção no Conselho da Europa para a prevenção da tortura e tratamento ou pena desumana ou degradante. Prevê a criação de um Comitê que fará inspeções. Alguns autores (Kooijmans) consideram a proibição de tortura como sendo uma norma de "jus cogens".

14. Um protocolo adicional foi concluído em 1952 e entrou em vigor em 1954, e inúmeros outros protocolos têm sido concluídos para ampliarem a proteção dos direitos humanos.

15. É de se assinalar que nenhum procedimento poderá ser intentado contra o homem, uma vez que a convenção não faz qualquer referência aos seus deveres.

16. A idéia de se criar uma Corte de Direitos do Homem no nosso Continente já se encontra na Conferência de Bogotá, onde foi aprovada uma resolução neste sentido.

16A. Ao contrário da Corte Européia.

17. A Lei nº 4.319, de 16 de março de 1964, criou, entre nós, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana para funcionar no âmbito do Ministério da Justiça. Entre as suas feições estão: a) realizar inquéritos sobre a eficácia das normas que visam assegurar os direitos do homem; b) divulgar os direitos do homem; c) receber e investigar denúncias sobre violação dos direitos do homem, etc. Ele deve cooperar com a ONU neste assunto. Na sua reformulação atual ele é composto de 11 membros. A sua atuação tem sido apagada e, na prática, inútil, e não funcionou durante os governos Médici e Geisel, sendo reativado no governo Figueiredo.

18. A causa do seu fracasso teria sido justamente o fato de certos governos terem "abusado deste direito do indivíduo de intentar uma ação perante a Corte, com a finalidade de enfraquecer a posição política do governo de um Estado vizinho, dissimulando-se através de um particular que intentava uma ação contra este governo". O indivíduo não poderia intentar uma ação contra o seu próprio governo, a não ser que o Estado tivesse "subscrito formalmente esta faculdade (von der Heydte)".

19. Em 1964 André Philip falou em Direito Internacional do Desenvolvimento, e a mesma expressão é encontrada, em 1965, em trabalho de Michel Virally. Entretanto, alguns autores têm salientado que não se deve confundir Direito Internacional do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento. V. capítulo Direito Internacional Econômico. Também em 1972 Carrillo Salcedo o defendeu.

Trabalhos do autor.....	1
Abreviaturas.....	12
Palavras prévias à 1ª edição.....	15
Prefácio do Prof. Franchini Netto (1ª ed.).....	17
Prefácio da 2ª edição.....	21
Prefácio da 4ª edição.....	23
Prefácio da 5ª edição.....	25
Prefácio da 6ª edição.....	27
Prefácio da 7ª edição.....	29
Prefácio da 8ª edição.....	31
Prefácio da 9ª edição.....	33
Prefácio da 10ª edição.....	35
Prefácio da 11ª edição.....	37
Prefácio da 12ª edição.....	39

LIVRO I

Parte Geral

<u>Capítulo I</u>	— A Sociedade Internacional.....	43
	1 — Introdução; 2 — Origens; 3 — Descrição da sociedade internacional; 4 — Denominação: sociedade ou comunidade; 5 — Da existência e fundamento da sociedade internacional; 6 — Características; 7 — Os novos Estados e o DIP.	
<u>Capítulo II</u>	— Noções Preliminares.....	67
	8 — Definição; 9 — Bases sociológicas; 10 — Denominação; 11 — Divisão; 12 — Método; 13 — A norma jurídica internacional; 14 — Relações do DIP com os demais ramos da Ciência Jurídica; 15 — Moral internacional; 16 — Cortesia internacional; 17 — O princípio da efetividade; 17A — O princípio da reciprocidade; 18 — Terminologia; 18A — Presunção.	
<u>Capítulo III</u>	— Negadores do DI.....	103
	19 — Introdução; 20 — Negadores práticos; 21 — Negadores teóricos; 22 — Crítica aos negadores; 23 — O DI como direito imperfeito; 23A — Conclusão.	
Capítulo IV	— Relações entre o D. Internacional e o D. Interno.....	109
	24 — Introdução; 25 — Dualismo; 26 — Monismo; 27 — Teorias conciliadoras; 28 — Prática internacional; 29 — Prática interna; 30 — Conclusão.	
<u>Capítulo V</u>	— Fundamento do Direito Internacional.....	135
	31 — Introdução; 32 — Doutrinas mais antigas; 33 — Classificação das teorias; 34 — Teoria da autolimitação; 35 — Teoria da vontade coletiva; 36 — Teoria do consentimento das nações; 37 — Teoria da “delegação do direito interno”; 38 — Teoria dos direitos fundamentais dos Estados; 39 — Teoria da norma-base; 40 — Teoria da norma “pacta sunt servanda”; 41 — Teorias sociológicas; 42 — Teorias modernas italianas; 43 — Teoria do Direito Natural; 44 — Conclusão.	

Capítulo VI	— Evolução Histórica do DI. Fundadores do DI.....	151
	45 — A questão do método; 46 — Antiguidade oriental; 47 — Grécia; 48 — Roma; 49 — Período medieval; 50 — Idade Moderna; 51 — Idade Contemporânea: FUNDADORES DO DI; 52 — Introdução; 53 — Francisco de Vitória; 54 — Alberico Gentili; 55 — Francisco Suárez; 56 — Hugo Grotius; 57 — Ricardo Zouch; 58 — Samuel Pufendorf; 59 — Cornelio van Bynkershoek; 60 — Christian Wolff; 61 — Emer de Vattel; 62 — Georges-Frederic von Martens.	
Capítulo VII	— Universidade das Normas Internacionais. O Direito Internacional Americano, Socialista e Africano.....	175
	63 — DI Universal e DI Particular; 64 — Causas sociais e políticas do DI Americano; 65 — Origens do DI Americano; 66 — Princípios do DI Americano; 67 — Conclusão: definição do DI Americano; 68 — DI Socialista; 69 — DI Africano; 69A — O continente asiático.	
Capítulo VIII	— Fontes do DIP: Noções Gerais.....	191
	70 — Conceito; 71 — Os princípios constitucionais da ordem internacional; 72 — Concepções sobre fontes; 73 — Enunciado das fontes; 73A — O ato jurídico internacional.	
Capítulo IX	— Fontes do DIP: Tratados.....	199
	74 — Definição; 75 — Terminologia; 76 — Condições de validade; 77 — Classificação; 78 — Fundamento; 79 — Efeitos; 80 — Aplicação de tratados com dispositivos contraditórios; 81 — Forma; 82 — A autoridade dos tratados em face de lei interna; 83 — As fases do processo de conclusão; tratado em sentido estrito; 84 — Negociação; 85 — Assinatura; 86 — Ratificação; 87 — O Poder Legislativo na ratificação e os acordos em forma simplificada; 88 — Ratificações inconstitucionais; 89 — Promulgação; 90 — Publicação; 91 — Registro; 92 — Cláusulas especiais; 93 — Reserva; 94 — Modos de assegurar a execução dos tratados; 95 — Regras de interpretação; 96 — Fim e suspensão dos tratados; 97 — A cláusula "rebus sic stantibus"; 98 — A revisão dos tratados; 99 — A teoria das nulidades. Consequências da terminação e suspensão dos tratados.	
Capítulo X	— Fontes do DIP: Costume.....	277
	100 — O papel do costume na sociedade internacional; 101 — Elementos e definição do costume; 102 — Fundamento; 103 — Características e prova; 104 — Divisão; 105 — A hierarquia entre costume e tratado; 106 — Da obrigatoriedade; 107 — Fim do costume.	
Capítulo XI	— Fontes do DIP: Atos Unilaterais.....	289
	108 — Conceito; 109 — A sua posição entre as fontes do DI; 110 — Classificação e forma; 111 — Silêncio; 112 — Protesto; 113 — Notificação; 114 — Promessa; 115 — Renúncia; 116 — Denúncia; 117 — Reconheci-	

	mento; 118 — Resoluções das organizações internacionais.	
Capítulo XII	— Fontes do DIP: Decisões das Organizações Internacionais. Estatuto interno das Organizações Internacionais. Princípios Gerais do Direito.....	299
	119 — Decisões das Organizações Internacionais; 120 — O estatuto interno das Organizações Internacionais; 121 — Princípios Gerais do Direito e as lacunas do DI.	
Capítulo XIII	— Fontes do DIP: Elementos Subsidiários. A Analogia, Equidade.....	311
	122 — Elementos subsidiários; 123 — Analogia; 124 — Equidade.	
Capítulo XIV	— Codificação do Direito Internacional.....	317
	125 — Noção; 126 — Diferença entre a codificação no DI e no D. Interno; 127 — Críticas à codificação; 128 — Vantagens da codificação; 129 — Evolução histórica; a codificação doutrinária e a das associações científicas; 130 — A codificação governamental e a Liga das Nações; 131 — A codificação na ONU; 132 — A codificação no continente americano; 133 — Técnica da codificação.	
Capítulo XV	— Pessoas Internacionais.....	329
	134 — Noção de pessoa internacional; 135 — Dimensão sociológica, histórica e lógico-jurídica da personalidade internacional; 136 — A questão da personalidade internacional através da História; 137 — A existência de normas atributivas da personalidade internacional; 138 — A personalidade e a capacidade no plano internacional; 139 — Classificação; 140 — Extinção.	
LIVRO II		
<i>Pessoas Internacionais</i>		
(Coletividades Estatais)		
Capítulo XVI	— Estados. Classificação.....	339
	141 — O Estado como pessoa internacional; 142 — Classificação dos Estados; 143 — Estado Federal; 144 — Confederação de Estados; 145 — União de Estados; 145A — CEI; 146 — A Commonwealth e os Domínios Britânicos; 147 — Os Estados compostos por subordinação ou semi-soberanos; introdução; 148 — Estado vassalo; 149 — Protetorado; 150 — Estados exíguos; 151 — Estados clientes; 152 — Estados satélites; 153 — Estados associados; 154 — Conclusão; 155 — Uma categoria especial: os Estados divididos.	
Capítulo XVII	— Reconhecimento de Estado e Governo.....	381
	156 — Reconhecimento de Estado; noção; 157 — Condições de "estatalidade"; 158 — Natureza jurídica; 159 — O reconhecimento condicional; 160 — O reconhecimento como ato unilateral; 161 — O reconhecimento	

como ato revogável; 162 — O reconhecimento como ato discricionário; 163 — O reconhecimento como ato retroativo; 164 — O Estado não reconhecido perante a jurisdição de outro; 165 — Reconhecimento de Estado por organismos internacionais; 166 — Forma; 167 — Reconhecimento de governo; noção; 168 — Governo "de facto" e governo "de jure"; 169 — Requisitos de um governo para ser reconhecido; 170 — Da obrigatoriedade de reconhecimento de governo; 171 — A questão dos atos e leis de um governo não reconhecido e a sua validade; 172 — Efeitos; 173 — Doutrinas americanas; 174 — Reconhecimento condicional e retroatividade; 175 — Forma; 176 — Reconhecimento "de facto" e "de jure"; 177 — Governos no exílio; 178 — O princípio do não-reconhecimento.

✱ Capítulo XVIII	— Sucessão e Extinção de Estados	407
	179 — Introdução; 180 — Terminologia; 181 — Casos de sucessão; 182 — Natureza da sucessão; 183 — Sucessão quanto aos tratados; 184 — A sucessão e os direitos adquiridos; 185 — Sucessão quanto aos bens públicos; 186 — A sucessão e o direito interno e a responsabilidade internacional; 187 — O indivíduo na sucessão de Estados; 188 — A sucessão quanto às dívidas; 189 — Extinção de Estados; 189A — Sucessão como membro de negociação internacional.	
✱ Capítulo XIX	— Direitos e Deveres Fundamentais dos Estados	423
	190 — Evolução histórica; 191 — Classificação dos direitos fundamentais; 192 — Terminologia; 193 — Direito à independência; 194 — Direito à igualdade jurídica; 195 — Direito de exercer a jurisdição no território nacional; 196 — Direito à legítima defesa; 197 — Deveres dos Estados.	OK
✱ Capítulo XX	— Restrições aos Direitos Fundamentais dos Estados	457
	198 — Introdução; 199 — Imunidade de jurisdição; 200 — Capitulações; 201 — Servidões Internacionais; 202 — Garantias Internacionais; 203 — Condomínio; 204 — Concessões; 205 — Arrendamento de território; 206 — Neutralidade permanente; 207 — Neutralização de território.	
Capítulo XXI	— Intervenção	469
	208 — Conceito; 209 — Formas; 210 — Legalidade; 211 — Intervenção coletiva; 212 — Intervenção de humanidade; 213 — Intervenção em guerras civis; 214 — Intervenção para proteção do nacional; 215 — Intervenção em defesa da democracia; 216 — Intervenção para a defesa de bens dos nacionais no estrangeiro; 217 — Intervenção econômica; 218 — Intervenção diplomática; 219 — Intervenção pelo reconhecimento e não reconhecimento; 220 — Intervenção por subversão; 221 — Contra-intervenção; 221A — Direito de ingerência;	

222 — Conclusão; 223 — Doutrina de Monroe; 224 — Tese Drago-Porter; 225 — Doutrina Brezhnev.
 — Responsabilidade dos Estados 499
 226 — Definição e elementos; 227 — Fundamento; 228 — Espécies; 229 — Natureza; 230 — A proteção diplomática; 231 — A prescrição da reclamação; 232 — Atos do Poder Executivo; 233 — Atos do Poder Legislativo; 234 — Atos do Poder Judiciário; 235 — Atos de particulares; 236 — Guerra civil; 237 — Circunstâncias que excluem a responsabilidade; 238 — O abuso de direito; 239 — Reparação.

LIVRO III

Pessoas Internacionais

(Coletividades não Estatais)

Capítulo XXIII	— Coletividades não estatais	531
	240 — Beligerantes; 241 — Insurgentes; 242 — Nação; 243 — Santa Sé; 244 — Territórios sob mandato e tutela internacional; 245 — A Soberana Ordem de Malta; 246 — Comitê internacional da Cruz Vermelha; 247 — Territórios internacionalizados; 248 — Sociedades comerciais; 249 — Conclusão.	

LIVRO IV

Pessoas Internacionais

(Coletividades Interestatais)

✱ Capítulo XXIV	— Introdução ao Estudo das Organizações Internacionais	573
	250 — Definição e características; 251 — Responsabilidade; 252 — Sucessão; 253 — Direito de convenção e de legação; 254 — Direito de retirada; 255 — Financiamento; 256 — As teses do "funcionalismo" e integricionismo; 257 — Classificação; 258 — Privilégios e imunidades; 258A — As organizações internacionais nas relações internacionais; 258B — Contratos entre organizações internacionais e particulares; 259 — Estabelecimentos públicos internacionais; 260 — Aspectos históricos; 261 — Liga das Nações.	
✱ Capítulo XXV	— Organização das Nações Unidas	613
	262 — Origens; 263 — Composição; 264 — Sede; 265 — Estrutura; 266 — Línguas oficiais; 267 — Natureza jurídica; 268 — Valor do preâmbulo; 269 — Personalidade; 270 — A ONU e os Terceiros Estados; 271 — A ONU e a neutralidade; 272 — A ONU e a jurisdição	

	doméstica dos Estados; 273 — Admissão na ONU; 274 — Suspensão, expulsão e retirada dos membros da ONU; 275 — A Segurança Internacional (os conflitos armados) e a Carta da ONU; 276 — Revisão e emenda da Carta ; 277 — A Corte Internacional de Justiça: a) Origens; b) A Corte como órgão da ONU; c) A questão da jurisdição doméstica dos Estados e a Corte; d) Organização; e) Partes perante a Corte; f) A jurisdição contenciosa; g) A jurisdição consultiva; h) Ajuizamento unilateral de uma demanda e a revelia; i) A sentença; j) Litígios a serem resolvidos pela Corte; l) Atividades extrajudiciais.	
Capítulo XXVI	— Organizações Internacionais Especializadas e Outros Organismos Internacionais da ONU	669
	278 — A posição dos organismos especializados em relação à ONU; 279 — OIT; 280 — UNESCO; 281 — OMS; 282 — FAO; 283 — OMM; 284 — UPU; 285 — AIEA; 286 — FMI; 287 — BIRD; 288 — AID; 289 — SFI; 290 — UIT; 291 — IMCO; 292 — OACI; 292A — OMPI; 293 — GATT-GMC; 294 — UNCTAD; 295 — UNIDO; 295A — FIDA.	
Capítulo XXVII	— Organizações Regionais e Outras	695
	296 — O regionalismo nas organizações internacionais; 297 — As organizações europeias: a) Conselho da Europa; b) Conselho Nórdico; c) Associação Europeia de Livre Comércio; d) União Econômica da Bélgica, Holanda e Luxemburgo; e) Comunidade Europeia do Carvão e do Aço; f) Comunidade Econômica Europeia; g) Comunidade Europeia de Energia Atômica; h) União da Europa Ocidental; i) Pacto de Varsóvia; j) Conselho de Assistência Econômica Mútua; l) BERD; m) Organização do Tratado do Atlântico Norte; n) Organização Europeia de Cooperação Econômica e Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico; 298 — Organizações asiáticas: a) Associação do Sudeste Asiático; b) Organização do Tratado Central; c) Organização do Tratado para a Defesa Coletiva do Sudeste Asiático; d) Organização de Segurança e Assistência entre Austrália, Nova Zelândia e EUA; e) Conselho de Cooperação dos Estados Árabes do Golfo; 299 — Organizações Africanas: 300 — Liga dos Estados Árabes; 301 — Organizações americanas; a) Associação Latino-Americana de Livre Comércio e Associação Latino-Americana de Integração; b) Organização dos Estados Centro-Americanos; c) Organização das Caraíbas, CARIFTA; d) Organização dos Estados Americanos; e) Mercado Comum Centro-Americano; f) Agência para a Prescrição de Armas Nucleares; g) Grupo Andino; h) Sistema Econômico Latino-Americano; i) Outras organizações americanas; 301A — Organizações sobre pro-	

	ditos de base; 301B — Organização Mundial de Turismo; 301C — APEC.	
Capítulo XXVIII	— Funcionários Internacionais	751
	302 — Introdução; 303 — Definição; 304 — Estatuto interno; 305 — Estatuto externo; 306 — As medidas disciplinares e os tribunais administrativos; 307 — O salvo-conduto.	

LIVRO V

Pessoas Internacionais

(O Indivíduo)

Capítulo XXIX	— O Homem nas Relações Internacionais	765
	308 — Introdução; 309 — Fundamentos da subjetividade internacional do indivíduo; 310 — Aspecto histórico da personalidade internacional do indivíduo; 311 — Doutrinas sobre a personalidade internacional do homem; 311A — Importância dos Direitos Humanos; 311B — Definição; 311C — Universalidade; 311D — DIDH definição e características; 311E — Terminologia; 311F — Origens; 311G — Fundamentos; 311H — Algumas divagações sobre os direitos humanos 311I — Direitos Humanos na Constituição (especialmente do Brasil); 311J — Direitos Humanos Atípicos; 311K — As denominadas "gerações"; 311L — Direitos Humanos em situações extremas (as cláusulas pétreas); 311M — Interpretação dos tratados de direitos humanos; 311N — Compatibilização dos tratados; 311O — Indivisibilidade dos direitos humanos; 311P — Violação e responsabilidade do estado; 311Q — Princípio da dignidade humana; 312 — Antecedentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem; 313 — A Carta da ONU e os Direitos Humanos; 314 — A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos de 1966; 315 — Os direitos humanos no Conselho da Europa; 316 — Os direitos humanos no continente americano e na África; 316A — Diferenças entre os sistemas europeu e americano; 317 — O homem e os tribunais internacionais; 317A — O Direito à Informação; 317B — Direito ao desenvolvimento; 317C — Direito à Paz; 317D — Direito à autodeterminação; 317E — Genoma	

