

José Carlos de Magalhães

DIREITO ECONÔMICO INTERNACIONAL

Tendências e Perspectivas

2ª Edição – Revista e Atualizada

JURUÁ
EDITORA

Capítulo 6

A ATUAÇÃO UNILATERAL DOS ESTADOS

6.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Paralelamente ao movimento organizado dos Estados, no âmbito das organizações internacionais, para alterar a ordem econômica internacional, fundamentada nos Acordos de Bretton Woods e no desenvolvimento posterior, a atuação unilateral dos Estados contribuiu para alterar profundamente as estruturas do Direito Internacional.

As modificações que se registraram no final do século, contudo, não foram exatamente as preconizadas por qualquer movimento deliberado. Ao contrário, decorreram do esfacelamento da União Soviética e da queda do muro de Berlim, a simbolizar o fim da guerra fria. O colapso do sistema comunista de economia planificada e o nascimento de tendência de um neoliberalismo econômico, fundado no capitalismo privado e na livre concorrência permitiram a constituição da Organização Mundial do Comércio e a nova ordem por ela instituída.

Nesta Parte, serão focalizadas ações unilaterais dos Estados, de rebeldia contra conceitos de Direito Internacional, que consistiram em verdadeiro movimento que tomou conta da cena internacional nos anos 60 a 80 e que influenciaram o desenvolvimento subsequente.

As aspirações que fundamentaram esse movimento eram essencialmente de emancipação e ruptura com o processo político e econômico vigente, incapaz de permitir o acesso dos países menos desenvolvidos às riquezas da Terra e ao processo de decisão. O Direito e a recusa em observar certos conceitos e princípios jurídicos tradicionalmente acolhidos foram utilizados como estratégia, para forçar modificações do *statu quo*, algumas alcançadas, outras não, como foi o caso do rompimento unilateral

de contratos de concessão para exploração de recursos naturais, sobretudo do petróleo, e a expropriação de empresas estrangeiras, em ato de força que surtiu efeitos e provocou reavaliações e reações que influenciaram no processo internacional.

Dentre os atos unilaterais relevantes, destacaram-se a desapropriação de empresas estrangeiras, com a rescisão unilateral de contratos de exploração de recursos naturais, sobretudo petróleo, e o não pagamento da dívida externa contraída com bancos estrangeiros, esta causada mais por incapacidade de os países honrarem compromissos financeiros, do que motivados por intenções de alteração da ordem jurídica.

6.2 A RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS E A EXPROPRIAÇÃO DE BENS DE ESTRANGEIROS

A atuação dos países em desenvolvimento, visando emergir definitivamente da estrutura colonial e de dependência em que foram mantidos, antes de assumir a feição relativamente coordenada que assumiram, notadamente junto a órgãos das Nações Unidas, era – e, em alguns casos, continua sendo – realizada por meio de atos individuais e isolados.

Desde os fins do século passado e princípios deste, diversos incidentes entre países latino-americanos e Estados europeus e Estados Unidos provêm da aspiração, ainda não ordenada e definida, porém indicativa de tendência que se veio fortalecendo, de alterar conceitos tradicionais, substituindo-os por outros, dando-se ênfase para o desenvolvimento econômico. A expropriação de bens de estrangeiros e o não pagamento tempestivo da dívida externa constituem dois pontos importantes de dissídio que geraram incidentes, alguns, de certa gravidade, cuja análise é essencial para a compreensão da problemática da evolução do “direito do desenvolvimento”, base pretendida para a instauração de uma nova ordem internacional. Em ambos os casos, as relações econômicas envolvem o Estado, de um lado, e o indivíduo ou empresa privada, de outro, com a conseqüente disparidade jurídica entre partes sujeitas a ordens diversas. O Estado, como autoridade de direito internacional, possui competência para legislar e, portanto, para interferir em relações contratuais ajustadas sob suas leis.

O investidor estrangeiro, subordinado à ordem jurídica do país onde realizou o investimento, está compelido a se submeter às disposições legais nele vigentes, mesmo que contrariem pactos bilateralmente ajustados. Da mesma forma, está sujeito às vicissitudes de ações revolucionárias

causadoras de dano à propriedade privada, alvo muitas vezes escolhido em função da nacionalidade do proprietário. Os movimentos nacionalistas ou simplesmente de massa desordenada, são, frequentemente, responsáveis por depredações e destruições de bens de estrangeiros, sem que se possa atribuir culpa por omissão às autoridades locais. A pretensão de imputar responsabilidade ao Estado por atos de tal natureza tem dado margem a controvérsias e resultaram, no passado, em medidas coercitivas impostas unilateralmente por Estados mais fortes.

As nações latino-americanas, constituídas em Estados em princípios do século XIX, para referir exemplo mais próximo, e, talvez, o mais eloquente, se ressentiram, com frequência, da falta de estrutura político-jurídica estável. As não raras convulsões internas e manifestações públicas de dissenso, ensejaram, não poucas vezes, golpes de Estado e a tomada do poder por militares autoritários e caudilhos. Os estrangeiros neles residentes, inconformados com os prejuízos sofridos em consequência de atos revolucionários ou por expropriações de bens não indenizadas, julgavam-se à margem do processo social interno, que dizia respeito apenas aos nacionais, reclamando, por isso, reparações a que entendiam fazer jus. A recusa no atendimento de reivindicações dessa índole deu motivo, em não poucas ocasiões, a intervenções armadas ou à adoção de medidas coercitivas¹⁵⁷. O Direito Internacional clássico, aplicado em sua plenitude, admitia o uso da força nesses casos, considerando, até, justa a guerra para compelir um Estado a compor perdas e danos sofridos por estrangeiros. Mesmo porque considerava-se a guerra como um meio jurídico de resolver uma controvérsia e forma eficaz de reparar um erro, na ausência de um sistema internacional de sanções¹⁵⁸.

Ademais, os investimentos privados no exterior estiveram, em alguns casos, associados aos interesses dos Estados dos quais provinham, motivando intervenções, até armadas, sempre que o país hospedeiro mais débil desconsiderava pretensões dos investidores, nem sempre razoáveis

¹⁵⁷ Segundo Eduardo Jimenez de ARÉCHAGA, "os Estados latino-americanos celebraram tratados que excluía a responsabilidade pelos danos causados por movimentos revolucionários, prática desaprovada pelo Instituto de Direito Internacional em 1900, sob pleno domínio de juristas europeus. Em 1927, o Instituto reformulou seu entendimento". Arechaga relaciona diversos laudos arbitrais que reconheceram a não responsabilidade do Estado por atos dessa natureza. *Responsabilidad Internacional. In: Manual de Derecho Internacional Público*. SORENSEN, Max (Org.). México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 532. *Vide também* ACIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 10. ed. rev. pelo Embaixador. Geraldo Eulálio Nascimento e Silva. Saraiva, 1972. p. 63-65.

¹⁵⁸ BROWNLIE, Ian. *International Law And The Use Of Force By States*. Oxford at the Clarendon Press, 1963. p. 31.

ou mesmo procedentes. Com a evolução verificada após a Segunda Grande Guerra e o declínio do papel do Estado na proteção dos interesses privados no exterior, o contrato tornou-se instrumento regulador das relações entre o Estado e o investidor estrangeiro.

Com isso, deslocou-se a problemática da observância dos compromissos pactuados do direito internacional público, para a área obrigacional, sem eliminar as implicações da responsabilidade internacional do Estado.

A rescisão dos contratos de concessão para exploração de petróleo, notadamente as realizadas pelos países árabes, resultando, posteriormente, na constituição do cartel instituído pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP, por eles criada, foi examinada sob esse prisma nos diversos litígios resolvidos por arbitragem. E, no entanto, em passado não muito distante, era inimaginável o confronto, no plano jurídico, entre o Estado e a empresa privada estrangeira, constrangida sempre a se socorrer da proteção diplomática do país de onde provinha, nem sempre disposto a concedê-la.

Mas não só na área contratual a atuação do Estado pode afetar o direito do investidor estrangeiro. A alteração de leis sobre o ingresso e repatriação de lucros e do capital investido, bem como a imposição de tributos sobre atividades exercidas por empresas estrangeiras, ou, ainda o estabelecimento de regulamentos restritivos a certos setores produtivos podem interferir com interesses de investidores que confiaram em uma estrutura jurídica estável. A mudança de regras sem justificativa séria pode dar margem às reclamações sobre a licitude da atuação do Estado.

6.3 A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

O fundamento da proteção diplomática é o de que, não sendo o indivíduo sujeito de direito internacional, cabe ao Estado o direito e o dever de protegê-lo contra atos ilícitos de autoridades estrangeiras.

A pretensão do indivíduo transforma-se em direito do Estado, que o exerce em nome próprio, como reconhecido pela Corte Permanente de Justiça Internacional na decisão do caso das concessões Mavrommatis na Palestina, da forma seguinte:

É um princípio elementar de direito internacional que um Estado tem o direito de proteger a seus súditos quando tenham sido lesados por atos contrários ao direito internacional cometidos por outro Estado, do qual não tenham podido obter satisfação através dos canais ordinários. Ao assumir a pretensão de um de seus súditos e ao recorrer à

*ação diplomática ou a um procedimento judicial internacional em seu nome, o Estado encontra-se realmente afirmando seus próprios direitos, seu direito de garantir na pessoa de seus súditos o respeito das regras de direito internacional. Portanto, a questão de se esta controvérsia tem sua origem em um dano causado a um interesse privado, o que na realidade constitui a questão de fato em muitas disputas internacionais, carece de transcendência sob este ponto de vista. Quando um Estado assume um caso em nome de um de seus súditos, ante um tribunal internacional, a juízo deste, o Estado é o único reclamante*¹⁵⁹.

Os países latino-americanos não aceitaram sem restrições a prática da proteção diplomática, exatamente por perceberem seu caráter unilateral e os abusos que ensejou. Somente os países militarmente fortes é que podem aplicá-la.

Não é por acaso que a proteção diplomática, como meio de defesa do nacional no exterior contra atos considerados ilícitos, foi largamente utilizada pelos países europeus durante a segunda metade do século XIX e início do século XX.

As nações latino-americanas – os países novos de então – com pretensões próprias, de que é exemplo a expressa na Doutrina Calvo, começaram a dar sinais de rebeldia contra esse entendimento. A emigração de capitais e pessoas das antigas metrópoles e demais países europeus para o novo mundo também contribuiu para o acirramento da polêmica¹⁶⁰.

6.4 A DOCTRINA CALVO

A doutrina Calvo, exposta pelo jurista argentino Carlos Calvo para evitar os efeitos e o exercício da proteção diplomática, propugna tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros no âmbito interno do país.

O estrangeiro não pode ter mais direitos do que o nacional e deve, por isso, renunciar à proteção diplomática de seu Estado, ainda que como condição contratual, a denominada cláusula Calvo.

Essa pretensão jamais foi aceita pelos países europeus e pelos Estados Unidos, defensores dos princípios que governam o direito internacional clássico, dentre os quais a proteção diplomática, em face da falta

¹⁵⁹ **Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)**, série a, n. 2, p. 12, *apud* ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de. *Responsabilidad Internacional. In: Op. cit.*, p. 542.

¹⁶⁰ Sobre o assunto, *vide* AMAND, R. *New States and International Law. In: WESTON, Burns H.; FALK, Richard A.; D'AMATO, Anthony A. International Law And World Order. 1980, West Publishing Co., Minn., p. 695-698.*

de personalidade jurídica internacional do indivíduo. Ademais, segundo essa ótica, os Estados devem observar um “padrão mínimo” de conduta estabelecido pelas nações ditas civilizadas.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao se referir às fontes do direito internacional, codificou a norma: “A Corte ... aplicará – c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”, vale dizer, pelos países europeus de tradição greco-romana.

Não se cogitava reconhecer, como “nações civilizadas”, as da América Latina, Ásia ou África, colônias ou antigas colônias, incapazes, na visão das metrópoles, de desenvolverem princípios jurídicos de caráter universal.

A propósito, é típica a observação de James Leslie Briely de que o direito internacional é o produto da civilização europeia moderna, que reflete as “realidades fundamentais”.

Uma dessas realidades, prossegue o jurista inglês, em sua conhecida obra publicada em 1928, “consiste no fato de a maior parte dos Estados possuir ordenamentos jurídicos internos inspirados na civilização europeia moderna, os quais garantem aos estrangeiros a tutela criminal ou civil dos seus interesses”. Mais adiante, complementa: “o princípio de que os estrangeiros são obrigados a aceitar as instituições vigentes nos outros Estados tem a restringi-lo, por conseguinte, a exigência de que tais instituições satisfaçam os padrões impostos pelo direito internacional”¹⁶¹.

Assim, a ótica europeia do mundo e o conceito de civilização informam todo o direito internacional, influenciando, poderosa e decisivamente, na formação dos direitos nacionais das antigas colônias, moldadas na tradição jurídica romana.

Mas, a aplicação de princípios jurídicos nem sempre esteve isenta de abusos e violências. A doutrina Calvo procura precaver os países que a adotaram contra tais abusos, fundando-se no pressuposto de que o Estado é competente para impor as normas de direito que editar dentro de seu território. Segundo essa visão, todos os que nele fisicamente encontram-se – nacionais e estrangeiros – estão a elas subordinados, indiscriminadamente, não se justificando a concessão de privilégios não extensíveis aos nacionais.

A responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, em virtude da aplicação de leis ou de atos governamentais, somente

¹⁶¹ BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. Tradução portuguesa de M. R. Cruncho de Almeida. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 281.

seria admissível em caso de denegação de justiça, cujo conceito, para os países latino-americanos em geral, restringe-se à inexistência de tribunais regulares no país ou negligência na administração da justiça¹⁶². Alguns tratados celebrados com tais países por Estados europeus acolheram a doutrina, como o acordo firmado por Espanha e Peru, em 16.07.1897, cujo art. 6. dispunha: “*Espanhóis no Peru e peruanos na Espanha gozam dos mesmos direitos civis, como cidadãos ou súditos... Espanhóis no Peru e peruanos na Espanha não estarão legitimados à intervenção diplomática, exceto em caso de manifesta denegação de justiça, por falha ou negligência em sua administração*”¹⁶³.

A não aceitação, pelos países europeus e pelos Estados Unidos, da doutrina Calvo, deve-se ao fato de que a igualdade de tratamento, reconhecida como princípio antigo e de acatamento geral pelas “nações civilizadas”, não pode ser invocada para fundamentar violação de direitos dos estrangeiros.

É o que decidiu a Comissão de Reclamações dos Estados Unidos e México, no caso *Roberts*:

*O fato de um Estado alegar a igualdade de tratamento dada a nacionais pode interessar para a apreciação do mérito da queixa contra ele formulada por um cidadão estrangeiro, mas não pode valer como critério decisivo para se aferir da legalidade internacional dos atos praticados pelas suas autoridades. Em termos gerais, tal critério consistirá em averiguar se os estrangeiros são tratados de acordo com os padrões normais da civilização*¹⁶⁴.

É ilustrativo, a esse respeito, trecho da carta que o Secretário de Estado dos Estados Unidos, Cordell Hull, enviou ao embaixador mexicano, a propósito das expropriações feitas pelo Governo do México de propriedades rurais, abrangendo nacionais e estrangeiros, dentre os quais muitos americanos.

¹⁶² Ilustra-o a ressalva introduzida no acordo de garantias de investimento celebrado, em 1965, entre o Brasil e Estados Unidos da América, por ocasião de sua aprovação pelo Congresso Brasileiro. O art. 2º do Decreto Legislativo 69 de 1965, dispõe: “*Ressalva-se que, por denegação de justiça, nos termos do art. VI, § 3º (do Acordo), se entende a inexistência de Tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, da parte da autoridade competente, o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna*”. Vide texto em MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Freitas Bastos, 1986. p. 137.

¹⁶³ Texto em BRIGGS. **The Law Of Nations**. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1966. p. 638.

¹⁶⁴ Texto em BRIERLY, James L. *Op. cit.*, p. 280-281.

Após sustentar que a expropriação de bens, sem o pagamento de indenização, constitui confisco, contrário ao direito internacional, afirmava Cordell Hull que, se essa prática fosse permitida,

*os governos estariam livres para tomar a propriedade (privada), muito além de suas possibilidades e de sua disposição de pagar, e os proprietários, então, ficariam sem recurso. Não podemos questionar o direito de um governo de tratar seus próprios nacionais desta maneira, se ele assim deseja. Essa é uma questão de jurisdição interna. Mas não podemos admitir que um governo estrangeiro tome a propriedade de americanos, com desrespeito da regra da indenização de acordo com o direito internacional*¹⁶⁵.

A resposta do Ministro das Relações Exteriores do México, de 03.08.1938 deixa, por sua vez, marcada uma posição que, por muito tempo, dividiu os países desenvolvidos dos em desenvolvimento:

*Meu Governo sustenta... que não há, no direito internacional, norma universalmente aceita na teoria ou observada na prática que torne obrigatório o pagamento imediato de indenização, nem mesmo de posterior indenização, em virtude de expropriação de caráter geral e impessoal, como as que o México realizou, com o propósito de redistribuição de terras*¹⁶⁶.

O inconformismo contra o acatamento da cláusula Calvo¹⁶⁷ por algumas decisões de tribunais arbitrais internacionais – que, segundo Arechaga, já se registravam no século XIX e começo do século XX¹⁶⁸ – provém, sobretudo, do entendimento de que a renúncia à proteção

¹⁶⁵ Texto em STEINER Henry J.; e VAGTS, Detlev F. *Transnational Legal Materials*. The Foundation Press, 1968. p. 320.

¹⁶⁶ Texto em STEINER; VAGTS, *Op. cit.*, p. 321. Vide também BRIGGS. *Op. cit.*, p. 556-559.

¹⁶⁷ Exemplo de cláusula Calvo é encontrada no caso North American Dredging Co. of Texas v. México: “Dentro do México o contraente (e os seus empregados) serão considerados cidadãos mexicanos para todos os efeitos relativos à execução do presente contrato. Em tudo o que diga respeito aos interesses e assuntos relacionados com este contrato, não poderão invocar nem possuir quaisquer direitos ou meios de tutela que não sejam os que as leis da República concedem aos mexicanos... Não gozarão de nenhum direito como cidadãos estrangeiros, não sendo nunca de admitir a intervenção de agentes diplomáticos estrangeiros”. Texto em BRIERLY. *Op. cit.*, p. 291; vide também STEINER; VAGTZ. *Op. cit.*, p. 419-422 e MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967. p. 247.

¹⁶⁸ ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez de. Responsabilidad Internacional. In: *Op. cit.*, p. 558-568.

diplomática não vincula o Estado do renunciante, que a pode exercer, a despeito de a haver aceito o seu nacional.

A menção que dela fez a Comissão Geral de Reclamações mexicano-americana, na sentença de 31.03.1926, que decidiu o caso *North American Dredging Company of Texas*, e a considerou adequada para coibir um caso de abuso do direito internacional de proteção, é interpretada não como um precedente, mas, como simples decisão que reconheceu a ilicitude de uma intervenção diplomática prematura, ante a renúncia do prejudicado à proteção, em virtude de haver obtido reparação, em procedimento interno¹⁶⁹.

Em breve nota sobre a matéria, Briggs, embora reconheça que a cláusula Calvo confirma regra de direito internacional, ao impor o esgotamento das medidas administrativas ou judiciais internas como condição para quaisquer procedimentos internacionais, sustenta que,

*ao se pretender a abdicação dos direitos do Estado reclamante, de acordo com o direito internacional, ou impedir o exercício da jurisdição de um tribunal internacional, a cláusula Calvo é ilegal e sem efeito. Assim, a cláusula é supérflua ou irrelevante, na perspectiva do direito internacional*¹⁷⁰.

É também a opinião do austríaco Alfred Verdross, para quem a cláusula Calvo carece de eficácia jurídico-internacional, “*como reconhecido em numerosas decisões*”¹⁷¹.

O fato é que há dissenso não resolvido, não se podendo afirmar, com a segurança que o trecho reproduzido revela, que o direito internacional consagra norma em um ou em outro sentido. Na verdade, a questão está diretamente ligada ao tratamento conferido ao estrangeiro, que se pretende, observe um padrão mínimo internacionalmente acatado.

Na Conferência de Codificação de Haia, de 1930, a divisão do mundo sobre a matéria já era mais que patente.

A China não obteve aprovação de sua proposta de limitar a responsabilidade do Estado sobre tratamento a estrangeiro, estabelecendo, como parâmetro, o mesmo tratamento conferido aos nacionais.

¹⁶⁹ VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. 5. ed. Tradução para o espanhol por Antonio Truriol y Serra. Ed. Aguilar, em colaboração com Karl Zemanek, 1967. p. 330.

¹⁷⁰ BRIGGS, *op. cit.*, p. 649.

¹⁷¹ VERDROSS, Alfred. *Op. cit., loc. cit.*, decisão publicada em Research I, 206, mencionada por Verdross, dá apoio a sua opinião: “*a renúncia do interessado em um contrato ao recurso à via diplomática não é oponível ao Estado de que provém e não exonera o Estado contratante de sua responsabilidade internacional*”.

O resultado da votação, 23 a 17, deixa claro, no entanto, a falta de consenso e antecipa o que viria a ocorrer, quarenta e quatro anos mais tarde, nas deliberações sobre a Nova Ordem Econômica Internacional.

A favor da proposta chinesa, votaram países que, décadas depois, integrariam o Grupo dos 77, representativo das aspirações dos países não industrializados, a saber: Brasil, Chile, China, Colômbia, Danzig, Egito, México, Nicarágua, Pérsia, Polônia, Portugal, România, Salvador, Tchecoslováquia, Turquia, Uruguai e Iugoslávia.

Contra, alinharam-se, com algumas exceções, nações caracterizadas, no pós-guerra, como desenvolvidas: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estônia, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Inglaterra, Irlanda, Itália, Japão, Noruega, Suécia e Suíça¹⁷².

Pode-se afirmar que, em certo sentido, a doutrina Calvo teve o efeito de repelir a aplicação, na América Latina, do regime das capitulações tantas vezes adotado em tratados celebrados com países do Oriente, notadamente o Império Otomano e China, e que permitia a submissão dos estrangeiros às suas leis nacionais e não às do Estado territorial.

Reconhecia-se, naquele regime, que os costumes locais, as religiões e, especialmente, a legislação criminal apartavam-se sobremaneira dos padrões cristãos e dos princípios que governavam os Estados coloniais europeus.

A imposição de penas cruéis a atos que, no Ocidente, sequer configurariam crime ou, se assim considerados, jamais acarretariam os efeitos das leis locais, justificava o tratamento discriminatório e especial ao estrangeiro, submetido a julgamento perante as autoridades consulares de seu próprio país, ou de comissão mista integrada por representantes de ambos.

A diversidade de padrões de civilização justificava o regime, amparado pelo poderio militar e político dos países europeus¹⁷³, dele

¹⁷² Vide BRIGGS, *op. cit.*, p. 564.

¹⁷³ O império otomano concedeu inúmeras capitulações aos países europeus, como Inglaterra, Áustria, Suécia, França, Espanha, conhecidas como "antigas capitulações". Exemplo típico do regime das capitulações é fornecido pelo art. 8º das Capitulações suecas: "*Se algumas pessoas suscitam um processo contra suecos, acusando-os de ofensas ou sob um outro pretexto, e produzem testemunhas, esses processos ou litígios não serão decididos na ausência de cônsules ou drogmans e eles não serão molestados contrariamente à lei. E os embaixadores e cônsules deverão recomendar aos suecos a não ofender ninguém em violação do cheri. E se isso ocorrer, os suecos serão punidos por seus embaixadores ou cônsules*". Vide texto desse e de outros trechos de capitulações em La Justice Ottomane Dans les Rapports Avec les Puissances Étrangères, de MANDELSTAN, André. In: RGDIP, 1907. v. 14, p. 534-600, a p. 534-535.

beneficiando-se o Brasil que gozou do privilégio das capitulações na Turquia e na China, estas últimas até 1943, quando foi celebrado tratado pondo-lhe fim¹⁷⁴.

Todavia, na América Latina tal quadro não se configurara, pois, a colonização dizimou culturas e civilizações locais, transportando costumes e tradições europeus e o próprio cristianismo. O domínio político nos países da América do Sul sempre esteve entregue a descendentes de europeus, tal como nos países da América do Norte.

O Direito tem as mesmas raízes e princípios; a religião é a mesma e os costumes, se não iguais, em virtude de fatores locais, não muito diversos. Trata-se, pois, de comunidades, filhas da civilização greco-romana e cristã, às quais não se poderia admitir a aplicação das capitulações, cujo fundamento estaria na prática medieval, já abandonada, de respeito à lei nacional do estrangeiro, quando fora de seu país.

A controvérsia sobre a doutrina Calvo, como quer que seja, perdeu, atualmente, muito de seu significado, com o declínio da intervenção direta e coercitiva dos países mais fortes, em defesa dos interesses de seus nacionais no exterior, como ocorria no século XIX.

Ademais, o suporte doutrinário de que a violação do direito de um estrangeiro atinge indiretamente seu próprio Estado, como sustentado outrora por Vattel, não é mais defendido com a antiga veemência¹⁷⁵, restando apenas sua base costumeira¹⁷⁶. Não obstante, ainda permanece como a clássica explicação da pretensão de legitimidade do Estado para postular o reconhecimento da responsabilidade internacional de outro Estado por danos causados ao seu nacional¹⁷⁷.

Deve-se, por fim, ter em mente que a doutrina Calvo perdeu importância também em função da amplitude conferida pela proteção dos direitos humanos em geral, que abrange os próprios nacionais e não, apenas os estrangeiros.

A proteção diplomática, de uso tão frequente no século XIX, deixou de ser procurada também ante as dificuldades que oferece para o interessado, a quem incumbe a difícil tarefa preliminar de convencer as

¹⁷⁴ ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.*, p. 39 e MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁵ Brierly, a esse respeito, observava que "não há dúvida de que aos Estados interessa que os seus nacionais em país estrangeiro recebam tratamento conveniente. Porém constitui exagero afirmar-se que a ofensa feita a um nacional representa necessariamente uma ofensa ao próprio Estado no seu conjunto". *Op. cit.*, p. 278.

¹⁷⁶ ROY, Guha. Is The Law Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal Law? In: *AJIL*, v. 55, p. 863-866-889, 1961.

¹⁷⁷ BRIGGS, Herbert W. *Op. cit.*, p. 618.

autoridades de seu país a agirem em defesa de suas pretensões de caráter privado. Motivos de ordem diplomática, política ou comercial do Estado preferem aos interesses individuais, ainda que relevantes. Sobretudo porque a proteção diplomática, de forte conteúdo político, é própria de comunidades voltadas mais para a defesa de seus objetivos do que de justiça.

O Prof. Borchard observou, a esse propósito, que essa característica é típica do clã, e, portanto, obsoleta, ressaltando

que a proteção no exterior envolve o povo de dois países, em uma controvérsia essencialmente privada; que sua tendência é colocar um prêmio sobre o poderio militar, em seu contacto com povos mais fracos; que ela substitui o método de políticas, em lugar da lei; que constitui uma invasão da soberania e jurisdição de nações mais fracas; que faz do Estado interventor autor, juiz e policial em causa própria, sem oportunidade adequada para uma investigação imparcial dos fatos; que promove injustiça, mais do que justiça; que em seu apoio por nacionalismo econômico, conduz ao imperialismo e guerra¹⁷⁸.

Esse caráter político ensejou reação contrária, também de conteúdo político, para contrapô-lo, como a doutrina Calvo, exposta e aplicada como reação dos países sul-americanos às investidas que sofreram das antigas metrópoles, no século XIX.

6.5 O CASO BARCELONA TRACTION

Mais recentemente, o caso *Barcelona Traction* tornou clara a precariedade da proteção diplomática, em situações em que o interesse do Estado do estrangeiro afetado por ato de terceiro Estado é mínimo, ou mesmo inexistente. *Barcelona Traction Light and Power Ltd.* era uma sociedade constituída no Canadá e, portanto, canadense, segundo as leis daquele país. O controle acionário, contudo, pertencia a belgas. Exercendo suas atividades na Espanha, teve sua falência decretada, em processo que considerou irregular e com violação de seus direitos fundamentais.

Logo após a arrematação dos bens da empresa por outra sociedade espanhola, *Barcelona Traction* recorreu às autoridades canadenses, pleiteando proteção diplomática, em defesa de seus direitos. O Canadá, inicialmente, concedeu a medida, fazendo algumas gestões junto ao governo da Espanha, sem, contudo, prosseguir-las. É que interesses comuns

¹⁷⁸ BORCHARD, *apud* ARMAND, R. *Op. cit. loc., cit.*

aos dois países desaconselhavam ações diplomáticas mais enérgicas em benefício de uma empresa que pouca ou nenhuma vinculação efetiva possuía com o país onde fora constituída, por simples conveniência de seus acionistas belgas. Daí a intervenção da Bélgica, ao promover ação contra a Espanha na Corte Internacional de Justiça, com base em tratado em que se reconhecia a jurisdição obrigatória da Corte Permanente de Justiça Internacional, firmado em 1927¹⁷⁹.

A Corte entendeu faltar à Bélgica o *jus standi*, pois não representava a companhia cujos direitos se pretendia defender e, sim, seus acionistas, que com ela não se confundiam. A isso estaria legitimado o Canadá, país onde a empresa fora constituída, que, todavia, não se interessou. Recusou a Corte a aplicação do princípio da transparência da pessoa jurídica na esfera internacional, para grande consternação dos juristas anglo-saxônicos.

Com isso, falhando a proteção diplomática, a empresa não pôde ver decidida, no foro internacional, as suas pretensões, tendo de se contentar com a decisão do judiciário espanhol, que lhe decretou a falência, com a venda, posterior, de seus ativos à empresa concorrente. Mas não é apenas a precariedade da proteção diplomática responsável pelo aparente declínio da Doutrina Calvo¹⁸⁰.

6.6 A DOCTRINA CALVO E OS DIREITOS HUMANOS

A política de direitos humanos consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e transformada em norma de direito internacional, por seu acatamento generalizado, inclui o próprio nacional como merecedor de proteção internacional, como serve de exemplo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competente para julgar violações de direitos humanos praticadas contra nacionais dos Estados que dela participam.

Houve, nesse ponto, apreciável evolução do Direito Internacional, retirando-se ao Estado o arbítrio de praticar atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, atinjam eles nacionais ou estrangeiros.

¹⁷⁹ Sobre o assunto, *vide* MAGALHÃES, José Carlos de. Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a Empresa Multinacional. *In: Revista da Faculdade de Direito*. p. 97-127, 1974. a p. 111.

¹⁸⁰ Aparente, porque, não há manifestação de intenção dos países latino-americanos em abandoná-la. Pelo contrário, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, Resolução 3.281 da AG da ONU, reitera que “nenhum Estado será obrigado a conceder tratamento privilegiado aos investimentos estrangeiros”.

A observação de Cordel Hull, acima transcrita (p. 119), de que o tratamento pelo Estado de seus nacionais constitui matéria de *domestic concern*, perdeu, atualmente, significado. A reação internacional contra o *apartheid* – que contribuiu ou foi mesmo responsável por sua eliminação, com a alteração da Constituição da África do Sul, que consagrava esse regime social – é demonstração eloquente da procedência dessa conclusão.

Finalmente, outra circunstância que concorreu para o desuso da proteção diplomática foi a prática contratual, adotada como forma de regular as relações entre o Estado e a empresa privada, tendo a arbitragem como meio eficaz de solução de controvérsias.

Mais do que isso, a atuação transnacional das empresas privadas fez com que elas emergissem para o plano internacional como participantes efetivas das relações econômicas, desvinculadas dos interesses específicos de um determinado Estado.

Não obstante, deve-se ter em mente que o Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio e o do Protocolo de Brasília, do Mercosul, estabeleceram que somente o Estado é que tem legitimidade para instaurar processos contenciosos contra outro Estado, por violações de normas que regem o comportamento dos membros daquelas entidades, sem conferir aos particulares essa prerrogativa.

Embora não se possa afirmar que tal sistema constitua uma proteção diplomática, com a antiga feição, não se pode negar que é sempre um interesse privado, ou de um setor privado o verdadeiro alvo da controvérsia submetida ao sistema daquelas duas entidades. A diferença reside em que, no passado, a proteção era conferida por um Estado contra outro, diretamente, com a utilização de meios diplomáticos ou jurídicos, como a arbitragem ou o judicial, mediante a intervenção da Corte Internacional de Justiça. Já no sistema da OMC e do Mercosul, é o Estado que se julga parte diretamente legitimada pelo comportamento de outro, em determinada área do comércio internacional.

A AÇÃO COERCITIVA UNILATERAL

7.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Paralelamente às expropriações de bens de estrangeiros, adotadas como forma de terminar uma relação contratual considerada lesiva ao Estado, o não-pagamento da dívida externa deu origem a controvérsias, sobretudo quando justificado por razões de ordem política.

Reparações de guerra, imposições de indenização aos vencidos, obrigados a pagar vultosas somas arbitradas pelos vencedores ou a composição de danos resultantes de revoluções intestinas, com prejuízo a estrangeiros residentes, constituíram motivo de frequentes divergências, nem sempre resolvidas pacificamente. Nestes casos, a dívida não resulta de ajuste ou empréstimo, mas de fato extra-contratual, conduzindo à responsabilidade internacional do Estado.

A questão prévia a se resolver reside justamente na determinação dessa responsabilidade e na legitimidade de o vencedor exigir as reparações reclamadas. As impostas à Alemanha, vencida na Primeira Guerra Mundial, e por esta aceitas nos Tratados de Paz, figuram nesta categoria. Nesse caso, a obrigação decorre da pretensão do vencedor em haver indenização por danos sofridos em consequência dos atos de guerra. O não-pagamento do pactuado no Tratado configura inadimplemento de ajuste entre Estados. Claro que não se está a examinar a manifestação da vontade do Estado vencido ou sobre a natureza do acordo, já que a obrigação nasceu de um estado de guerra e de atos de força destinados a pôr fim a uma dissensão armada¹⁸¹.

¹⁸¹ Segundo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a nulidade de um tratado decorre de restrição específica ao poder de manifestar o consentimento de um Estado

Configurada a responsabilidade internacional do Estado, o seu dever é reparar o dano causado. O credor está legitimado a exigi-la não em virtude de uma obrigação espontaneamente assumida e, sim, pelo direito que tem de haver satisfação pelos prejuízos sofridos injustamente.

Nesse caso, a dívida nasce de um ilícito internacional. Embora de origem diversa, a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro ou em bens, como indenização por danos infligidos por atos ilícitos e a destinada a reembolsar empréstimos contraídos no exterior tem o mesmo efeito: o país devedor tem a responsabilidade internacional de satisfazer seu dever jurídico, pouco importando a origem. Esse efeito objetivo, todavia, não elimina a diversidade de tratamento que os dois tipos de dívida devem ter. O primeiro, decorre da responsabilidade internacional reconhecida na prática comum dos Estados; o segundo, de obrigação livremente pactuada. Confirma-o a decisão do tribunal arbitral que decidiu o caso Naulilaa, que condenou a Alemanha a pagar uma indenização a Portugal, em virtude de agressão praticada contra Naulilaa e outras cidades da então colônia de Angola¹⁸².

Já a dívida oriunda de empréstimo, tem outra característica. Advém de acordo de vontades, pressupondo, em consequência, liberdade contratual e assunção de riscos. Apesar disso, a responsabilidade do Estado, sob o prisma do direito internacional, não é isenta de dúvidas, como comprovado pelas controvérsias que a matéria provocou.

De fato, há grande celeuma em virtude da incapacidade de pagamento dos débitos externos dos países em desenvolvimento contraídos com bancos estrangeiros. Fruto de contratos regular e livremente firmados, no passado, eram alvo de discussões e proposições, que, não raro serviam de pretexto para o uso da força pelas potências de onde provinham. O episódio a seguir examinado é ilustrativo.

7.2 O BLOQUEIO DA VENEZUELA DE 1902 E SUAS REPERCUSSÕES

Na década de 1920 registrou-se grande número de manifestações doutrinárias e políticas relativamente à problemática da dívida, não só em virtude da Primeira Guerra, como também, pela apreciação de fatos ocorridos no século XIX e início do século XX, dos quais o mais

(art. 47); em caso de erro (art. 48); dolo (art. 49); corrupção de representante do Estado (art. 50), coação exercida sobre representante de Estado (art. 51) e coação exercida sobre um Estado pela ameaça ou com o emprego da força (art. 52).

¹⁸² BRONWILIE, Ian. *International Law And The Use Of Force By States*. Oxford at Clarendon Press, 1963. p. 139.

notável foi o bloqueio da Venezuela decretado conjuntamente pela Inglaterra, Alemanha e Itália, em 1902.

Incapaz de pagar dívidas contraídas com investidores privados daqueles e outros países, a Venezuela teve seus portos bloqueados por frotas armadas, sofrendo, ainda, bombardeio para dissuadir o governo a aceitar a administração da aduana pelos países dos credores, que, assim, pagar-se-iam de seus créditos. As forças navais alemãs e inglesas, após ultimato expedido em 07.12.1902, não atendido pela Venezuela, aprisionaram, no dia 08 de dezembro, três navios venezuelanos e, no dia 15 do mesmo mês, toda a frota marítima.

No dia 13.12.1902, dois cruzadores, um inglês e outro alemão, sitiaram e bombardearam os portos de Guaira, Maracaibo e Puerto Cabello, cujas autoridades haviam se recusado a emitir um pedido de desculpas, não obstante o governo venezuelano tivesse proposto submeter a questão a uma arbitragem, recusada pelos credores.

A falta de eficácia dessas medidas serviu de pretexto para o bloqueio, decretado em 20.12.1902, com a notificação dos demais países de que quaisquer navios que ingressassem nos portos da Venezuela estariam sujeitos a sequestro e julgamento em um tribunal de presa marítima¹⁸³. Com a pronta reação dos Estados Unidos, até então zelosos em dar cumprimento à Doutrina Monroe, o conflito pacificou-se com a constituição de comissões mistas de arbitragem, destinadas a apurar o montante dos débitos e regular a forma de pagamento.

Além disso, a Venezuela concordou em reservar 30% da arrecadação dos portos de La Guaira e Puerto Cabello para satisfazer os créditos reclamados. Os trabalhos das Comissões revelaram o abuso das pretensões dos credores, com postulações exageradas de créditos não comprovados.

De fato, instalando-se em 1903, as Comissões apuraram que os créditos reclamados – e que fundamentaram as medidas coercitivas tomadas pelos Estados dos quais os credores eram nacionais – não correspondiam aos montantes efetivamente apurados como devidos, sendo sensivelmente inferiores, a demonstrar que os credores valiam-se do poder dos governos de seus países para forçar pagamentos não devidos e exagerados.

Segundo as conclusões das Comissões, os seguintes valores foram reconhecidos: 2.313.711 bolívares devidos a credores americanos que, no entanto, pleiteavam a quantia de 81.410.952 bolívares; aos credores

¹⁸³ BROWNLIE, Ian. *Op. cit.*, p. 35; BASDEVANT, Jules. *L'Action Coercitive Anglo-Germano-Italienne Contre La Vénézuéla. In: RGDIP*, II, p. 362-458, 1904, a p. 362.

franceses, que pretendiam a importância de 8 milhões de bolívares, a Comissão Mista encarregada da apuração reconheceu apenas 700 mil; aos italianos, que estimavam seus créditos em 40 milhões, apurou-se apenas 3 milhões; aos alemães, foi deferida a soma de 2 milhões, contra os 7.750 milhões postulados; aos espanhóis, dos 5 milhões habilitados, somente 2 milhões foram reconhecidos; aos ingleses, dos 14.750.000 pretendidos, apenas 9,5 milhões procediam e, finalmente, aos belgas foi deferida a quantia de 11 milhões, contra os 15 milhões pleiteados¹⁸⁴.

Esse resultado demonstra que as pretensões eram abusivas e formuladas sem qualquer critério ou apoio na realidade, justificando a recusa obstinada da Venezuela em atendê-las.

A ação coercitiva e as arbitragens que se seguiram conduziram a outra controvérsia: sendo diversos os credores, somente três Estados haviam empregado a força, o que lhes daria direito de prioridade sobre os demais, que se quedaram inertes.

Essa nova questão foi submetida à Corte Permanente de Arbitragem de Haia que considerou que o uso da força era uma prática internacional aceita e, portanto, legitimava a preferência dos três países coatores¹⁸⁵.

Sir John Fischer Williams, em minucioso estudo sobre o assunto, escrito em 1923, relata outros incidentes ocorridos no passado, em que a força foi também empregada em favor de credores privados, com pretensões frequentemente exageradas, porém amparadas no poderio bélico dos países dos credores. Assim é que a França, dando apoio à solicitação de um banqueiro, exigiu do México o pagamento de 15 milhões de piastras, quando o empréstimo era de apenas 750 mil. O mesmo sucedeu com os Estados Unidos que, por ocasião da guerra de secessão, viu-se diante da pretensão da França de pagamento da importância de US\$ 35 milhões, reduzida para US\$ 625.566,00, após exame de uma Comissão Mista¹⁸⁶.

Esses e outros incidentes com características similares nasceram de ajustes entre um Estado e credores privados estrangeiros, não se tratando, pois, de mútuos entre Estados. A proteção diplomática é que os levou para a esfera pública internacional.

Na verdade, registra-se prática habitual de os Estados se socorrerem de bancos privados, para conseguir recursos de que necessitavam,

¹⁸⁴ WILLIAMS, John Fischer. *Le Droit International et les Obligations Financières Internationales qui Naissent D'un Contrat*. In: **RCADI**, t. I, p. 293-361, 1923. a p. 310.

¹⁸⁵ FENWICK, Charles. **Derecho Internacional**. Tradução de Maria Eugenia I. de Fischman. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1963. p. 336.

¹⁸⁶ Sir WILLIAMS, John Fisher. *Op. cit.*, p. 309.

emitindo, em outras ocasiões, obrigações colocadas junto a investidores domiciliados em outros países. O instrumento jurídico que regulava esses empréstimos era o contrato de mútuo ou o de subscrição de obrigações por bancos que as repassavam ao público.

Sendo o Estado o devedor e, gozando de imunidade de jurisdição, logo surgiu o debate sobre a exigibilidade da dívida e a possibilidade jurídica de executá-la. Com a proteção diplomática, o obstáculo ficava superado pela intervenção das grandes potências em favor de seus nacionais e de suas pretensões nem sempre legítimas, como já observado.

Daí por que, mesmo no passado, registra-se certa relutância de alguns Estados em concedê-la incondicionalmente e sem prévio e acurado exame das implicações políticas resultantes. A Doutrina Palmerston, enunciada em Circular dirigida, em 1848, aos diplomatas ingleses e ratificada em 1880 por Lord Salisbury, ilustra a posição da Inglaterra sobre o assunto. Sustenta, de um lado, que cabe ao governo decidir se deve ou não agir em defesa de seus nacionais, sem que a eventual omissão possa ser entendida como desinteresse ou abandono do nacional; de outro, que os que se aventuram a emprestar a países estrangeiros, devem estar conscientes dos riscos que correm e arcar com as consequências.

Há certa exortação para que os investidores empreguem seus recursos no próprio país e não, alhures, onde os riscos são maiores, sem o correspondente benefício à comunidade nacional.

Em sua comunicação, Lord Palmerston esclarecia, para evitar mal-entendido sobre o direito de intervenção de seu país, que era "*para o governo britânico inteiramente uma questão de descrição e não uma questão de direito internacional decidir se deve ou não fazer da matéria o objeto de uma negociação diplomática*"¹⁸⁷.

Segundo essa Circular, é direito dos governos dos diversos países realizar negociações diplomáticas para amparar reclamações bem fundamentadas de seus nacionais. Cabe-lhes, porém, e só a eles, decidir dar-lhes guarida se assim lhes convier.

Trata-se, portanto, de questão doméstica que só interessa ao Estado que, pelo fato de não conferir proteção a uma determinada demanda, nem por isso reconhece qualquer direito ao outro Estado¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Texto em Sir John Fischer WILLIAMS, *op. cit.*, p. 303. Esse entendimento, aliás, persiste até os dias atuais, não obstante o declínio da proteção diplomática, tal como adotada no passado. Sobre o assunto, *vide* Ian BROWNLIE. **Principles of International Law**. 1972, p. 473. O sistema de solução de controvérsias da OMC e do Mercosul reabilitaram, de certo modo, essa prática, restrita, contudo, aos pleitos apresentados a essas organizações.

¹⁸⁸ A circular faz referência apenas a gestões diplomáticas. Contudo, Palmerston, ao responder a uma interpelação da Câmara dos Comuns, esclareceu que não teria hesitado em

Nesse mesmo sentido se manifestou o Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, Sr. Pichou, em junho de 1907:

É indubitoso que a diplomacia não pode estar a reboque de todos os financistas que arriscam seus capitais em operações mais ou menos aventurosas. Não se pode pôr em risco as forças e comprometer a política e as relações de um país em todas as especulações infelizes às quais os grandes empresários poderiam deixar-se imprudentemente atrair.¹⁸⁹

Não obstante, continuava o Ministro francês, “*não se pode afastar, sistematicamente em todos os casos, as medidas coercitivas nas relações internacionais, para a satisfação de reclamações pecuniárias*”. Essa manifestação, aliás, ratificava política reiteradamente adotada pela França sobre a matéria, ao longo do século XIX e que deu origem a intervenções armadas, como a invasão do México, por Napoleão III, para cobrança de créditos de um banqueiro, ou ameaças de intervenção, como a que fez à Venezuela, em 1883, para também haver créditos com preferência a outros credores¹⁹⁰.

Também os Estados Unidos consideravam regular o uso da coerção para o recebimento de dívidas, sendo esse um dos motivos da declaração de guerra feita ao México. O Presidente Theodore Roosevelt, em mensagem de 06.12.1906, declarava, de fato, que as potências estrangeiras possuíam o direito de recorrer à força armada contra as repúblicas americanas para recuperar créditos nascidos de contratos entre essas repúblicas e cidadãos norte-americanos.

Esse o quadro em que se situou o incidente com a Venezuela, em 1902, pacificado com a instalação das Comissões Mistas já referidas.

Esse incidente teve o mérito de provocar o reexame do emprego da força para cobrança de dívida externa, como meio adequado e juridicamente aceitável pela ordem internacional, como se verá a seguir.

7.3 A DOCTRINA DRAGO

A reação argentina contra a ação dos países europeus, manifestada em Nota de 29.12.1902, enviada pelo Ministro das Relações Exteriores,

utilizar a força em determinadas circunstâncias. No caso da Venezuela, ela foi efetivamente empregada. *Vide* DRAGO, Luis M. Les Emprunts D'Etat Et Leurs Rapports Avec La Politique Internationale. *RGDIP*, 1907, t. XIV, p. 251-287, a p. 260, nota 3.

¹⁸⁹ Texto em Sir WILLIAMS, John Fischer. *Op. cit.*, p. 305.

¹⁹⁰ DRAGO, Luis M. *Op. cit.*, a p. 266 e nota 1.

Luís Maria Drago, ao embaixador da Argentina em Washington, teve repercussão inusitada, provocando o reexame em profundidade do tratamento até então dispensado ao assunto¹⁹¹.

Sustentou Drago, de início, que o “*capitalista que adianta seu dinheiro a um Estado estrangeiro leva sempre em conta os recursos do país onde vai operar e de mais ou menos as probabilidades de que os compromissos assumidos sejam cumpridos sem obstáculos*”.

Ademais, a cada governo se atribui grau maior ou menor de credibilidade, com o correspondente grau de onerosidade na concessão de um empréstimo. Esses riscos são avaliados pelos banqueiros e considerados na remuneração de seu capital, inclusive o fato de negociarem com um Estado soberano que não pode ser executado.

Segundo ainda Drago,

o recebimento da dívida, a liquidação de seu montante, podem e devem ser feitos pela nação sem detrimento de seus direitos primordiais como entidade soberana; mas a cobrança compulsória e imediata, em um determinado momento, por meio da força, acarreta a ruína das nações mais fracas e a absorção de um governo, com todas as faculdades que lhe são inerentes, pelas potências da terra.

Ao reafirmar que outros são os princípios que governam o continente americano, Drago, que sustenta sua Nota na Doutrina Monroe, procurando, com habilidade, sensibilizar os Estados Unidos, invoca, também, Hamilton: “*os contratos passados entre uma nação e personalidades privadas são obrigações segundo a consciência do soberano e não podem ser objeto de força compulsória*”.

A manifestação de Drago, recebida com indiferença pelos Estados Unidos¹⁹², conquistou popularidade entre os países da América Latina, que a apoiaram, com a aprovação de uma moção na Conferência Panamericana do Rio de Janeiro, de 1906, para ser incluída na pauta da 2ª Conferência de Paz de Haia, realizada no ano seguinte, em 1907.

Esposou-a o General Porter, representante dos Estados Unidos, que a apresentou à Conferência de Haia, com modificações, mas reconhecendo a ilegalidade da coerção armada para compelir o Estado devedor a pagar débitos de sua responsabilidade.

¹⁹¹ Vide texto integral da nota, em DRAGO, Luis M. *Op. cit.*, p. 252.

¹⁹² A declaração do Secretário de Estado, John Hay, exprime bem a recepção da nota de Drago: “*não apóia, nem rejeita as doutrinas expostas com talento pelo Ministro de Negócios Estrangeiros da Argentina*”. Vide Sir WILLIAMS, John Fischer. *Op. cit.*, p. 308.

Somente se justificaria o emprego da força se, vencido em procedimento arbitral, o Estado se recusasse a cumprir a decisão ou se se negasse a submeter o caso a um tribunal internacional.

A Convenção Drago/Porter, como ficou conhecida, consiste na primeira manifestação da comunidade internacional organizada de repúdio ao uso da força nas relações internacionais. Inaugurou tendência que se fortaleceu com o Pacto Brian/Kellog, de 1929, que considera ilegal a guerra como instrumento de política nacional. Posteriormente, Carta da ONU restringiu o uso da força, em ações coercitivas, admitindo-a apenas em legítima defesa própria do Estado ou de outros a ele vinculados por acordo de defesa.

A Doutrina Drago, por sua vez, de caráter eminentemente político, como reconhecido e proclamado pelo seu autor, não se limita à proibição do uso da força para a recuperação de dívidas. Vai além.

Há outras considerações que o ilustre jurista e homem público argentino acrescentou, em defesa de seu ponto de vista em artigo publicado na *Révue Générale de Droit International Public*, do mesmo ano em que a Conferência de Haia aprovou a doutrina batizada com o seu nome. Sua atualidade em face da problemática da dívida externa contemporânea sugere alguma análise.

Sustentava Drago que os títulos emitidos por um Estado constituem uma categoria especial de obrigações que não se confundem com qualquer outra, pois decorrem da soberania, tal como ocorre com a emissão da moeda.

Não observam eles as características dos contratos de direito privado; não são emitidos em favor de uma determinada pessoa, e, sim, ao portador, e dependem de autorização legislativa. Sendo assim, estando vinculados ao poder soberano do Estado, são dele dependentes. Se o Estado decidir não os resgatar, não há outro poder que possa constrangê-lo a isso. Em princípio, diz Drago, “*os atos do soberano não podem ser discutidos, nem diante de seus próprios tribunais, nem diante dos de outros Estados, sem seu consentimento*”¹⁹³.

Não pretendia Drago, com isso, advogar a irresponsabilidade do Estado e, sim, o caráter público e de interesse social de uma obrigação por ele contraída. Sua preocupação era de evitar que, sob o pretexto de haver débitos não pagos, as potências europeias se valessem de sua própria força para invadir e tomar porções de territórios americanos.

Daí procurar equiparar a emissão de bônus ou obrigações à de moeda, ambas dependentes da Soberania e, portanto, do *jus imperii* do

¹⁹³ DRAGO. *Op. cit.*, *loc. cit.*

Estado. A suspensão do serviço da dívida indica sempre um desequilíbrio profundo nas finanças e nos recursos econômicos do país devedor que poderá ser restabelecido, tão logo o equilíbrio seja alcançado. É sempre uma questão de tempo, pois a honra nacional está em jogo. Se sobrevier a intervenção, continua Drago, perdurará por tempo indefinido, como se verificou com a Turquia e Egito¹⁹⁴.

É de se acentuar, uma vez mais, o caráter político-diplomático da doutrina, como Drago a apresentava, sem pretensões de erigi-la em norma ou princípio jurídico. Na verdade, constituiu séria advertência à comunidade internacional sobre os riscos dos procedimentos bélicos e a injuridicidade dos objetivos dos países mais fortes, nem sempre coincidentes com os declarados.

7.4 A OPINIÃO DE RUI BARBOSA

Rui Barbosa, em uma de suas muitas intervenções na Conferência de Haia de 1907, procurou demonstrar que reconhecer a imunidade absoluta ao Estado, isentando-o de responder por seus atos no foro internacional, seria uma *“aberração perigosa que é espantoso vê-la defendida por espíritos tão liberais, de democratas tão avançados e de amigos tão esclarecidos do progresso humano”*. Segundo Rui, essa teoria não é a teoria da soberania, mas do abuso da soberania¹⁹⁵.

A argumentação expendida por Rui Barbosa é poderosa e convincente. Advertiu, de início, que *“a opinião pública no Brasil encarou a questão por outra face, e que, pronunciando-se num sentido mui divergente dos nossos bons amigos, não obedeceu a sentimentos menos respeitáveis nem menos americanos tampouco”*. No direito interno, lembrou, o Estado não é imune, submetendo-se ao seu judiciário e, se vencido, está obrigado a cumprir a decisão.

O demandante privado somente não dispõe do direito de penhorar bens do Estado. Mas isso não significa que tenha este o direito de se subtrair ao império da sentença. Ademais, essa regra da impenhorabilidade dos bens do Estado, de direito interno, não se aplica às relações internacionais. *“Seria a primeira vez”*, acrescentou, *“que nação e nação, entre soberania e soberania, se invocasse a regra interna, doméstica, da inseqüestrabilidade dos bens do Estado para estabelecer a ilegitimidade da guerra”*. E concluiu o pensamento de maneira arguta: *“A guerra não é injusta, porque o patrimônio de uma soberania seja inacessível à apreensão militar. O que torna*

¹⁹⁴ *Idem.* p. 286.

¹⁹⁵ Vide transcrição em WILLIAMS, John Fischer. *Op. cit.*, p. 331.