

DiW

Celso D. de Albuquerque Mello

*Univ-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

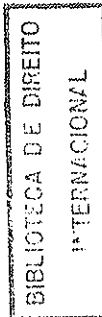
12ª EDIÇÃO

(revista e aumentada)



DEDALUS - Acervo - FD

20400013927



RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo  
2000

## CAPÍTULO I

### A SOCIEDADE INTERNACIONAL<sup>1</sup>

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*.

1. O direito é manifestação da vida social. A cada sociedade<sup>1a</sup> corresponde um determinado sistema jurídico. O DIP dos dias de hoje corresponde a uma determinada sociedade internacional. É esta sociedade internacional que estudaremos inicialmente, uma vez que ela é o meio onde surge o ordenamento jurídico internacional.<sup>2</sup>

O assunto não é dos mais fáceis, pois se o Direito é um produto da sociedade, uma vez constituído, passa a ser um dos fatores que a condicionam e a modificam. Em consequência, a sociedade é, ao mesmo tempo, tanto um fenómeno social, como também jurídico.<sup>2a</sup> As influências recíprocas do Direito e da Sociedade no campo internacional são da maior importância e intensidade, vez que o DIP e a sociedade internacional ainda não estão sedimentados e se encontram em constante transformação, que é muito mais rápida do que em qualquer outro ramo da ciência jurídica.

A política é a constante do mundo internacional<sup>3</sup> em maior grau do que ocorre no direito interno, acarretando modificações constantes no DIP, o que o torna difícil de ser estudado pelo jurista, resultando na necessidade de uma constante atualização.

O presente capítulo versa sobre a base social do DIP, assunto esse que pertence mais à sociologia do DI<sup>4</sup> do que ao Direito propriamente dito.

Para se verificar a relevância desta matéria é suficiente lembrar que Martin Wight, em 1960, afirmava "a mais importante pergunta que se pode formular na teoria internacional é: o que é a sociedade internacional?".

2. A sociedade surge das relações recíprocas dos indivíduos. No domínio internacional ocorre fenómeno idêntico. A origem de uma sociedade no meio internacional não pode ser fixada em uma determinada data. A

sua constituição coincide com a formação das primeiras coletividades organizadas. Tais coletividades formadas de homens, por necessidade ou conveniência, estabeleceram relações contínuas entre si, originando a sociedade internacional e o DIP, uma vez que as relações só seriam possíveis existindo normas comuns às coletividades, ou, ainda, as normas teriam sido formadas em virtude de uma necessidade. É a aplicação do aforismo "ubi societas ibi jus". "A sociedade internacional e o DIP são contemporâneos" (Sereni).<sup>3</sup> Ela é a resultante de fatores tanto materiais como morais. Entretanto, o Estado como o entendemos atualmente é posterior ao DI, vez que ele surge na Baixa Idade Média e no Renascimento. Daí termos utilizado a palavra "coletividades".

A sociedade internacional existe assim desde a mais remota Antiguidade,<sup>4</sup> evidentemente que com características diferentes das que apresenta atualmente. Estas características diversas não impedem a sua existência, porque o Direito e a sociedade variam com a época histórica sem que esta "variação" importe na sua negação.<sup>7</sup>

3. A descrição da sociedade internacional significa a apresentação dos entes que a compõem e das forças mais atuantes na vida social internacional. A maioria dos entes se tornam possuidores de direitos e deveres outorgados pela ordem jurídica internacional, transformando-se em sujeitos de direito. Nesta situação figuram, entre outros, os Estados, o homem, as organizações internacionais, etc.

O Direito Internacional foi durante longo tempo interestatal e ainda se apresenta, apesar das atenuações, predominantemente sob este aspecto. A sua moderna configuração nasceu na Europa Ocidental em época que os grandes Estados Nacionais já estavam formados. É assim o Estado o seu membro originário e principal sujeito. O direito exerceu uma imensa importância na criação do Estado, vez que este é fundado nele e deve aplicá-lo, a região do mundo que deu maior importância ao direito foi a Europa, cujos Estados não imitaram modelo não-europeu (J. R. Straver). É o criador dos demais sujeitos do direito internacional. Alguns autores modernos constatarem a formação de blocos culturais ou ideológicos (B. Landheer), ou, ainda, a substituição do Estado por um "bloco sócio-cultural mais ou menos animado pela liderança de uma potência" (René-Jean Dupuy). Esta política de blocos surge de modo claro nas organizações internacionais quando os Estados acompanhavam na votação a sua potência líder de modo quase que integral. Esta tendência se diluiu com o desaparecimento do bloco comunista. Na verdade, a figura do Estado tende a ser substituída por forças mais atuantes que correspondam melhor às necessidades políticas, econômicas e sociais do nosso século. As denominadas empresas multinacionais (v. capítulo XXIII) constituem um dos fatores que ameaçam o Estado. É de se observar que alguns dos autores que têm sido apresentados pelos autores em favor do desaparecimento do Estado são também um reforço para alguns Estados. Assim as empresas

multinacionais reforçam o Estado da matriz, enquanto os blocos reforçam o Estado-líder. Esta política de blocos se encontra atualmente ultrapassada com as mudanças ocorridas no Leste europeu a partir, principalmente, de 1990. Octavio Ianni (A Sociedade Global, 1992) observa que com a "globalização do capitalismo" através das empresas está ocorrendo na sociedade internacional em que há uma perda da importância do território e, em consequência, da noção de fronteira. Acresce ainda que tem sido observado que a sociedade internacional atravessa uma fase de globalização de sua economia que é realizada por atores não estatais (empresas transnacionais) e, por outro lado, tem havido uma forte tendência à regionalização cujo ator é o Estado.

As organizações internacionais que se desenvolveram no século XX visam exatamente atender àquelas necessidades. A sociedade internacional dos nossos dias é completamente diversa da do século anterior em virtude de um fator principal: os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional. As organizações internacionais são as resultantes deste fator e é dentro delas que mais se sente a atuação das ideologias ou blocos sócio-culturais nas soluções dos mais diferentes problemas. É a nossa época caracterizada como sendo a do associacionismo internacional. Este se manifesta não apenas em nível governamental com a criação de organizações intergovernamentais, cerca de 300, mas também no nível de particulares com a criação de organizações não-governamentais. Estas, segundo os autores, seriam 4.500. Jean-Paul Jacqué fala em 369 organizações intergovernamentais, sendo que 285 delas são regionais. Outro (D. Carreau) já falou em 13.000 organizações não-governamentais.<sup>5</sup> Estas são quase todas de origem ocidental e visam a assistência.

O homem, relegado a um segundo plano no século passado, adquire, em virtude do denominado processo de democratização do DI, uma nova posição.<sup>6</sup> Os direitos do homem se internacionalizaram. As organizações internacionais, especialmente as de aspecto social, visam satisfazer as suas necessidades. Jean Toussez afirma que não se deve falar em indivíduo para não reforçar o individualismo, mas sim em pessoa que ele liga a filosofia personalista.<sup>8</sup>

Estes são os principais entes que atuam na vida internacional, mas, ao lado deles, forças culturais, econômicas e religiosas influenciam ou influenciarão a sociedade internacional.

As forças culturais se manifestam pela realização de acordos culturais entre os Estados, na criação de organismos internacionais destinados à cultura e na aproximação entre os Estados.

As forças econômicas tiveram a atenção de todos para a crise despertada pelo materialismo histórico e, se não constituem o único fator que condiciona a vida internacional, não deixam de possuir uma importante atuação.

Os acordos comerciais e as organizações internacionais de cunho econômico e financeiro se multiplicam. Os problemas de natureza econômica surgidos no mundo moderno exigem uma cooperação interestatal para a sua solução. A sua importância é tão grande que o comércio internacional é uma das bases sociológicas para a existência do DI. Atualmente todos os autores afirmam que a política externa e a política interna estão entrelaçadas de tal modo que não se sabe onde uma começa e a outra acaba. Entretanto é de se assinalar que a ideologia na política externa tem um papel menos importante do que na política interna (J. Vernant).

As forças religiosas<sup>8b</sup> tiveram através da História uma influência decisiva no DI. O catolicismo originou uma série de institutos tais como a Trégua e a Paz de Deus; outros tiveram a sua evolução marcada por atos da Igreja, como as bulas papais que influenciaram a formação do instituto da ocupação. O protestantismo, com a sua atuação decisiva na luta pela abolição do tráfico negro e no movimento pacifista. O protestantismo devido a sua multiplicidade de seitas teve menor influência nas relações internacionais. Em 1948 foi criado o Conselho Mundial das Igrejas com a finalidade de unificar a sua atuação. Este Conselho recebeu o *status* de organização consultiva na ONU e UNESCO. Atualmente ele se preocupa com o auxílio aos países subdesenvolvidos, bem como com a questão demográfica. A Igreja Ortodoxa Grega influenciou no movimento do pan-eslavismo. O islamismo voltou a ter neste final de século uma grande força política.

Poderíamos ainda acrescentar as forças políticas que têm uma atuação preponderante na vida internacional. A luta pelo poder e pelo aumento do território estatal ocasionou fenômenos característicos da sociedade internacional, sendo uma das causas do imperialismo.

Outras forças atuam ainda na vida internacional tais como: a) os "partidos" internacionais (a Internacional Comunista, hoje extinta); b) os sindicatos internacionais (Federação Sindical Mundial; Confederação Internacional de Sindicatos Livres); c) a Internacional Cristã e Conferência Internacional de Socialistas, foi criada em Francoforte em 1951. Tem um Congresso e um Conselho; d) o Conselho Mundial das Igrejas foi criado em Amsterdã, em 1948, devido aos esforços do Visser T. Hoof; e e) o Movimento Pugwash ou a Conferência Científica Internacional que visa informar a opinião pública sobre os riscos do "progresso científico"; orientar os governos bem como ressaltar a responsabilidade política do homem de ciência. As primeiras conferências foram realizadas em Pugwash (Nova Escócia), a aldeia natal do industrial Cyrus Eaton, que é o financiador deste movimento.

As organizações internacionais não-governamentais têm adquirido cada vez maior importância, bem como aumentado o seu número. Salienta Falk que atualmente tem havido um aumento do papel de atores não territoriais.

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 Tonnies<sup>8c</sup> 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 — "Fare 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.<sup>9</sup> 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:<sup>10</sup> 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 a 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.<sup>11</sup>

A positivista (Cavaglieri) sustenta que a sociedade internacional se teria 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 gênero humano que, como assinala Ruyssen, 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, patriária, 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 patriária 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.<sup>12</sup> 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.<sup>12a</sup>

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 enxadado nas faculdades e nos livros é, ainda, via de regra, o mesmo DI formulado no século XIX pelas grandes potências ocidentais.<sup>12b</sup> É assim um direito que atende aos desenvolvidos e não aos países em vias de desenvolvimento. O DI deve se transformar em um DI do Desenvolvimento (v. "Palavras Prévias" e capit. DI Econômico). Deve se tornar um instrumento consagrador deste. O Direito precisa passar a ser o agente transformador da sociedade e não o consagrador de um *status quo* existente há cinquenta anos.

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).<sup>13</sup> Assimila 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 européia". Ele deixa de ser um direito europeu para ser de um sistema de Estados de civilização cristã com a independência dos EUA (R. Bernerjo). Daí Henkin afirmar que o Direito Internacional "não pode sobreviver ao declínio da dominação européia e não pode governar comunidade de nações cuja maioria dos membros não é européia, não são imperialistas, nem capitalistas...". Concordamos com a afirmação de Castañeda de que Direito Internacional é uma "variável" na sociedade

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 européia 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 abriu uma exceção para o Japão<sup>13</sup> e para a Turquia.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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

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 abrangar 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, vez 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.<sup>16</sup> O DIP se encontra em uma verdadeira crise<sup>16a</sup> 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 polinizam o direito sem que ele perca a sua juricidade.

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).<sup>165</sup>

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" (C. 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",<sup>166</sup> que têm se reunido em várias conferências: Belgrado (1961); Cairo (1964); Lusaka (1970); Argel (1973); Colombo (1976); Havana (1979);<sup>167</sup> 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 balanço 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 "caufe 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 desenvolvesse. O internacionalista argelino acaba por citar Chauumont: "direito injusto pelo que ele justifica e irreal pelo que ignora".

Bedjaoui assinou 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. É de se recordar que em 1917 a URSS rejeitou os tratados concluídos pelos czars alegando que não dera o seu consentimento.

Pode-se acrescentar ainda que o Direito Internacional Clássico consagra 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.<sup>17</sup> O 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 aceito 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 Zоргbibe dizer que o conflito norte-sul é na verdade leste-oeste.<sup>18</sup> 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 informações e o deslocamento das pessoas têm aumentado; d) devido às armas de destruição em massa há 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 anomalias 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 idéia da revolução; b) a idéia de cooperação e a idéia de soberania; c) o direito à autodeterminação dos povos e a divisão do mundo em zonas de influência. Em todas elas existe o interesse nacional.

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 Leffouche) afirmam que o "novo mundo" se caracteriza pela "desordem das nações". Ou ainda, que a "nova ordem mundial" que tenha sido criada conforme o presidente G. Bush, quando da ação da ONU, no Iraque, é, na verdade, uma "nova desordem mundial".

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 Endterle "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 Fournier (Pourrons-nous Vivre Ensemble? Égales 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 Pureza) 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 Ignacio 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 Subsaariana. 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 feita 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.; António 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'Étude 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, 1<sup>o</sup> 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 Miglizza — 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 consequências 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/controlé... 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 consequências 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 existia.
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 Inrye — The Principles of International Law in The Light of Confucian Doctrine, *in* RdC, 1967, vol. I, t. 120, págs. 1 e segs.; K. N. Javaultke — 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. 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 1873.

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 "corona 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 (Kadcliffe-Brown, Malinowski) observa que as funções são mais importantes do que as estruturas (Comidec).

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 Casimiro — L'Ordinamento Internazionale e l'avvenire dell'Europa, 1969; David Vital — The Inequality of States, 1967; Haroldo Valladao — Democratização e Socialização do Direito Internacional, 1961; A. P. Sereni — Les Nouveaux États et le droit international, RGDIP, 1968, n.º 2, Avril-Juin, págs. 305 e segs.; Adolfo Mijsa de la Muela — La Emancipación de los Pueblos Colonizados 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.º 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. Blacé, 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 Ladrèit de Lacharrière — L'influence de l'irrégularité 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 Anselm — 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 Jouvé — La montée du Tiers Monde sur la scène internationale, *in* Mélanges Offerts à Georges Burdeau, 1977, págs. 1127 e segs.; J. G. Svatauw — 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 Jouvé — 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. Châtillon — 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 Bedjoui — Non-Alignment 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. Conidec 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 Bedjoui — 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 segs.; Celso Lafer — A Nova Ordem Internacional num Sistema Internacional em Transformação, *in* Revista Brasileira de Estudos Políticos, julho, 1982, n.º 55, págs. 7 e segs.; Patricia Buirette — Maurau — La Participation du Tiers-Monde à l'Elaboration du Droit International, 1983; Romualdo Bermejo — Vers un Nouvel Ordre Économique International, 1982; Philippe Braillard e Mohammad-Reza Djilili — 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 Guimain — 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 Jouvé — 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 Kufu — L'Empire et les nouveaux barbares, 1991; Jeff Hayes — 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 1863, 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 dela. 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 no 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 instou no Ocidente foi na Inglaterra, em 1877, apesar dela já estar prevista desde o tratado de Tientsin



cia", "uma das mais belas esboçadeiras teóricas da época", "um desprezível saco de lixo" (*Sourrouille*). O Terceiro Mundo seria um produto do capitalismo. É um conceito que mistura tudo: classes, povos e civilizações. Foucaz 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 em 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 C.A.T.T 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 critérios 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 Chauvin — *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

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 Manchúria (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 estabeleceu "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 aqueles 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 criou 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 (Bernardo 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 dispare. 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. Toynebee 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-



"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 desvão 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 colapso 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, 1973): "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 ser transcrita 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 Morcau 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: asiático, 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) acentuação 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 generosa. Afirma-se que é justo os novos Estados não aceitarem o DI Clássico, mas que este já não existe e 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 definição<sup>1</sup> 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 regras que determinam os direitos e os deveres respectivos dos Estados nas suas relações mútuas" (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 regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. Tais pessoas internacionais são as seguintes: Estados, organizações internacionais, o homem, etc.

Uma boa definição é a fornecida por Jean Toussez: "é o conjunto de regras e de instituições jurídicas que regem a sociedade internacional e que visam estabelecer a paz e a justiça e a promover o desenvolvimento".

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.<sup>2</sup> 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 aceite o *ubi commercium ibi jus*. Na verdade, uma relação de comércio provoca imediatamente o aparecimento de normas para regulá-la.

c) *Princípios jurídicos coincidentes* — 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: 1) a soberania do Estado e a necessidade de cooperação; 2) o DI procura assegurar a paz e a segurança, mas existem as exigências revolucionárias nacionais; 3) 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. Romano<sup>3</sup> 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 Gato 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.<sup>4</sup>

A expressão *inter gentes* foi utilizada por Ricardo Zouch, ao lado da de *jus fetialis* na sua obra: "Juris et iudicii 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 "naion" aplica-se também a Estado.<sup>5</sup> 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, "Völkerrecht" (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 Pubbico, 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'Aguesscau); "Staatenrecht" ou "jus publicum civitatum" (Kant); "Droit Public International" (A. Mérigniac); "Droit Public de l'Europe" (Mably); "Direito Público Externo" (Hegel); "Direito Interpúblico" (Retorillo); "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 (Jesupp).

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

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,<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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 Schwarzenberger<sup>11</sup> 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 reciproca 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.<sup>11a</sup>

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 essencial... é a categoria de totalidade, que "significa a percepção da rea-

tes vantagens: a) evitaria a distinção entre direito público e direito privado, que é contestável do ponto de vista científico; b) a palavra "gentes" abrangeria 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.<sup>7</sup>

11. A divisão do DI foi dada pela primeira vez por Hugo Groíus 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,<sup>8</sup> 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),<sup>8a</sup> 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 Groíus em Direito de Paz e de Guerra, tudo o mais é subdivisão. Entretanto, a mais célebre

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 CJJ 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 holística para abarcar a totalidade da doutrina jurídica internacional (Guil 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 internacional<sup>12</sup> 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 parênteses 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 invólucro, sem conteúdo";<sup>13a</sup> c) são atribuídas no sentido de que dão "uma competência sem assinalar a materialidade da ação a executar".

Podese 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 (*ius 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). Assimada 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. É mais a diferença entre a coerção jurídica e outras formas de coerção social (família, igreja) é ínfima (E. Ehrlich).

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

adaptação constante às necessidades sociais. A existência de normas sem sanção surge em assembleias 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 Szuicki), enquanto outros (Suy e Rosenne) falam em Humphrey Waldock, na Comissão de Direito Internacional, em 1963.<sup>123</sup>

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 derrogadas. 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".<sup>124</sup>

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 consideraria indispensáveis para a sua existência.

O grande problema sobre tais normas imperativas é a sua identificação. Alguns (Vassen) 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. Soulé). 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.<sup>134</sup> 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-ocidente, 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 "ameaçam" 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. Akehurst 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 constituindo, 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 Ensaíos 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).

A proliferação de "ordens jurídicas" leva à luta. Em nome do Direito se tem "massacrado e torturado", como se faz sob a bandeira da religião. As ordens jurídicas "disputam o poder". No atual estágio do DI não há uma autoridade "oficialmente instituída" para constatar a ilegitimidade 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, as suas violações são sempre justificadas pelos Estados com base no próprio DIP, o que é possível devido à sua imprecisão. 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). Ou ainda, quem viola o direito faz direito à sua maneira (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 Rautent — Pour une Théorie Critique du Droit, 1975). As normas de cortesia possuem também sanção. Por outro lado, os autores acabam em uma verdadeira taurologia, 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 Santu 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, as 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 tomadas 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 à 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 considerava o Direito como sendo polemogênico, porque ele, ao dar ao indivíduo ou Estado um direito, estes passarão a lutar por ele.

Observa Pablo Lucas Verdú (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 identidades: lei=liberdade=propriedade privada=segurança jurídica". Creio que o mesmo raciocínio pode ser aplicado, *mutatis mutandis* ao DI.<sup>135</sup>

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) hierárquica; b) cronológica; 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. Mielc).

14.º 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 Katzenbach 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. E 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" ... as 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 Cuénairt há uma "síndrome de apatia" na França devido ao constitucionalismo que foi "moculado na cultura republicana francesa", arruinando o político. Carl Schmitt já afirmava que um mundo sem política entre amigo e inimigo vai "monter 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 'efetivizada' 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 Mutación de la Constitución, 1991): "as forças políticas reais operam segundo as suas próprias leis que autam independentemente de qualquer forma jurídica".

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

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 (Otu Kimminich). 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 estabilizadas 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 selectiva". 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 DI<sup>15</sup> 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 internacional<sup>16</sup> 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 registar 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. Stoyanovich (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,<sup>17</sup> 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 internacional 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).<sup>18</sup>

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 efetividade<sup>19</sup> 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 uma regra ou situação jurídica" (Touscoz). A efetividade, conclui este autor, "é a qualidade de um título jurídico que preenche objetivamente a sua função social".<sup>20</sup> Ela tem um importante papel na nossa disciplina devido à sociedade internacional ser descentralizada (Elicia Ferreira da Costa). Pode-se acrescentar que "a noção de fato é ela mesma fruto de um julgamento (Alain Papeux e Eric Wiler).

A utilização deste princípio pelos doutrinadores é da maior importância na renovação do DIP, que estava repleto de teorias que não encontravam a menor correspondência na realidade social.<sup>20a</sup> A procura do real é feita tanto para justificar determinada norma, bem como para modificá-la (Ch. Visser). Neste segundo caso a função da efetividade desaparece quando ela se realiza, isto é, quando desaparece a tensão entre o fato e o direito.<sup>20b</sup>

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".<sup>21</sup> 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 Salvio e Verdross. Salvio 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 juridico-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.<sup>22</sup>

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".<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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. E 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 *no das pescarias anglo-norueguesas*.

O princípio da efetividade como critério de validade de certos institutos é um instrumento das Grandes Potências, tendo em vista que só elas dispõem de um modo geral de meios para impor a efetividade. Observa com razão Renato 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 anajurídica 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<sup>24A</sup> não é novo e é encontrado em tratados que datam dos séculos XII e XIII. Ele tem dominado a vida jurídica internacional, sendo aplicados tanto no caso de respeito às normas internacionais, como no caso de violação. 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". Salienta 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

fajando 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.

Salienta 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 facilmente utilizável no DIP". 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 propositivamente 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 qualificação<sup>25</sup> 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 do DIP. Não há uma opinião unânime. Para G. Casacchi 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:

## NOTAS

1. Alfred Verdross — La Loi de la Formation des Groupes Juridiques et la Notion de Droit International Public, in Introduction à l'Etude du Droit Comparé. Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, vol. II, págs. 112 e segs.
2. Paul Cuggenheim — Contribution au Problème des Bases Sociologiques du Droit International. in Introduction à l'Etude 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: Gato, nas Institutas, e Pomponio, em "Ad Quinimum 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 *relatio*, "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 sinónimas 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 ao 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 1 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: e) José Maria de Avelar Brotero — Questões sobre Presas Marítimas

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.<sup>37</sup>

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".



(1836); b) Pedro Atrau da Mata e Albuquerque — Elementos do Direito das Gentes segundo as doutrinas dos autores mais modernos (1851); c) Antônio de Vasconcelos Menezes de Drummond — Preleções de Direito Internacional (1867); d) Antônio Pereira Pinto — Aportamentos 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 Kangel — 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 da existência 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; Fredé Gasberg — La méthodologie du droit international public, *in* RdC, 1933, vol. I, t. 43, págs. 313 e segs.; R. Yakemichoutk — L'approche sociologique du droit international, *in* RGDIP, 1974, n° 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 intuitivo, mas com a afirmação acima ele se aproxima do misto. Na verdade, a sua maior crítica é ao "eclétismo 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 fusigar o conservadorismo dos conservadores como para sacudir o conservadorismo dos próprios revolucionários" (V. Leandro Konder — O que é Dialética, 1981).

12. Piero Ziccardi — Les Caracteres de l'Ordre Juridique International, *in* RdC, 1958, vol. III, t. 95, págs. 263 e segs.; M. Virally — Reflexions 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 Schwarzenberg — 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, n° 2, págs. 188 e segs.; Oscar Schachter — Towards a Theory of International Obligation, *in* Virginia Journal of International Law, April 1968, vol. 8, n° 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* Cuartro 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* Mélanges Louis Trotabas, 1970, págs. 529 e segs.; T. C. Elias — The Doctrine of Intertemporal Law, *in* AJIL, April 1980, vol. 77, n° 2, págs. 285 e segs.; Prosper Weil — Vers une normativité relative en Droit International, *in* RGDIP, t. 85, 1982, 1, 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 Haopel — 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, n° 4, págs. 901 e segs.; Charles Leben — Une Nouvelle Controverse sur le Positivisme en Droit International Public, *in* Droits, n° 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 "Raisonnement" par les juridictions Internationales: au-delà du Positivisme Juridique, "in" RCDIP, 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 DI 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 C. 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 destrói 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 Jeanün). 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). As 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 Chaitmont 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 austeridade 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, 1953). 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 hipocrítica 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



Da 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 Ansétek).

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... (c) 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 exegetica. 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 de 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 mando 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, anuenciando 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. Anualmente, a norma jurídica é apenas "um sistema de autojustificação que só convence aqueles que já estão convencidos" (Jean-Paul Charney). Finalmente, para encerrarmos estas notas, podemos lembrar que "o Direito é imprescindível até para a destruição do Direito" (Djafir 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 superação do direito é também uma forma elegante de eurocentrismo".

É necessário que o Direito deixe de ser "a teoria social congelada" (David Trubek), ou o obstáculo ao desenvolvimento social (Nova Montreal), 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 cenho 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 Beaventura 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 Zerbini — *Diritto Internazionale Odierno*, 1964, pág. 108; B. A. Wesley — *The Interaction of Public and Private International Law Today*, m. RdC, 1954, vol. I, t. 83, págs. 245 e segs.; Edward Hambro — *The Relations between International Law and Conflict Law*, m. RdC, 1962, vol. I, t. 106, págs. I 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. I, 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 Demein, 1974, págs. 41 e segs.; Luzius Wildhaber — The Impact of Tomorrow's — International Law on The Framework of The Constitution, *in* Le Droit International Demein, 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 Kimmich — 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 Público, *in* Septimo Curso de Derecho Internacional, organizado pelo Comité 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, parecemos 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 estavel 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, 1927, 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 Papatou 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: Aguilár 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. Aguilár 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 Toussez — Le Principe d'Effectivité dans l'Ordre International, 1964; Pietro Piovani — 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 Funzione 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; Farciso 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, in 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, in *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, in *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, in *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 Giraudeau: "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 regulamentava 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 (Verzijl) 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. Maja 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.

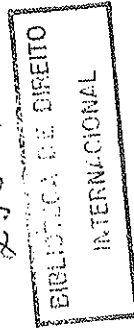
24-A. Michel Virally — Le Principe de Réproché dans le Droit International Contemporain, in *RdC*, 1967, vol. III, 122, págs. 1 e segs.; Emmanuel Decaux — La Réproché en Droit International, 1980; G. P. Niboyet — La Notion de Réproché dans les Traités Diplomatiques de Droit International Privé, in *RdC*,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

25. Jean J. A. Salmon — Le Concept de Raisonnable en Droit International Public, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, 1981, págs. 447 e segs.; Jean J. A. Salmon — Quelques Observations sur la Qualification en Droit International Public, in *La Motivation des Décisions de Justice. Estudos publicados por Ch. Perelman e P. Fortiers*, 1978, págs. 345 e segs.; Olivier Cayla — La qualification, ou la vérité du droit, in *Droits*, n.º 18, 1994, págs. 3 e segs.; Bernard Audit — Qualification et Droit International Privé, in *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, in *Les Presomptions et les Fictions en Droit*, sob a coordenação de Ch. Perelman e P. Fortiers, 1974, págs. 114 e segs.; Jacques-Michel Grossein — Les presomptions en droit international public, 1954.

29931/01.





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).

## CAPÍTULO VIII

### FONTES DO DIP

#### Noções Gerais<sup>1</sup>

70 — *Coussão*; 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.

Cavarelli 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 comunidade 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 idéias, 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 repousasse 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,<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> A não hierarquia resulta das fontes serem autónomas (Mark E. Villiger). Finalmente, é de se observar que a idêgia 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 estudarmos cada uma delas em separado.<sup>6</sup>

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).<sup>6</sup>

73-A. O estudo do ato jurídico no DIP<sup>7</sup> 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.

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". Sallentia 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 ato jurídico (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. 535 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 Vischer — 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 Problemática das fontes do Direito, Anuário do IHLADI, vol. 4, 1973, págs. 61 e segs.; J. Mougeon — Conditions Actuelles de l'Élaboration du Droit International Public; Roger Pinto — Tendances de l'Élaboration des Formes Ecrites 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.º 7, 1988, págs. 95 e segs.; A. A. Cançado Trindade — Sources of International Law, 1992, *in* Thesaurus Actuarium, vol. XIX, págs. 51 e segs. (excelente e original trabalho). V. D. Degau-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 consequência, 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 Ruizé, 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

### 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 institucionais; 89 — Promulgação; 90 — Publicação; 91 — Registo; 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. Consequências 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.<sup>1</sup>

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 "fechismo do tratado" (Fosaneau). Este autor accentua 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" (Velas). 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. Assim 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,<sup>2</sup> dá a seguinte definição: "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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

75. A terminologia<sup>5</sup> 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 Helsinki 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.<sup>6</sup> 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). É 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. Observe 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 Européia). 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 internacionais<sup>6</sup> 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 vassalos e protegidos possuem o direito de convenção quando autorizados pelos seus soberanos 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<sup>6a</sup> 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"<sup>6b</sup>, 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.<sup>7</sup> 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 autónomas (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 agir 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 europeia 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,<sup>8</sup> 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).<sup>9</sup> Ph. Bretteau 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".<sup>10</sup> Atualmente os movimentos de libertação nacional têm concluído tratados.

Outras entidades internacionais também podem assinar tratados, como, por exemplo, os territórios internacionalizados (o Saare 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 (Hoijer, 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.<sup>11</sup> 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 subseqüente 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.

etc não atinge a validade do tratado e deverá ser feita a sua correção,<sup>12</sup> 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 consequência.

Um outro caso pode ser incluído de vício do consentimento: a corrupção do representante do Estado. O Estado cujo representante foi corrompido pode invocar isto para invalidar o seu consentimento dado ao tratado.

A doutrina tem mencionado, como vício do consentimento, a lesão.<sup>14</sup> 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 inquiriam de nulidade os tratados que não foram realizados com base na igualdade jurídica. Esta tese tem sido defendida pelos novos países (Browville).

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<sup>15</sup> sob o seu aspecto formal em bilaterais e multilaterais,<sup>16</sup> levando em consideração o número de seus contratantes.<sup>16</sup> Os tratados multilaterais normalmente têm a cláusula de adesão.

Do ponto de vista material, a doutrina os tem classificado em tratados-contratos 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-contratos) são formados por vontade de conteúdo idêntico, enquanto, nos outros, (tratados-contratos) as vontades teriam conteúdo diferente. Os tratados-contratos 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-contratos 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-contratos 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-contratos 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Entretanto, podemos salientar que na prática realmente existem certos tratados (os denominados tratados-*leis*) que possuem certas características próprias: normas objetivas, aberto, impessoal 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 Combaeu 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 fundamento<sup>19</sup> 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 tem seu fundamento último no direito natural.<sup>20</sup>

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 (Maquiavel, Espinosa) negam a sua existência; b) outros (Vita) 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,<sup>21</sup> 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 cumprí-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 isto 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.

Podemos observar ainda que um tratado não tem efeito retroativo. 80. A aplicação de tratados<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

O preâmbulo<sup>26</sup> 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 acia que estão fixados os direitos e deveres das partes contratantes.

Os tratados, como já foi dito e se desprende do que foi exposto acima, têm normalmente a forma escrita.<sup>27</sup> No Brasil se utiliza "papel branco, liso e acuminado". Nos dias de hoje o tratado é impresso ou datilografado,<sup>28</sup> sendo esta última forma a comum entre nós.

O idioma em que será redigido o tratado é escolhido livremente pelos Estados.<sup>29</sup> 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,<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

Os tratados tornam-se obrigatórios para os órgãos judiciais com a sua promulgação e publicação no âmbito interno dos Estados. A prática nor-

Todavia, existem certos tipos de tratados que produzem efeitos em relação aos terceiros Estados:<sup>32</sup> 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 "consuetivos ou semilegislativos", que são os concluídos por um grupo de Estados em relação ao 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.<sup>33</sup> Assim, 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" (Quadi). 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", dat 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 apte-se a 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..." visam uma universalidade. Esta regra tem origem no D. Romano (Christine Chinkin).



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 (Duyntzé, 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 "opera 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, segundo 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:<sup>33</sup> 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.<sup>32</sup>

84. A negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado.<sup>32a</sup> 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. Remiuro 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 o 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. Combacau, 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 induzir 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 rubricarem 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 constitua 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 assinatura<sup>35</sup> 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.

Aréchaça é quem melhor mostrou a importância da assinatura, que pode ser resumida nos seguintes fatores:

- a) autentica o texto do tratado.<sup>36a</sup>
- 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 forçadas 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.<sup>34</sup> A segunda observação diz respeito à assinatura diferida.

A assinatura diferida<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> Todavia, este prazo tem sido estendido ao máximo; assim a Turquia e o Egito assinaram, respectivamente, o Estatuto da CPIJ 15 e 20 anos depois da sua conclusão. Esta prática tem tomado a assinatura diferida bastante semelhante à adesão. A distinção entre a adesão e a assinatura diferida é que nesta última ocorre a ratificação, que "presupõe uma assinatura".<sup>37</sup> 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).<sup>37a</sup>

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 Aquigrana (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 elaborava 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,<sup>33</sup> na definição de Sete 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".<sup>34</sup>

Historicamente, este instituto é encontrado em um dos mais antigos tratados de que se tem notícia, o de Ramsés II, do Egito, e Hattusili, rei dos hititas, no ano 1280 a.C. (Taubé), 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> 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, Gro-tius, Pufendorf, Wicquefort, Vattel, etc. A ratificação torna-se quase "sit-pérfua", 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).<sup>37</sup> 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, quanto 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 razões suscitadas pelo projeto do tratado na opinião pública nacional".<sup>38</sup>

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 submeida a ratificação e há intenção dos negociadores de submetem 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, Screni) 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 consequências: 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, 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.<sup>45</sup> 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,<sup>46</sup> 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 "abrange" todo o tratado<sup>47</sup> (art. 6º da Convenção de Havana). Todavia, a prática tem aceito a formulação de reservas,<sup>48</sup> que veremos adiante. Pode-se afirmar ainda que a ratificação é irrevogável (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.<sup>49</sup> 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), e o caso do tratado de proscricção 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. Balladore 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 Legislativo<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> O monarca personalizava o Estado, não havendo assim razão para os seus atos serem aprovados por um determinado poder.

Segundo 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-

Os acordos em forma simplificada podem ser classificados em técnicos e 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 pessoa não se transmitem como obrigatórios ao sucessor de quem os concluiu.<sup>33</sup> 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 Bitner, que sustenta serem eles válidos, porque se fundamentam em uma competência própria dos que o 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. Vischer, 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 aceitação<sup>34</sup> 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 instituídos de organizações internacionais, como o da UNESCO, em 1945, ou ainda nos tratados instituídos 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

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.<sup>35</sup> 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 enravam 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,<sup>36</sup> onde apenas alguns tratados são submetidos à apreciação legislativa.<sup>37</sup> 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,<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.



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.<sup>34A</sup>

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, Theófilo 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 prorrogação de tratado...' (Accioly). Em favor desta posição alega-se 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, Bevilacqua, etc.), já tinham esta interpretação e que as Constituições de 1934<sup>34B</sup> 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.<sup>35</sup>

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, "optavamos" pelo art. 47, inciso I, por se adaptar melhor às necessidades da vida internacional do País.<sup>36</sup> 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 inexecutível, 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 enturvada; 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 Aureliano Leal e atualmente por Wilson Accioly de Vasconcelos. A corrente que nega este poder ao Legislativo é representada por João Barbalho, João



da Fonseca Hermes Júnior, Alberto Deodato, Assis Brasil.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Já a reserva não tem o aspecto acima mencionado. O Legislativo poderá apresentá-la desde que seja cabível.<sup>59</sup> 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.

Segundo 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 Tchecoslováquia, 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".<sup>60</sup> 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, Bitner, 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." É 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 Visscher, 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.<sup>61</sup>

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 inuítense" 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 promulgação<sup>62</sup> 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 executividade 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 Brasil<sup>63</sup> 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 executividade 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 publicação<sup>63A</sup> 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 Assembleia, sendo gravados em bronze, mármore ou madeira e colocados em locais públicos, geralmente nos templos de Minerva, Delfos e no Arcópagio. 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 Chifflet. 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*<sup>64</sup> e incluída na "Coleção de Leis do Brasil". Também os textos dos tratados figuram no "Relatório do Ministério das Relações Exteriores".<sup>65</sup>

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.

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 2<sup>a</sup> 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 favorecida<sup>67</sup> 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,<sup>67a</sup> e o Tratado de Utrechi (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 imporá 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

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 registro<sup>66</sup> dos tratados internacionais está em um dos 14 princípios de Woodrow Wilson (1918), que propunha a abolição da diplomacia secreta.<sup>66a</sup> 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 Parlamentos (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.

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.<sup>67b</sup> 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 Toussez).

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 acesso<sup>68</sup> 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.<sup>68a</sup> 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 (crítério 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,<sup>69</sup> 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 frequente.

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 Morais 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 exceptuava 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 Vicuña).

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. Obrigam-se-lhes 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 reserva<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

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;<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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 substancialmente o tratado ou os seus efeitos.

As reservas, segundo Kappeler, apresentam as seguintes características: a) a reserva intervirá 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 sido julgado 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 a 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 CJI sobre as reservas na convenção de genocídio.<sup>73a</sup> 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 preferirem aderir ao tratado terão que aceitar as reservas já apresentadas e aceita.

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 CJI: "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 efeito 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-



devar 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 CJJ, 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.<sup>73A</sup> Pode-se dizer que o critério de compatibilidade da reserva com o objeto e o fim do tratado é "eminente-mente fluido" (Ph. Manin).

Vejamos 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.<sup>74</sup> 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 consagrava 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 acitação, 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 acitação 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".<sup>71A</sup> 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 de 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 europeia não exclui reservas, mas algumas estão eliminadas pela "natureza das coisas". A convenção europeia 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.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>

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 acima, 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 tratados<sup>77</sup> 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<sup>78</sup> 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".<sup>79</sup> 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 CJJ, 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 poluição 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 tratados<sup>78</sup> 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 afirma 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 resolútor* — O tratado pode se extinguir quando as partes convençionam 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.<sup>79</sup>

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 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 suspensão 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) 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 findo 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.<sup>79A</sup>

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.<sup>79B</sup>

E 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),<sup>80</sup> formulada de

maneira clara por Santo Tomás<sup>81</sup> (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.<sup>82</sup> Tal fato ocorre em virtude de se considerar que nenhum tratado é concluído para ser perpétuo.<sup>83a</sup>

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).<sup>83b</sup>

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 anecarria 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 ideia 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 tratados<sup>84</sup> pode ser feita: a) judicialmente; b) por negociações diretas;<sup>85</sup> 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 Assembléa poderes para recomendar a revisão dos tratados.<sup>86</sup> 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 Assembléa 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 Assembléa 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 instituídos 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 (Casanova La Rosa).

99. Os doutrinadores (Delbez) têm trazido para o DI a teoria das nulidades do Direito Interno:<sup>87</sup> 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).<sup>87a</sup>

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 tunc".

Devemos observar sobre a teoria acima exposta que os autores (Delbez, Guggenheim) não conseguem distinguir claramente o ato inexistente do ato inquinado 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 a 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,<sup>87b</sup> 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 "legalidade", "ilicitude", "ilegítimo", "inoponível", etc. (Joe Ver-

hoeven). E 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 CJF, 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.<sup>88</sup>

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<sup>a)</sup> se a referida norma é anterior ao tratado, devem ser eliminadas as consequências de qualquer ato realizado que viole a citada norma; 2<sup>a)</sup> 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 Declava — 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 Offeris 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 como 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 Epiúcio 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 (Declava, 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 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. Ruziz denomina de "convenções domaniais" 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. II. Waldock salienta que um acordo não é tratado quando se submete ao DI, mas que ele se submete ao DI, porque é um partes estabeleceram ser ele regido pelo direito interno.

4. Lordes McNair — The Law of Treaties, 191, págs. 22 e segs.; Charles Rousseau — Principes Généraux du Droit International, Public, 1944, págs. 149 e segs.; Adolfo Maja 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.; Itans Blix — Treaty-Making Power, 1960; Roberto Socini — Gli Accordi Internazionali 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 Vissertiana, 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 Hojfer — 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. Lisitzyn — 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. 335 e segs.; I. Lukashuk — Parties to Treaties — the Right of Participation, *in* RdC, 1972, vol. I, t. 135, págs. 231 e segs.; Corey 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 *Realiés 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 Internacional*, 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 contrataram empréstimos. Vários Estados não cumpriram os empréstimos contratados. 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.º 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.º 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 Assembleia 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. Sallienta 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. Esses tratados eram aprovados pelo Senado e ratificados pelo Presidente. Esta situação perdurou até 1871. Em 1831, em uma ação da tribo Cherokee na Corte Suprema, juízes minoritários mas da maioria de um Story afirmaram que esta tribo não se encontrava incorporada à União Americana e possuía território, língua e organização próprias. Os EUA reconheciam personalidade aos índios para concluírem 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 afirmava 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 CJJ, 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 XVI, 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 "processo-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 "processo-verbal" que deve ser comunicado aos demais.

13. O Presidente Hacha e o Ministro das Relações Exteriores da Tcheco-Eslováquia 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 (Conçalves 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 conuiu a consagrar 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 de 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 pertenceria 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 (Jellinek) 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 RGDI, 1967, n.º 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 RGDI, 1977, n.º 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.º 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 Visser — Problèmes d'interprétation Judiciaire en Droit International Public, 1963, págs. 102 e segs.; C. F. do Nascimento e Silva — Dos Conflitos de Tratados, in BSBDI, janeiro-dezembro, 1971, n.ºs 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.º 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 publiées par Ch. Perelman, 1965, págs. 337 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.; 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 — Eseggesi dei Trattati, 2 vols., 1964-1965; L. Focaneanu — 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. Coorrich 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 consagravam 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 RGDI, 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, págs. 695 e segs.

31. Mantlio 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 (Mantlio 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 Thurlermeir 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 possuísem instruções completas.

36. Inicialmente só se beneficiavam dela os Estados que tivessem participado na conferência que concluiu 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 Visser — 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, 1988, 1° semestre, t. XXI, pág. 6; J. Dehaussy — Le dépositaire des traités, in RGDI, 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 dei Trattati, 1968; Maria Frankowska — De la prétendue présomption en faveur de la ratification, in RGDI, 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 RGDI, 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. III, págs. 241 e segs.; Emmanuel Roucouas — 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 Dehousse, com as correções feitas por Sette Câmara.

40. No início, os tratados eram submetidos ao povo romano; entretanto, no período posterior a Silla, os tratados passam a ser apreciados pelo Senado.

41. Ela é dada em primeiro lugar pelo Estado em que ocorrer a negociação do tratado (Mauthe-La-Clavière).

42. Rousseau fala em sistema de competência exclusiva do Legislativo; todavia Visser demonstrou que em nenhum sistema o Poder Executivo é totalmente excluído da ratificação. Visser 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

ção 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 denunciação 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 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 ajuntamento discricionário deste" (Amílcar Fação). 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 admississe 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 Balladore 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* RGDP, Juillet-Décembre, 1948, n.º 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 Executive 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, n.º 2, April, 1950; H. Accioly — A ratificação e a promulgação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira, *in* BSBDI, janeiro-junho, 1948, n.º 7, págs. 5 e segs.; idem — Ainda o problema da ratificação dos tratados em face da Constituição Federal Brasileira, *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1951, n.º 13 e 14, págs. 20 e segs.; idem — A conclusão dos Atos Internacionais no Brasil, *in* BSBDI, 1953, n.º 17 e 18, págs. 18 e segs.; Haroldo Valladão — Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional. *in* BSBDI, janeiro-dezembro, 1951, n.º 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, n.º 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 Estilão 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 Halloway — 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 Valladao — 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 Parlement 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 à 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 Acioly 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 Ramalheite — 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 Egió — La Celebración de Tratados Internacionales en el Derecho Español y su Valor Normativo: Derecho Vigente y Aspectos Históricos, in Mélanges Offerts à 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 over foreign policy, coordenado por Antonio Cassese, 1980; Michael J. Glennon — The Senate Role in Treaty Ratification, in AJIL, abril 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; Geogenor 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'Estéfano Pisano — El control Constitucional de la política exterior de Cuba, in Miguel A. D'Estéfano 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, 1990 a 1990, in Contexto Internacional, julho/desembro, 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 Assembleia. Entretanto, interpretou-se que só iriam à Assembleia 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 Assembléa 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 Assembléa 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 (Guind 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 Havai, 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 constituiu 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 concordes 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 concomitante 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" (Veilas). 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 Assembléa Geral. Frei Caneca (Ensaio Político, 1976) já criticava este dispositivo salientando que a aprovação pela Assembléa



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 Kangel 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 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 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. II, págs. 447 e segs.; D. Anzilotti — *Volontà e Responsabilità nella Stipulazione dei Trattati*, in *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*, t. I, 1956, págs. 545 e segs.; Paul Guggenheim — *La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux*, in *RdC*, 1949, vol. I, 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 Plombo — *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, n.º 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'entregement 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, 1952, t. 39, págs. 5 e segs.; Yuen Li-tiang — Colonial Clauses and Federal Clauses, in United Nations Multilateral Instrument, *in* AJIL, vol. 45, n.º 1, 1951, págs. 108 e segs.; Partice Level — Clause d'assimilation aux nationaux. Clause de libre accès, *in* RdC, 1970, vol. II, t. 130, págs. 207 e segs.; Adolfo Maresca — Il Diritto dei Trattati, 1971; Endre Ústor — 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 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: Formulas Jurídicas y Realidades Político-Económicas; Grento — 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* Séptimo 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 consagra 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 acesso (mais solene — necessitava do consentimento das partes e o Estado accedia 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 comprometa 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, pág. 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 Visser, 1984, págs. 9 e segs.; Maria José Moraes Pires — As Reservas à Convenção Europeia 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 CJJ 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. 92, 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.; Ludvik 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.; C. Berlioz — 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.º 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* RGDIJ, 1977, vol. 1, págs. 5 e segs.; Denys Simon — L'Interprétation Judiciaire des Traités d'Organisations Internationales, 1981; Izidoro Marins Souto — O Tratado Internacional e a Prolembática 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.; Mustafa 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 Vitányi — L'Interprétation des Traités dans la Théorie du Droit Naturel, *in* RGDIJ, 1980, n.º 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 aquisição 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 E.U.A. 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; Giro 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* RGDIJ, 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 Trattato 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. Harszti — 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 declararam 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, Salvio) 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 reuniram 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-Eslováquia 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 nulidade 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-Eslováquia 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

### FONTES DO DIP

#### Costume<sup>1</sup>

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, este 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 cómodas 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".<sup>1A</sup>

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 suijsa um costume internacional, sendo suficiente "provar que tal regra é reconhecida como sendo direito" (Bastevant). 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".<sup>1B</sup> 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;<sup>2</sup> 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.<sup>2A</sup> 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.<sup>3</sup>

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. Assim, 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,<sup>4</sup> 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".<sup>5</sup> 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 conuária 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.<sup>6</sup> 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). Assim, 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 CJJ 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 CJJ, 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.

Pode-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 Qual, 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 CJJ 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" (CJJI, 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 CJJ, 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,<sup>8</sup> 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 (Régade), a solidariedade econômico-social (Politics) ou ao sentimento jurídico dos homens (Krabbe e Romano)".<sup>9</sup>

Esta posição doutrinar 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 assimaladas.

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 atinge 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 aplicado 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).

O 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 violação. O costume surge neste caso de modo consciente. A ONU tem tido um papel centralizador na formação do costume.

O 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 Fernandez Casadevante Romani 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. O 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. Salienta 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. O 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 Assembleia da Liga das Nações.

Deste modo, 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).<sup>10</sup> 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 derogação 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.<sup>11</sup> 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 dessuetude 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 "inesseante progresso técnico" (Norberto Bobbio, Contributi ad un dizionario giuridico, 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 François Geny, t. III, 1934, págs. 362 e segs.; Charles de Visser — 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 Visser — Coutume et traité en droit international public, *in* RGDI, 1955, n° 3, págs. 353 e segs.; Piero Ziccardi — La Consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche, *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* RGDI, 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 Schmitz — 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 Déclaratoire et Droit Programmatore 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 Hagemmacher — La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la cour internationale, *in* RGDI, 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-Luso-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 Développement, Mélanges Michel Virally, 1991, págs. 43 e segs.; Tarcisio de Miranda Burty — Kelsen e o Direito Internacional Contemporâneo, *in* BBDI, Abril/Junho de 1992, n°s 79/80, págs. 14 e segs.; Lucia Millán Moro — La Opinión 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, Coordenado 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 se 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 Bedjoui 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 argentino: "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 intervem 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 consuetudinária.

7. Podemos acrescentar com Suy que a CIJ não aplica propriamente o costume, mas a norma consuetudinária 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 Unilaterais<sup>1</sup>

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 Artigo até a distância de 100 milhas da costa.

É interessante observar que a CJJ 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 CJJ, 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 CJJ, 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.<sup>2</sup>

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 graus. 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.<sup>3</sup> 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 expreso (protesto, notificação, renúncia, reconhecimento e promessa).<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> 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.<sup>4a</sup>

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).<sup>5</sup>

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".<sup>6</sup> 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 parecer à primeira vista e que o seu significado "dependerá 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.<sup>7</sup> A regra "qui tacet consentire videtur" foi aplicada, em 1962, pela CJJ, 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),<sup>8</sup>
- 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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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 forma<sup>11</sup> para a sua validade. Ela produz efeitos jurídicos.<sup>11v</sup>

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, Balladore Pallieri, Verdross).<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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” (Roussseau). 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.<sup>118</sup> A maioria da doutrina considera que ele tem um valor relativo, isto é, não se opõe "erga omnes".<sup>119</sup> 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 enquadrará 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 Benitz — 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 Cuggenheim, 1968, págs. 237 e segs.; Christian Domicic — A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, *in* Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Cuggenheim, 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, Coordonado por Karl Wellens, 1998, págs. 209 e segs.; Julio A. Barberis — Les Actes Juridiques Unilatéraux como fuente del Derecho Internacional Publico, "in" Hacia un Nuevo Orden Internacional. Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez 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. Assimam 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 (Cassacchi) 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 aquisescência, Vallée considera que ambos os institutos se diferenciam, vez que o "estoppel" não pode ser ambíguo, o que já ocorre na aquisescência (ex.: silêncio). "Estoppel" vem de "to stop", que significa "to stop", que tem origem longínqua no laim "stuppa". 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" (Cuggenheim). 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 'recipients' 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 consequências: a) dar aos demais Estados a impressão de que ele realmente se comprometeu; b) os demais Estados, em consequência, 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 Assembleia 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 fateatur" (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. n° 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 doutorador 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 legitimização.

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.

## 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.<sup>1</sup>

A lei internacional se teria formado com o fenómeno do associacionismo internacional, acima de tudo, após a Segunda Guerra Mundial,<sup>2</sup> 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:<sup>3</sup>

a) nas convenções internacionais do trabalho que obrigatoriamente deverão ser levadas à aprovação do Poder Legislativo.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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 europeias 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 OACL, 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. n.º 118 e capítulo XXIV).

As resoluções das organizações internacionais, especialmente da AG da ONU, estão sendo utilizadas pelos Estados subdesenvolvidos. Eduardo Novoa 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 resoluções-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 (Ryutchi 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 irredutíveis, 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.<sup>54</sup> 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 direito<sup>6</sup> 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 pretenderam alguns autores (Spiropoulos e Le Fur).<sup>7</sup> 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 Visserch 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,<sup>7A</sup> princípio do respeito à coisa julgada, etc.<sup>8</sup> 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.<sup>9A</sup> Os princípios gerais do direito devem exprimir o interesse comum dos Estados e influenciam o direito interno. Frank Atar 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.<sup>9</sup>

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 CPIJ 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).<sup>9A</sup> b) considera que entre o lícito e o ilícito existe uma zona do "juridicamente indiferente" (Santi 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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".<sup>11A</sup>

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.<sup>12</sup>

A Corte das Comunidades Europeias 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 Raccogliamnto Internazionali, 1958, A. J. B. Tamme — 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. Focaneanu — 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; Kyuichi Iida — 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, 1959; 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, 1938; 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 Lukic — Théorie de l'État et du Droit, 1974, págs. 546; Julio A. Barberis — Fuentes del Derecho Internacional, 1973, págs. 3 e segs.; Béla 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 publiées para Ch. Perelman, 1968, especialmente os estudos de Charles Hubertant (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 Function, págs. 305 e segs.; André Blondel — Les principes généraux de droit devant la Cour permanente 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, t. 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 aspecto histórico da alínea 3ª do art. 38, uma vez que, no Comité 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 reproduzimos 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 imaneente 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 (Aréchaça). 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 Chinesa 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 facilidades 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 calçada em Gillissen 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 em caso de lacunas julgarão conforme a sua consciência ou por analogia. 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 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 Gillissen, 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 turbant" 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 juízes 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. Equidade<sup>1</sup>

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 det., 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” (Aréchéaga). 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 prova 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 Europeias; 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.<sup>14</sup>

Scelle 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.<sup>15</sup> Ela é utilizada para preencher as lacunas do DI.<sup>16</sup> 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 — Contribui 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.<sup>17</sup> 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 assimala 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".<sup>18</sup>

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).<sup>4</sup> Ela não constitui assim uma fonte formal do DI.<sup>5</sup> 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").<sup>6</sup>

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).

Dé qualquer modo, como observa Monique Chemillier-Cendreau, ela permite que os interesses humanos não fiquem sem proteção e no fundo é o reconhecimento de que há uma divisão desigual da riqueza.

## NOTAS

1. Lucien Stora — 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, t. 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 Scheuer — 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 Visser — 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 RG:DIP, 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 Raisonement par Analogie en Droit International Public, in Mélanges Charles Chauvont, 1984, págs. 495 e segs.; Romualdo Bernejo — 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 International Publico. Aspectos Actuales, anteproyecto de ponencia, Instituto Hispano Luso-Americano de Derecho International, 1989; Manuel Aienza Rodriguez — Sobre la Analogia en el Derecho, 1986; Georges Abi-Saab — De la Jurisprudencia "in" Hacia un Nuevo Orden International 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 INTERNACIONAL<sup>1</sup>

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 aceite 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 Visser 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.

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 prevêm 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 forma 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 Visser assimina existir na crítica acima uma "ilusão de óptica", porque a codificação declarativa,<sup>2</sup> 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

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, independentemente 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" (Visser); 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.<sup>1A</sup> No DI a codificação visa apenas os princípios gerais da matéria. Daí certos autores (Vissel T. Hoof) considerarem que a palavra codificação somente compreende "empendimentos 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

"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 insub-sistentes, 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;

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. 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 "una exposición sistemática de Derecho Internacional Público e Privado redigida em 414 artigos". Afonso von Domin Petrushevitz, 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 "Dereito 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 Assembleia, 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 1923, 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 Assembleia 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 Assembleia 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 Assembleia Geral realizar esta função que lhe fora dada pela Carta da ONU.

Em 1947, a Assembleia Geral, fundamentando-se no relatório da "Comissão de Métodos", criou a Comissão de DI.

A Comissão de DI é formada por 34 membros<sup>7</sup> eleitos pela Assembleia Geral entre os nomes apresentados pelos Estados membros da ONU. O seu mandato é de cinco anos. A Comissão é um órgão subsidiário da Assembleia 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 duração 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 condição 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 Assembleia Geral, que é um órgão político.<sup>8A</sup>

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-hiang). A expressão "desenvolvimento progressivo do DI" é mais ampla que a de codificação.<sup>6</sup> Haverá desenvolvimento progressivo do DI nas convenções que forem concluídas sobre assuntos não regulamentados pelo DI, ou que a prática internacional for incipiente,<sup>7</sup> 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 Assembleia Geral para apreciação. Entretanto, como eles necessitam de ser apreciados por técnicos no assunto, a Assembleia 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 Assembleia 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 reúne 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 (antúgas 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

133. A codificação tem sido apresentada pela doutrina (Rousseau) 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.<sup>10</sup> 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. 1, 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 Comisión des Jurisconsultes de Rio de Janeiro et le Droit International, 1928; José Joaquín 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 Yakimichuk — 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 Basit — 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* Quarto 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-

mecando 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 Montevideú; e uma outra, para legislação comparada e direito uniforme, com sede em Havana. Em 1933 (Montevideú) 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 reuniu 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).

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 — Régionalisme 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 Dominité 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.º 69/71, págs. 118 e segs.; Renato Ribeiro — La Contribution du Comité Juridique Interamericano 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 o policenismo, 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 camuflando, "mutatis mutandis", no 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 Politis 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-

## CAPÍTULO XV

### PESSOAS INTERNACIONAIS<sup>1</sup>

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 atribuídas 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".

É 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,<sup>2</sup> ou se ele participa da elaboração das normas internacionais.<sup>3</sup> 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 Eustathides 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,