

A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Volume I

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Trindade, Antônio Augusto Cançado.

A nova dimensão do Direito Internacional Público / Antônio Augusto Cançado
Trindade. - Brasília : Instituto Rio Branco, 2003.

289p - (Coleção Rio Branco)

ISBN 85-7631-012-0

1. Direito Internacional Público. I. Título. II. Série

DCU: 341.1/.8

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
1 DirEITO dos fundos marinhos internacionais: O patrimônio COMUM DA HUMANIDADE 20 anos após a convenção de Montego Bay	29
1. 1 Introdução	33
1.2 Parte I – a área no Direito Internacional anterior à Convenção de Montego Bay	35
1.2.1 Capítulo 1 – A emergência dos fundos marinhos e oceânicos internacionais como matéria de Direito Internacional	37
1.2.2 Capítulo 2 – Os fundos marinhos internacionais do Discurso Pardo à convocação da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar	49
1.2.3 Capítulo 3 – A Área na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar	59
1.3 Parte II – da área da Convenção de Montego Bay ao acordo para a implementação da Parte XI	65
1.3.1 Capítulo 4 – O Regime Jurídico da Área na Convenção de Montego Bay: O patrimônio comum da humanidade	67
1.3.2 Capítulo 5 – O Regime Jurídico da Área na Convenção de Montego Bay: o arcabouço institucional	81
1.3.3 Capítulo 6 – A Convenção de Montego Bay e seus descontentes: Dos arranjos provisórios ao Acordo para a Implementação da Parte XI	109

1.3.4 Capítulo 7 – A Área após o Acordo para a Implementação da Parte XI	117
1.4 Parte III – os novos desenvolvimentos do Direito dos Fundos marinhos internacionais	131
1.4.1 Capítulo 8 – A Implantação da Autoridade	133
1.4.2 Capítulo 9 – O Regulamento para a Prospecção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos na Área	137
1.4.3 Capítulo 10 – Os novos itens da agenda: sulfures polimetálicos e crostas cobálticas	155
1.4.4 Capítulo 11 – Os novos itens da agenda: A Biodiversidade	159
1.5 Considerações Finais	169
1.6 Bibliografia	171
2 A Convenção de Viena de 1986 Sobre o Direito dos Tratados entre Estados E Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais: Estado Atual da Matéria no Direito Internacional Público	177
2.1 Introdução	179
2.2 Histórico da Convenção de 1986	181
2.3 Análise comparativa entre as Convenções de Viena de 1969 e 1986	185
2.4 Estado atual da Convenção de Viena de 1986	188
2.4.1 Quais os Estados e Organizações Internacionais que são partes na Convenção de 1986	192
2.4.2 Principais resistências para a ratificação e assinatura da Convenção de 1986	193

2.5 Tipos de tratados em que a Convenção pode ser evocada	195
2.5.1 Acordos de sede.....	197
2.5.2 Acordos de privilégios e imunidades	199
2.5.3 Instalação de órgãos de vinculados à organização internacional em estados	199
2.5.4 Realização de encontros e promoção de cooperação entre organizações internacionais	200
2.5.5 Realização de conferências de organizações internacionais em estados	201
2.6 A posição do Brasil sobre a Convenção de Viena de 1986	202
2.7 Conclusão	205
2.8 Bibliografia	207
3 Mecanismo De Solução De Controvérsias Da Organização Mundial Do Comércio	209
3.1 Introdução: o órgão de solução de controvérsias	211
3.1.1 Apresentação	211
3.1.2 O mecanismo e seus princípios básicos	212
3.1.3 O funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias	215
3.2 Estudo de caso: atum-golfinhos (México e União Européia x Estados Unidos)	218
3.2.1 Introdução	218
3.2.2 Os fatos: golfinhos, atum e a MMPA	218

3.2.3 A primeira reclamação e a sentença	219
3.2.4 A segunda reclamação e a sentença	220
3.2.5 Conclusão: pontos importantes levantados pelos dois casos	221
3.3 Estudo de caso: gasolina reformulada-gasolina convencional (Brasil e Venezuela x Estados Unidos)	222
3.3.1 Introdução	222
3.3.2 Os fatos: a média de poluentes contida na gasolina, a gasolina reformulada e a gasolina convencional	223
3.3.3 Os argumentos das partes e o resultado.....	225
3.3.4 Conclusão	228
3.4 Estudo de caso: Embraer-Bombardier (Brasil x Canadá)	229
3.4.1 Introdução	229
3.4.2 O caso canadense contra o Brasil	230
3.4.3 Aspectos básicos sobre a disputa: o PROEX	231
3.4.4 O primeiro Grupo Especial	232
3.4.5 Conclusões do Grupo Especial: canadenses ganham	237
3.4.6 O Brasil recorre ao Órgão de Apelação	238
3.4.7 Retaliações canadenses e apelação do Artigo 21.5	246
3.4.8 Conclusão	252
3.5 Reforma do mecanismo de solução de controvérsias	253
3.5.1 Os desafios da reforma do Mecanismo de Solução de controvérsias e o mandato negociador de Doha	253

3.5.2 A posição do Brasil sobre a reforma do mecanismo de solução de controvérsias	257
3.5.3 Conclusão	259
3.6 Bibliografia	261
4 TRADIÇÃO E MODERNIDADE NA OBRA DE HUGO GRÓCIO	
4.1 Introdução	267
4.2 Grócio, o direito natural, a tradição e a modernidade	270
4.2.1 Grócio e o direito natural	273
4.2.2 Grócio: a tradição e a modernidade	278
4.3 As origens da experiência jurídica moderna	278
4.3.1 Grócio e afirmação das nacionalidades	282
4.3.2 O papel da vontade no tema grociano de direito natural.....	282
4.4 Conclusão	284
4.5 Referências bibliográficas	286



PREFÁCIO

I. Introdução.

É com grata satisfação que escrevo este Prefácio à obra coletiva *A Nova Dimensão do Direito Internacional Público*, que integra o novo programa de publicações do Instituto Rio Branco (IRBr) consubstanciado na *Série Rio Branco*. Tem este programa por objetivo a divulgação dos trabalhos selecionados dos alunos do IRBr da cadeira de Direito Internacional Público, sob minha responsabilidade, do Curso de *Mestrado em Diplomacia*, com sua nova estrutura, implantada pela atual Direção do IRBr a cargo do Ministro João Almino. Esta alentadora iniciativa busca fomentar, dentre as novas gerações de alunos e egressos do IRBr, o cultivo do Direito Internacional Público contemporâneo, a pesquisa na área e a difusão de estudos de qualidade sobre a disciplina.

Há precisamente duas décadas, em 1983, preparei, por incumbência da Direção do IRBr, um livro, para uso interno da Instituição, que sistematizava temas centrais do Direito Internacional Público. O referido livro, que refletia o *substratum* do Direito Internacional na época, serviu de guia a sucessivas turmas de alunos e egressos do IRBr nos anos oitenta. Selecionei quatro temas, a saber: 1) reavaliação das “fontes” do Direito Internacional Público; 2) princípios do Direito Internacional que regem as relações amistosas entre os Estados; 3) delimitação de competências entre as organizações internacionais e os Estados membros; e 4) elementos para uma sistematização da prática do Direito Internacional¹. Hoje, ao nos aproximarmos de 2003, ainda maior é minha

¹. A.A. Cançado Trindade, *Aspectos do Direito Internacional Público Contemporâneo*, Brasília, MRE/IRBr, 1983, pp. 1-206.

satisfação em poder apresentar esta nova obra, preparada, já não mais por mim, mas por meus alunos: nada é mais gratificante a um professor do que ver sua mensagem captada pelas novas gerações.

Os trabalhos aqui reproduzidos foram apresentados em aula, no decorrer do primeiro semestre de 2002, tendo ensejado uma rica reflexão coletiva, em meio aos prolongados debates, que tive o prazer de coordenar, entre seus respectivos autores e demais alunos do IRBr. Somaram-se a outros trabalhos, de igual qualidade, que cobriram, em conjunto, virtualmente todo o *corpus juris* do Direito Internacional contemporâneo. Para os propósitos da presente publicação, tive, no entanto, em razão dos limites do espaço editorial disponível, que proceder a uma seleção, consoante determinados critérios.

Uma publicação do gênero deve necessariamente se dirigir aos temas do Direito Internacional Público que têm passado por uma evolução sensível nos últimos anos, reveladora dos novos rumos da disciplina. Deve, ademais, proporcionar uma visão de conjunto da matéria, a mais ampla possível. Os temas tratados devem, além disso, se revestir de interesse imediato aos alunos e egressos do IRBr, sem prejuízo do exame de temas recorrentes, de interesse permanente, no plano teórico ou doutrinário.

Com estes critérios em mente, procedi à seleção dos quatro trabalhos que integram a presente publicação, que abordam, respectivamente, os seguintes temas: 1) direito do mar e patrimônio comum da humanidade; 2) direito das organizações internacionais e direito dos tratados; 3) solução pacífica de controvérsias internacionais no âmbito da Organização Mundial do Comércio; e 4) origens e fundamentos do direito internacional: o pensamento grociano. Passemos a uma breve apresentação de cada um dos trabalhos e temas tratados no presente livro.

II. Direito do Mar e Patrimônio Comum da Humanidade.

O primeiro dos estudos que compõem o presente livro, - de autoria dos integrantes do Grupo de Trabalho formado pelos Secretários Christiano Sávio Barros Figueirôa, Aniel Eller Dutra Junior, Felipe Augusto Ramos de Alencar da Costa, Lanier Guedes Moraes e Rodrigo Andrade Cardoso, - intitula-se “*Direito dos Fundos Marinhos Internacionais: O Patrimônio Comum da Humanidade 20 Anos Após a Convenção de Montego Bay*”. O texto aborda com detalhes a saga das negociações que resultaram na adoção da Convenção de Montego Bay de 1982 (artigo 136), com atenção especial à consagração, naquele tratado histórico, do conceito de “patrimônio comum da humanidade”, e aos desenvolvimentos subseqüentes da matéria.

A monografia recorda os antecedentes da matéria (desde o discurso de 1967 de Arvid Pardo na Assembléia Geral das Nações Unidas, e a célebre Declaração das Nações Unidas de 1970 sobre os Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas entre os Estados), e a superação, pela consagração daquele conceito inovador, dos unilateralismos e da anacrônica visão positivista-voluntarista do Direito Internacional. O “patrimônio” ou “interesse” comum da humanidade (nos âmbitos tanto do direito do mar, como do direito espacial, e do direito ambiental), veio, com efeito, anunciar o advento de um novo paradigma do Direito Internacional. Passou este a voltar-se à humanidade como um todo (dotada esta de subjetividade internacional) assim como ao imperativo da justiça distributiva internacional. Em nada surpreende, nesta nova visão, que a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, criada pela Convenção de Montego Bay e dotada, ela própria, de personalidade jurídica internacional (artigo 176), tenha sido concebida de modo a operar *em benefício de toda a humanidade*.

Mas como o progresso, nesta e em outras áreas do Direito Internacional, não se tem dado de forma linear, a Autoridade Inter-

nacional dos Fundos Marinhos experimentou vicissitudes mesmo depois de concluída a Convenção de Montego Bay, ilustradas pelo Acordo de 1994 para a Implementação da Parte XI da referida Convenção. Como muito bem assinalam os autores do presente estudo, mediante o Acordo de 1994, se esvaziou em muito o conceito de “patrimônio comum da humanidade” (privado desde então de grande parte de seu conteúdo e propósito de justiça distributiva), aproximando-o da antiga noção de direito romano da *res communis omnium*. Com isto viu-se debilitada a função da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.

Tampouco em nada surpreende que o Acordo de 1994 tenha sido recebido com espírito crítico por parte da doutrina jurídica mais esclarecida, que o caracterizou de “retrocesso”, por representar uma vitória das pretensões, de um reduzidíssimo número de Estados dotados de capacidade tecnológica para explorar por conta própria os recursos dos fundos marinhos internacionais, sobre as aspirações da grande maioria dos Estados, que buscava a instauração de “uma nova ordem econômica internacional mais justa e mais solidária”². Os que participaram do prolongado processo negociatório da Convenção de Montego Bay de 1982 não deixaram de expressar sua preocupação com as ameaças de rompimento - sobretudo na nona sessão, em 1980, da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar - do consenso formado quanto ao conceito de patrimônio comum da humanidade³.

É inegável que a formação do princípio do patrimônio comum da humanidade tenha sido influenciada pelo movimento em prol do

². J.A. Pastor Ridruejo, “Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs - Cours général de Droit international public”, 274 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1998) pp. 264-265.

³. Na ocasião, o Grupo dos 77 alertou para o risco de destruição de todo o processo negociatório, e se posicionou contrariamente ao que encarava como a “ilegalidade” de legislações nacionais unilaterais contrárias ao princípio do patrimônio comum da humanidade, tido como dotado de caráter imperativo; cf. relato de J.-P. Lévy, *La Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer - histoire d'une négociation singulière*, Paris, Pédone, 1983, pp. 98-99.

estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional, que ganhou força sobretudo nos anos setenta. O triunfalismo dos arautos do assim-chamado “mercado livre” levou a exageros, como o de inclusive propor um “réquiem” para a nova ordem econômica internacional⁴. A meu modo de ver, os que assumiram esta postura soberba se equivocaram: o ideal da construção de um ordenamento internacional mais justo e solidário encontra-se vivo, e continuará a evoluir à medida que se refine o espírito humano no abordamento da aplicação da normativa internacional a Estados juridicamente iguais, mas marcados factualmente por profundas desigualdades, se não iniquidades.

Assim como os avanços não se dão de forma linear, tampouco os retrocessos se mostram irreversíveis. O ideal do “patrimônio” ou “interesse” comum da humanidade encontra-se vivo, tendo logrado permear a própria evolução do direito internacional nas últimas décadas. Ilustra-o o recente documento (de 2002) emitido pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos sobre a proteção da biodiversidade biológica dos fundos marinhos⁵: o referido documento insiste na pesquisa científica marinha⁶ a ser efetuada *em benefício da humanidade como um todo*, consoante o conceito de patrimônio comum da humanidade⁷.

Também o exemplifica o tratamento que continua a ser dispensado ao conceito de patrimônio comum da humanidade, tanto antes como depois do supracitado Acordo de 1994⁸. Mesmo os que

⁴. T.W. Wälde, *A Requiem for the 'New International Economic Order' - The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law*, Dundee, University of Dundee (Discussion Paper DP8), 1997, pp. 1-57.

⁵. International Seabed Authority, *Deep Seabed Mineral Development, Bio-Propecting and the Protection of Biological Diversity in the Deep Seabed and on the High Seas*, April 2002, pp. 1-14.

⁶. Na “Área” - tal como definida no artigo 1 da Convenção de Montego Bay de 1982 - que abarca os fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional.

⁷. E também nos termos do artigo 143(1) da Convenção de Montego Bay.

⁸. Cf., e.g., J.M. Pureza, *O Patrimônio Comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*, Porto, Ed. Afrontamento, 1998, pp. 15-288; A. Blanc Altemir, *El Patrimonio Común de la Humanidad: Hacia un Régimen Jurídico Internacional para Su Gestión*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 15-247.

se mostram um tanto complacentes quanto às circunstâncias da celebração do mencionado Acordo, reconhecem e antecipam que o conteúdo normativo das disposições sobre o patrimônio comum da humanidade afigura-se como um “importante precedente” para “compelir os Estados que nunca sentiram necessidade alguma de compartilhar as riquezas” que controlam a promover a justiça distributiva internacional⁹.

No plano doutrinário, subjacente à noção de patrimônio comum da humanidade subsiste a crença de que os avanços no Direito Internacional encontram-se ligados ao reconhecimento da necessidade da interdependência, solidariedade e da afirmação de valores éticos na condução das relações internacionais¹⁰. Compartilho, pois, integralmente, a profissão de fé - formulada inclusive pelo grupo de trabalho autor da monografia em apreço - no conceito do patrimônio comum da humanidade, sem distorções, para a realização do ideal ao qual dá justa expressão.

III. Direito das Organizações Internacionais e Direito dos Tratados.

O segundo trabalho de grupo, intitulado “*A Convenção de Viena de 1986 sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais: Estado Atual da Matéria no Direito Internacional Público*”, é de autoria dos integrantes do Grupo de Trabalho composto pelos Secretários Maurício da Costa Carva-

⁹. K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague, Nijhoff, 1998, p. 242, e cf. pp. 222-229.

¹⁰. J.-A. Carrillo-Salcedo, “Contribution de la notion d’humanité au renforcement de la dimension idéologique du droit international”, in *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 115-126; B. Conforti, “Humanité et renouveau de la production normative”, in *Humanité et Droit international - Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pédone, 1991, pp. 113-120; G. Abi-Saab, “‘Humanité’ et ‘communauté internationale’ dans la dialectique du Droit international”, in *ibid.*, pp. 10-12; R.-J. Dupuy, “Droit de la mer et communauté internationale”, *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le Droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 223 e 229-230.

lho Bernardes, Gustavo Teixeira Chadid e Paulo Camargo Carneiro. O escrito examina com perspicácia um tema da maior atualidade, que curiosamente não tem sido suficientemente analisado pela doutrina contemporânea: o dos tratados celebrados pelas organizações internacionais (com Estados ou com outras organizações internacionais). Trata-se de um tema que me é particularmente grato, pois tive a ocasião de integrar, na companhia do Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, a Delegação do Brasil que participou ativamente da Conferência de Viena de 1986 sobre a matéria (ele como Chefe, e eu como Subchefe da Delegação brasileira).

A par de nossas intervenções, em nome do Brasil, na citada Conferência de Viena¹¹, tanto o Embaixador G.E. do Nascimento e Silva como eu havemos por bem deixar consignadas nossas reminiscências sobre aquela histórica Conferência de codificação das Nações Unidas¹², em benefício das gerações futuras de estudiosos da matéria. Decorridos 16 anos desde a realização daquela memorável Conferência das Nações Unidas, o estado atual da Convenção de Viena de 1986 vem em boa hora ser objeto de estudo por parte de um grupo de meus alunos do IRBr.

A monografia adverte, de início, que não obstante sua importância, dada a multiplicação das organizações internacionais no

¹¹. Que figuram nos *Official Records* da mesma, que só foram publicados pelas Nações Unidas em 1995, ou seja, quase uma década depois da realização da Conferência em Viena em 1986; cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations - Official Records*, volume I, N.Y., U.N., 1995, pp. 1-210; volume II, N.Y., U.N., 1995, pp. 1-109.

¹². Cf. G.E. do Nascimento e Silva, "The 1986 Vienna Convention and the Treaty-Making Power of International Organizations", 29 *German Yearbook of International Law / Jahrbuch für internationales Recht* (1986) pp. 68-85; A.A. Cançado Trindade, "Pareceres - Conferência das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986)", 69/71 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1987-1989) pp. 253-291; A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2002, pp. 199-251.

Direito Internacional contemporâneo, a Convenção de 1986 não tem atraído a atenção que certamente merece e requer. Sua relevância transcende o direito dos tratados e o direito das organizações internacionais, estendendo-se ao domínio dos próprios fundamentos e dos sujeitos do Direito Internacional Público contemporâneo. Com efeito, a emergência das organizações internacionais pôs fim ao velho apanágio dos Estados da personalidade jurídica internacional, com todas suas conseqüências jurídicas.

Fomentou, ademais, em muito, a concepção de uma comunidade internacional mais institucionalizada, superando a dimensão puramente interestatal do ordenamento jurídico internacional do passado. No meu entender, o próprio capítulo da formação (ou “fontes”) do Direito Internacional dificilmente poderia ser hoje adequadamente abordado fazendo abstração da contribuição dos atos das organizações internacionais. A formação até certo ponto “espontânea” das normas internacionais, - emanadas da consciência mais do que da vontade, - por sua vez, tem contribuído à evolução rumo a um Direito Internacional de dimensão verdadeiramente universal¹³.

A presente monografia assinala que a Convenção de Viena de 1986 é objeto de menção por parte da resolução 53/100, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.01.1999, no âmbito da Década do Direito Internacional da ONU (1990-1999). Os instrumentos de ratificação ou adesão, e de confirmação formal, da Convenção de Viena de 1986, foram depositados nas Nações Unidas, em sua maioria, até 1992. Desde então, até fins da década de noventa, - ironicamente ao longo da Década do Direito Internacional das Nações Unidas, - a referida Convenção permaneceu em um certo “limbo” jurídico.

¹³. R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 20-21; C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69 e 169-175; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1086-1109.

Na avaliação do grupo de trabalho autor do estudo, a aparente falta de empenho, no processo de aceitação da Convenção de 1986 para que esta entre em vigor, tem-se devido a alguns fatores, a saber: as poucas controvérsias geradas na interpretação de tratados entre Estados e organizações internacionais (em comparação com os tratados entre Estados), a preferência das organizações internacionais pela informalidade nos acordos *inter se*, e o processo de solução de controvérsias (mormente as vias judicial e arbitral, além da conciliação) consagrado na Convenção de Viena de 1986 (artigo 66). No entanto, a partir de fins da década de noventa, - como acrescenta a monografia, - parece ressurgir um interesse na referida Convenção por parte das organizações internacionais: ao instrumento de confirmação formal depositado pelas Nações Unidas em 21.12.1998, seguiram-se, entre outros, os da OIT, OMS, OMPI, OACI, OPAQ e UNIDO. Em maio de 2002, ainda que a mencionada Convenção não estivesse em vigor, já contava com 36 Partes, entre Estados e organizações internacionais. Destas 36 Partes, 26 são Estados (dentre os 41 Estados signatários), e 10 são organizações internacionais (dentre as 15 organizações signatárias).

É, pois, de se esperar que aumente, no futuro próximo, o número de instrumentos de ratificação ou adesão, e de confirmação formal, da Convenção de Viena de 1986, para que esta entre em vigor no plano internacional. Isto ocorrerá quando a Convenção alcançar 35 Estados ratificantes (artigo 85(1)), devendo vincular ademais cada organização internacional que tiver depositado seu instrumento de confirmação formal (artigo 85(3)). Com sua entrada em vigor, como espero, no futuro próximo, em muito se beneficiará a própria comunidade internacional, em particular pelo maior grau de segurança jurídica e previsibilidade a pautar as relações internacionais em nossos dias.

A contribuição das organizações internacionais à construção de uma comunidade internacional mais institucionalizada e

coesa deve ser ressaltada¹⁴. Se a normativa internacional que as rege não é observada, é a própria comunidade internacional que se ressentida das consequências negativas que daí advêm. Ilustra o o assunto do *status* jurídico da Missão Permanente da Organização da Libertação da Palestina (OLP) junto às Nações Unidas em Nova York. Ante certas medidas unilaterais adotadas pelo Estado sede, afetando a referida Missão da OLP, o Consultor Jurídico das Nações Unidas reagiu, invocando não só o Acordo de Sede das Nações Unidas como o próprio Direito Internacional em geral.

Submetido o assunto à consideração da Corte Internacional de Justiça, afirmou esta, em seu Parecer de 26.04.1988, a obrigação do Estado sede de submeter à arbitragem, consoante a seção 21 do Acordo de Sede (de 1947), a controvérsia existente entre as Nações Unidas e os Estados Unidos. A Corte baseou esta conclusão de seu Parecer de 1988 no “princípio fundamental do Direito Internacional segundo o qual o Direito Internacional prevalece sobre o direito interno” (parágrafo 57)¹⁵. O episódio ilustra o reconhecimento judicial da necessidade de estrita observância do direito das organizações internacionais, na construção de uma *ordre public* internacional.

¹⁴. H.G. Schermers e N.M. Blokker, *International Institutional Law*, The Hague, Nijhoff, 2001, pp. 707-827; A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2002, pp. 659-679; C. Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*, Torino, Giappichelli Ed., 2001, pp. 341-371; M. Lachs, “International Law and the United Nations”, in *L’adaptation des structures et méthodes des Nations Unies* (Colloque de La Haye de 1985, ed. D. Bardonnnet), Dordrecht, Nijhoff/Académie de Droit International de La Haye, 1986, pp. 39-45; C.C. Joyner (ed.), *The United Nations and International Law*, Cambridge, University Press/ASIL, 1999 [reprint], pp. 3-94.

¹⁵. International Court of Justice, Advisory Opinion on *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, in *ICJ Reports* (1988) pp. 12-35, esp. pp. 34-35.

IV. Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais no Âmbito da Organização Mundial do Comércio.

O terceiro trabalho, intitulado “O Mecanismo de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio”, é de autoria dos integrantes do Grupo de Trabalho formado pelos Secretários Alexandre Mendes Nina, Carlos Eduardo de Carvalho Pachá, Clarissa Souza Della Nina, Daniel Augusto Rodrigues Ponte, Gustavo Sénéchal de Goffredo Junior, Juliana Soares Santos e Sérgio Aguiar Viana de Carvalho. O texto aborda oportunamente um desenvolvimento recente de especial significação para o capítulo do Direito Internacional atinente à solução pacífica de controvérsias internacionais.

Este capítulo se mostrou, ao longo das décadas, como um dos mais resistentes aos avanços da codificação do Direito Internacional, em razão da *vexata quaestio* da jurisdição compulsória: paralelamente ao dever geral de solução pacífica das controvérsias internacionais (e não-uso da força), subsistia a liberdade de escolha, pelas partes litigantes, dos métodos de solução pacífica no cumprimento do dever geral supracitado. No entanto, feita esta ressalva quanto à ausência de uma garantia de determinada solução pacífica, nem por isso se poderia depreender que o campo estaria inteiramente aberto ao voluntarismo estatal¹⁶.

Ilustra-o precisamente o estabelecimento recente do mecanismo de solução de controvérsias no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). A presente monografia identifica, com efeito, o advento de um mecanismo jurisdicionalizado de solução de controvérsias (com duplo grau de jurisdição¹⁷), de caráter com-

¹⁶. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional e a Solução Pacífica das Controvérsias Internacionais*, Rio de Janeiro, SBERJ, 1988, pp. 88-89.

¹⁷. Ou seja, os *panels* e o *Appellate Body*.

¹⁸. Na recomendação do grupo de trabalho, cabe remediar algumas imperfeições respaldando-se em regras próprias ou de universalidade, e não utilizando como referência grupos restritos (como o da OCDE).

pulsório, no âmbito do direito do comércio internacional. Este mecanismo vem enfatizar, ainda que com algumas distorções na prática, o multilateralismo nas relações internacionais contemporâneas, com resultados satisfatórios até o presente¹⁸.

Três casos, em especial, são examinados, a saber: no período anterior à instituição do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, o caso da *Morte Incidental de Golfinhos na Pesca de Atum* (México e União Européia *versus* Estados Unidos), e, mais recentemente, já na era da OMC, o caso da *Gasolina Reformulada* (Brasil e Venezuela *versus* Estados Unidos), e o caso *Embraer-Bombardier* (Brasil *versus* Canadá). Na operação do referido mecanismo da OMC tem-se considerado, e.g., a relação entre o meio ambiente e o comércio internacional; assim, no célebre caso *Shrimp/Turtle* (1999), - um dos mais importantes de sua prática até o presente, por exemplo, considerou-se que um país pode ter um interesse legal em atividades, realizadas em outro país, prejudiciais a espécies migratórias e em extinção¹⁹.

A mensagem básica da monografia é no sentido de que o novo mecanismo multilateral de solução de controvérsias da OMC representa, por sua própria existência, um sensível avanço no presente domínio do Direito Internacional. De início, estabelece uma obrigação de conduta, no sentido da observância dos trâmites pré-estabelecidos. As decisões são obrigatórias, e acarretam conseqüências jurídicas; o mecanismo, em suma, é parte integrante do Direito Internacional Público²⁰, e se orienta pelo *devido processo legal*, o que se reveste de significação e relevância.

Com efeito, o procedimento do mecanismo de solução de controvérsias da OMC foi concebido de modo a promover, na me-

¹⁹. Ph. Sands, "Turtles and Torturers: The Transformation of International Law", 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2000) p. 534.

²⁰. J. Pauwelyn, "The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?", 95 *American Journal of International Law* (2001) pp. 535-578; D. Palmeter e P.C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", 92 *American Journal of International Law* (1998) pp. 398-413.

dida do possível, a previsibilidade e a estabilidade no contencioso do comércio internacional; daí sua tendência a um enfoque preponderantemente jurídico²¹. O *Appellate Body*, em alguns de seus relatórios - mormente no primeiro deles - tem enfatizado que o referido mecanismo da OMC, - guiado por um enfoque essencialmente “rule-oriented”, - integra efetivamente o Direito Internacional, e os casos por ele resolvidos recaem no âmbito do contencioso próprio do Direito Internacional Público²².

Em um capítulo do Direito Internacional constantemente marcado pelo voluntarismo interestatal, enfim se logra a operação de um mecanismo compulsório e jurisdicionalizado de solução pacífica de controvérsias internacionais, que atende à necessidade de segurança jurídica (também no comércio internacional), orientado antes pelos princípios e normas de Direito do que por considerações de poder, - o que se reverte, em última análise, em benefício da evolução do próprio Direito Internacional²³. O próprio *Appellate Body* do mecanismo de solução pacífica da OMC tem deixado claro, em sua prática, que os princípios gerais do Direito Internacional (inclusive em matéria de interpretação de tratados) aplicam-se aos acordos da OMC²⁴.

V. Origens e Fundamentos do Direito Internacional: O Pensamento Grociano.

O quarto trabalho, individual, de autoria do Secretário Felipe Flores Pinto, intitulado “*Tradição e Modernidade na Obra de Hugo*

²¹. J.H. Jackson, *The World Trade Organization - Constitution and Jurisprudence*, London, Royal Institute of International Affairs, 1999 [reprint], pp. 61-62.

²². *Ibid.*, pp. 89 e 98.

²³. J. Cameron e K.R. Gray, “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”, 50 *International and Comparative Law Quarterly* (2001) pp. 248-298.

²⁴. J.H. Jackson, “The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism”, in *Brookings Trade Forum 2000*, Washington D.C., Brookings Institution, 2001, pp. 179-219.

Grócio”, propõe-se a explicar a continuada atualidade do pensamento do célebre jusinternacionalista holandês, reconhecido como um dos fundadores do Direito Internacional. Destaca a postura jusnaturalista (secularizada) de Grotius, que o levou a sustentar a existência de princípios de justiça (deduzidos *a priori*) universalmente válidos, e a identificar o fundamento último do Direito na reta razão (ordenamento jurídico ontologicamente necessário). Assinala acertadamente o autor, ademais, a profunda influência que esta visão grociana do *jus gentium* viria a exercer nos esforços de codificação a ser empreendidos nos séculos seguintes, - a ponto de transcender o direito internacional (*jus inter gentes*) que veio a cristalizar-se nos séculos XVIII e XIX.

Com efeito, a obra de Grotius deve necessariamente ser apreciada a partir de uma perspectiva histórica. Quando, com o surgimento dos Estados-nações, a idéia de uma comunidade universal cedeu lugar a uma *societas gentium* marcada pela coordenação das soberanias e o entendimento, floresceu a concepção - para a qual Grotius tanto contribuiu - de um Direito Internacional verdadeiramente *necessário*, de um ordenamento objetivamente normativo (conjugando a vontade ao dever).

O *De Jure Belli ac Pacis* (1598) de Grotius veio precisamente restaurar - na medida do possível - a unidade jurídica do gênero humano, com base em um direito natural (laico) aceitável a todos. Daí a atualidade de Grotius (como um dos principais fundadores do Direito Internacional), que reconstruiu a unidade (da visão universal) perdida com base no direito natural (a unidade intrínseca do gênero humano). O próprio Estado existe, assim, dentro de uma comunidade superior, em relação à qual tem deveres, não se admitindo, pois, o Estado absolutamente irresponsável²⁵.

O pensamento de Grotius não deixa de representar um chamado constante à razão humana. Como muito bem ressalta o

²⁵. L. Weckmann, *El Pensamiento Político Medieval y los Orígenes del Derecho Internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 20-21 e 278-282.

tratadista brasileiro Hildebrando Accioly, em nada surpreende a influência considerável da obra grociana, que se estende até o século XIX, ao destacar os “princípios da razão sã” (*rectae rationis*) na base do Direito Internacional, princípios estes que se afiguram “claros e evidentes por si mesmos”²⁶. A observância destes princípios visa evitar o sofrimento desnecessário e, em última análise, o caos; Grotius pressupunha que, mesmo nos conflitos armados, os beligerantes se limitavam, por sua própria consciência, cuidando-se de assegurar a observância da ordem normativa internacional²⁷.

Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para garantir o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que abarca toda a humanidade”²⁸. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites²⁹. No pensamento grociano, toda norma jurídica - seja de direito interno ou de direito das gentes - cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirige; a obra precursora de Grotius, já no primeiro meado do século XVII, admite, pois, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado³⁰.

²⁶. H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2a. ed., volume I, Rio de Janeiro, IBGE, 1956, p. 13.

²⁷. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publ. Co., 1989, p. 82.

²⁸. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216-220 e 203.

²⁹. A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

³⁰. *Ibid.*, pp. 243 e 221. - Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sustentava, em fins do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da *societas gentium* universal. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do Direito Internacional. A comunidade internacional não pode pretender basear-se na *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à “razão de Estado”, a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito³¹.

Em meu entender, experimentamos, em nossos dias, o que se afigura como um retorno às origens históricas do Direito Internacional. O ideal da *civitas maxima gentium* foi propugnado e cultivado nos escritos dos chamados fundadores do Direito Internacional, - quase esquecidos em nossos dias. Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época daqueles pensadores (F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius), que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes.

Mas ainda que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), a aspiração humana é a mesma, qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos seres humanos (o direito *das gentes*), consoante certos padrões universais de justiça, sem a observância dos quais não pode haver paz. Neste sentido, visualizo em nossos dias, neste limiar do século XXI, um grande esforço, por parte da doutrina jurídica mais lúcida, de *retorno às origens*, no que diz respeito à disciplina que nos concerne, a do Direito Internacional.

³¹. Cf., a respeito, o estudo clássico de Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53. - O ser humano e o seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais; por conseguinte, em casos de tirania, admitia Grotius até mesmo a intervenção humanitária; os padrões de justiça aplicam-se *vis-à-vis* tanto os Estados como os indivíduos. Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man”, 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.

VI. Conclusões.

Não poderia concluir este Prefácio sem destacar o que se me afigura como o atual processo histórico de *humanização* do Direito Internacional, e que hoje se manifesta, a meu ver, em capítulos os mais diversos da disciplina. No capítulo de suas *fontes*, por exemplo, destaca-se o papel da *opinio juris*³², graças à atuação libertária, nos foros internacionais, dos países mais fracos e oprimidos. Recorde-se, a propósito, que a codificação do capítulo da *sucessão de Estados* (a respeito de tratados, e de matérias outras que tratados)³³ só foi possível após o exercício efetivo do *direito de autodeterminação dos povos*, por estes últimos³⁴. E o capítulo do *reconhecimento*, - outrora de Estados e governos, - com o tempo expandiu-se, abrangendo também a beligerância, ilustrada, a partir de meados do século XX, também pela emergência dos movimentos de libertação nacional.

No capítulo dos *sujeitos* do Direito Internacional, a par dos Estados e organizações internacionais, figuram hoje também os indivíduos, a pessoa humana. Ora, se o Direito Internacional contemporâneo reconhece direitos aos indivíduos e grupos de particulares, - como o ilustram os múltiplos instrumentos internacionais de direitos humanos de nossos dias, - não há como negar-lhes *personalidade* jurídica internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento³⁵. O próprio Direito Internacional, ao proclamar

³². Como elemento subjetivo do costume internacional.

³³. Mediante as Convenções de Viena de 1978 e 1983, respectivamente, sobre este capítulo do Direito Internacional.

³⁴. Ou seja, com a virtual conclusão do processo histórico de descolonização.

³⁵. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Direito Internacional* (Cidade do México, dez. de 2001), Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347.

direitos inerentes a todo ser humano, - por definição anteriores e superiores ao Estado, - desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos “concedidos” pelo Estado.

No que diz respeito ao capítulo da *responsabilidade* internacional, a par da dos Estados e organizações internacionais afirma-se hoje também a dos indivíduos. Exemplificam-no a criação dos dois Tribunais Internacionais *ad hoc* das Nações Unidas, para a ex-Iugoslávia e para Ruanda (em 1993 e 1994, respectivamente), assim como a adoção em 1998 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (permanente). A subjetividade internacional dos indivíduos passa, assim, a vincular-se inelutavelmente à temática da responsabilidade internacional (outrora limitada à dos Estados).

Em relação ao capítulo das *imunidades* dos agentes dos Estados, a consagração do princípio da *jurisdição universal* em alguns instrumentos internacionais, como, e.g., a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984), acarreta profundas implicações. Tal como demonstrado por eventos recentes, - e ainda mais agora, com a recente entrada em vigor do mencionado Estatuto do Tribunal Penal Internacional, - torna-se virtualmente impossível a qualquer ex-agente ou agente estatal tentar hoje se prevalecer de imunidade, quando responsável pela prática de tortura como política de Estado.

No tocante à *regulamentação dos espaços*, a antiga liberdade dos mares, por exemplo, cede terreno, como vimos, ao conceito do *patrimônio comum da humanidade* (os fundos oceânicos), consagrado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982) (cf. *supra*). O mesmo conceito passa, a partir dos anos sessenta, a ter aplicação também no âmbito do capítulo do direito do espaço exterior. E o direito ambiental internacional contemporâneo passa a cunhar uma nova expressão, a do *interesse comum da humanidade* (*common concern of mankind*), de que dão testemunho os preâmbulos das Convenções sobre o Clima, e sobre a Biodiversidade (1992)³⁶.

E os exemplos se multiplicam, refletindo, efetivamente, em distintos capítulos do domínio precípua do Direito Internacional contemporâneo, o ideal da *civitas maxima gentium*, vinculado à observância dos direitos humanos³⁷.

Os quatro estudos monográficos reproduzidos no presente volume refletem a nova dimensão do Direito Internacional Público, proclamada no próprio título deste livro. Alcançamos efetivamente um grau de evolução da matéria, em nossos dias, que nos permite identificar um Direito Internacional de vocação universal, aplicado em uma comunidade internacional cada vez mais institucionalizada, guiado pelo ideal de realização da justiça e atento aos imperativos da segurança jurídica. É esta a dimensão do Direito Internacional Público que nos permitimos - meus apreciados alunos e eu - detectar em nossos dias, mediante os debates em sala de aula, e um rico intercâmbio de idéias e percepções de cunho intergeracional.

Brasília, 11 de novembro de 2002.

Antônio Augusto Cançado Trindade

³⁶ Cf. "Report on the Proceedings of the Meeting, Prepared by Co-Rapporteurs A.A. Cançado Trindade and D.J. Attard", in *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (Malta, 1990), Nairobi, UNEP, 1991, pp. 19-26; e cf. A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 23-38 e 213-219.

³⁷ Os avanços até hoje logrados, como exemplificado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, se devem, em grande parte, à mobilização da sociedade civil contra todas as manifestações do poder arbitrário, nos planos tanto nacional como internacional. Para uma sistematização do novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 7-486; *ibid.*, volume II, 1999, pp. 7-440; volume III, 2003, pp. 1-663.



DIREITO DOS FUNDOS MARINHOS INTERNACIONAIS:

O PATRIMÔNIO COMUM DA HUMANIDADE

20 ANOS APÓS A CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY

Christiano Sávio Barros Figueirôa (Relator)

Aniel Eller Dutra Junior

Felipe Augusto Ramos de Alencar da Costa

Lanier Guedes de Moraes

Rodrigo Andrade Cardoso

Fundo do mar

*No fundo do mar há brancos pavores,
Onde as plantas são animais
E os animais são flores.*

*Mundo silencioso que não atinge
A agitação das ondas.
Abrem-se rindo conchas redondas,
Baloíça o cavalo marinho.
Um polvo avança
No desalinho dos seus mil braços,
Uma flor dança,
Sem ruído vibram os espaços.*

*Sobre a areia o Tempo poisa
Leve como um lenço.*

*Mas por mais bela que seja cada coisa
Tem um monstro em si suspenso.*

(Sophia de Mello Breyner)

SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADMs – Armas de Destruição em Massa
AGNU – Assembléia-Geral das Nações Unidas
CDB – Convenção sobre Diversidade Biológica
CDI – Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas
CE – Comunidade Européia
CJT – Comissão Jurídica e Técnica da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos
CNUDM, UNCLOS – Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (*United Nations Convention on the Law of the Sea*)
DI, DIP – Direito Internacional Público.
ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
ENDC – Comitê dos Dezoito Países sobre Desarmamento (*Eighteen Nation Disarmament Committee*)
EUA – Estados Unidos da América
G77 – Grupo dos 77
GRULAC – Grupo da América Latina e Caribe
ISA, ISBA – Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (*International Seabed Authority*)
I UNCLOS, I CNUDM – Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (*First United Nations Conference on the Law of the Sea*)
II UNCLOS, II CNUDM – Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (*Second United Nations Conference on the Law of the Sea*)
III UNCLOS, III CNUDM – Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar (*Third United Nations Conference on the Law of the Sea*)
ONU – Organização das Nações Unidas
PNB – Produto Nacional Bruto
SGNU – Secretário-Geral das Nações Unidas

UE – União Européia

UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência
e Cultura.

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

ZEE – Zona Econômica Exclusiva

INTRODUÇÃO

A data de 10 de dezembro 2002 marcará o vigésimo aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, também conhecida por Convenção de Montego Bay, em referência à localidade jamaicana em que foi aberta à assinatura. A Convenção, concluída após quase uma década de difíceis negociações, procurou regular os aspectos mais variados do Direito do Mar segundo um enfoque integrado, interdisciplinar e intersetorial, sendo mesmo considerada por alguns uma “*Constituição dos Oceanos*”.

De todas as matérias abrangidas nos 320 artigos, nos dez anexos e nas quatro resoluções que integram o *corpus* normativo da Convenção, a disciplina do regime jurídico dos fundos marinhos e oceânicos além dos limites das jurisdições nacionais – a Área – representou sem dúvida aquela de maior controvérsia durante todo o processo negociador. Não por coincidência, trata-se do tema que desencadeou o processo de elaboração da Convenção de Montego Bay, tendo como ponto de partida o célebre discurso de Arvid Pardo na XXII Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 1967, no qual o Embaixador maltês propugnou a transformação dos fundos marinhos e oceânicos internacionais em *patrimônio comum da humanidade*.

O presente trabalho pretende traçar a evolução do regime jurídico da Área à luz dos princípios do patrimônio comum da humanidade que a caracterizam, com ênfase no regime definido pela Convenção de Montego Bay e nos desenvolvimentos posteriores, especialmente aqueles derivados da adoção do Acordo para Implementação da Parte XI da Convenção e dos primeiros anos de funcionamento da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos. No curso dessa abordagem evolutiva, busca-se examinar as principais questões jurídico-internacionais suscitadas pelo estatuto da Área no Direito Internacional e as perspectivas futuras desse regime.

Dadas as dimensões do presente trabalho, optou-se por não tratar do sistema de solução de controvérsias relativas à Área e do papel que nele desempenha a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos do Tribunal Internacional do Direito do Mar, o que não afasta o reconhecimento do papel fundamental desse sistema para garantir a eficácia das normas do Direito Internacional da Área.

**PARTE I – A ÁREA NO DIREITO INTERNACIONAL
ANTERIOR À CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY**



CAPÍTULO 1 – A EMERGÊNCIA DOS FUNDOS MARINHOS E OCEÂNICOS INTERNACIONAIS COMO MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL.

Fundos marinhos e oceânicos: da Atlântida aos nódulos.

Desde a Antigüidade, as profundezas do oceano despertaram a atração das sociedades humanas. Se, de um lado, o desconhecimento dos fundos oceânicos gerava as lendas das monstruosidades marinhas, do outro produzia as descrições míticas que acentuavam a presença de riquezas desconhecidas, como a Atlântida ou os Palácios de ouro de Possídon.

Apenas no século XIX começaram a se desenvolver as pesquisas científicas nos mares e nos oceanos, com o mito gradativamente cedendo lugar à realidade empírica. Nesse contexto, descobriu-se, por exemplo, a existência das plataformas continentais.³⁸ Também os nódulos polimetálicos foram descobertos no quadro desse *boom* de pesquisa oceânica do século XIX. Os nódulos foram inicialmente identificados no Oceano Pacífico, pelo navio de pesquisas *H.M.S. Challenger*, que se lançara para quatro anos de exploração científica marinha em 1872.³⁹

Os nódulos polimetálicos consistem em compostos de diversos minerais, de formas arredondadas irregulares, semelhantes a batatas. Têm em média 5cm de diâmetro, mas podem atingir até 20cm. O principal metal que os integra é o manganês, daí serem também conhecidos como nódulos de manganês, embora também se componham de diversos outros minerais em proporções que va-

³⁸ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *A Autoridade internacional dos fundos marinhos*. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. pp. 12-13.

³⁹ LUAR, Evan. LUAR, Evan. *The control of the sea-bed: a new international issue*. London: Heinemann, 1974. p. 14.

riam de acordo com a região, como o ferro, o cobre, o zinco, o níquel, o cobalto, o molibdênio e o alumínio.⁴⁰ Estima-se que as reservas desses metais nos fundos marinhos internacionais sejam da ordem de bilhões de toneladas e possam satisfazer as necessidades da humanidade por vários milênios.⁴¹

Os nódulos polimetálicos cobrem cerca de 15% do leito dos fundos marinhos. O fato de estarem no próprio leito do fundo do mar, e não no subsolo, facilita-lhes o aproveitamento econômico. A maioria dos nódulos, contudo, situa-se em regiões de difícil acesso, nas grandes profundidades oceânicas, o que dificulta sua exploração.⁴² As “praias de nódulos” de maior interesse comercial se situam na região da fossa Clarion-Clipperton, na parte centro-oriental do Oceano Pacífico, e na Bacia Central Índica, no Oceano Índico.⁴³

Os nódulos, além disso, estão em constante formação. Ainda não há consenso científico sobre o processo pelo qual se formam, com teorias que variam de explicações meramente físico-químicas a explicações que envolvem processos biológicos.

Embora os nódulos fossem conhecidos desde o último quarto do século XIX, apenas a partir da segunda metade do século XX, começou a surgir o interesse econômico numa possível mineração desses recursos, intensificado durante a década de 1960, em um contexto de alta nos preços internacionais dos minerais encontrados nos nódulos, como o níquel, o cobre e o cobalto, muitos dos quais de natureza estratégica, em especial numa conjuntura de

⁴⁰ LUAR, Evan. *Op. cit.* p. 14.

⁴¹ Cf. o Relatório do Secretário-Geral da ONU sobre Recursos Minerais Marinhos, apresentado em 13 de janeiro de 1971(E/CM.20 DDS).

⁴² LUAR, Evan. *Op. cit.* p. 17. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 18.

⁴³ MARKUSSEN, Jan Magne. Deep Seabed Mining and the Environment: Consequences, Perceptions and Regulations. In: BERGESEN, Helge Ole & PARMANN, Georg (eds.). *Green Globe Yearbook of International Co-operation on Environment and Development 1994*. Oxford: Oxford University Press, 1994. (pp. 31-39) p.31.

Guerra Fria. Esse interesse econômico ganhou vigoroso impulso com a publicação do livro *Mineral Resources at Sea*, de J.L. Mero, em 1965, que descreveu uma realidade de trilhões de toneladas de minerais nos nódulos, em formação mais rápida do que as necessidades de exploração, com um potencial de aproveitamento virtualmente inexaurível.⁴⁴

Perspectivas desse tipo impulsionaram as pesquisas e atividades preparatórias para uma futura mineração em bases comerciais dos nódulos polimetálicos, com a formação dos primeiros consórcios voltados a essas atividades já na década de 1960. Ao mesmo tempo, aumentaram as preocupações pela definição de um regime jurídico para essas atividades.

Além das questões econômicas relacionadas ao aproveitamento dos recursos minerais presentes nos fundos marinhos e oceânicos internacionais, questões de segurança atraíram a preocupação internacional com essa região. Eram altíssimos os riscos de militarização dos fundos oceânicos na década de 1960. A sofisticação tecnológica dos submarinos e de outros veículos submersos e as primeiras pesquisas que as Forças Armadas soviéticas e estadunidenses realizavam nos fundos do alto-mar acarretavam na comunidade internacional a preocupação de que os fundos marinhos internacionais pudessem se converter em mais um teatro de operações da Guerra Fria. Temia-se que os fundos marinhos internacionais fossem utilizados como palco de testes nucleares ou mesmo, para dificultar a localização por radares inimigos, como depósito de mísseis nucleares ou antibalísticos, sem mencionar aqueles de ogivas convencionais. O leito dos fundos marinhos poderia ainda ser minado ou servir de suporte para mecanismos de espionagem (“hidrofones”), entre vários outros usos bélicos.⁴⁵

⁴⁴ Cf. MERO, J. L. *The Mineral Resources of the Sea*. Amsterdam: Elsevier, 1965.

⁴⁵ LUAR, Evan. *Op. cit.*, pp. 49-57.

Além das questões de ordem econômica e de segurança, os fundos marinhos e oceânicos internacionais estavam inseridos no contexto de crescente preocupação com a preservação do meio ambiente marinho. As condições ambientais das profundezas oceânicas possibilitam a existência de fauna e flora de características únicas. A “corrida aos nódulos” que então se temia poderia fazer com que muitas dessas espécies ainda pouco conhecidas fossem rapidamente extintas, além dos graves riscos de contaminação não só ao ecossistema dos fundos marinhos e oceânicos, mas também das camadas superiores do meio marinho.

Os fundos marinhos e oceânicos internacionais no Direito do Mar Clássico

No passado, a descoberta de novos recursos naturais não costumava implicar grandes controvérsias jurídicas como a que ocorreu com os recursos dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Prevalencia simplesmente uma solução hobbesiana da lei do mais forte ou do mais astuto, como os indivíduos nas corridas do ouro e os Estados nas corridas por colônias. O desenvolvimento da sociedade internacional levou a que se buscasse uma solução mais civilizada, nas palavras de Evan Luar, para os fundos marinhos e oceânicos internacionais.⁴⁶ Antes de se examinar mais detidamente os termos dessa “solução civilizada” e o processo que levou à sua obtenção, cabe considerar o estatuto jurídico dos fundos marinhos e oceânicos internacionais no Direito do Mar Clássico.

Em 1609, em virtude de consulta que lhe foi feita pela Holanda, em razão da proibição, por portugueses e espanhóis, de que a Companhia das Índias Ocidentais cruzasse o Oceano Índico, Hugo Grotius escreveu *De Mare Liberum*. Essa obra retomou o Direito das Gentes de Roma, que considerava o mar como *res communis omnium*, portanto não suscetível à soberania.⁴⁷ Com o declínio da

⁴⁶ LUAR, Evan. *Op. cit.* p. vii.

⁴⁷ SCHACHTER, Oscar. Concepts and Realities in the New Law of the Sea. In: PONTECORVO, Giulio (ed.). *The New Order of the Oceans – The Advent of a Managed Environment*. New York: Columbia University Press, 1986. (pp. 29-59) pp. 30-31.

Espanha e de Portugal e a predominância naval da Holanda e, a seguir, da Grã-Bretanha, o princípio de liberdade absoluta dos mares se consolidou. No início do século XVIII, por razões de segurança, foi se firmando o costume da delimitação do mar territorial em três milhas a partir da costa, a partir da constatação de que era esse o alcance de um tiro de canhão.

A consagração do princípio da liberdade dos mares representou um avanço significativo na história do Direito Internacional e constituiu o núcleo fundamental do Direito do Mar Clássico. Desde as obras de Grotius, Vitória e outros *founding fathers* do DIP, assentou-se o princípio de que a liberdade dos mares é um direito fundamental de cada Estado, complemento necessário das liberdades de comunicação e de comércio. No Direito do Mar Clássico, os Estados detinham soberania apenas sobre seus mares territoriais, basicamente por um imperativo de segurança de seus territórios terrestres, como revelavam critérios de definição como o do tiro de canhão e o do raio visual. Para além dos mares territoriais, prevaleciam as liberdades do alto-mar, inapropriável e não-sujeito à soberania estatal. Ao princípio da liberdade dos mares aliava-se a idéia da inesgotabilidade dos seus recursos, expressa no brocardo *mare vastum res usus inexhausti*.⁴⁸

O significado da liberdade dos mares, contudo, decorre da evolução histórica do Direito Internacional, tendo variado de época para época segundo as exigências do relacionamento entre as sociedades humanas.⁴⁹ O Direito do Mar Clássico, de base consuetudinária, definia o regime jurídico do mar com um enfoque voltado essencialmente à navegação sobre a superfície marítima, ignorando-se outros aspectos como aqueles relativos aos fundos mari-

⁴⁸ MAROTTA-RANGEL, Vicente. Direito do Mar: os níveis da política e os fatores em causa. In: FONSECA JÚNIOR, Gelson & LEÃO, Valdemar Carneiro (orgs.). *Temas de Política Externa Brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão/Editora Ática, 1989. (pp. 195-216) p. 204.

⁴⁹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op.cit.*, p. 3.

nhos e oceânicos, de tal maneira que se fala no Direito do Mar Clássico como o direito de um mar “unidimensional” ou “unifuncional”.

Nesse quadro, o estatuto dos fundos marinhos e oceânicos internacionais era objeto apenas de especulações doutrinárias. A doutrina se dividia em basicamente duas correntes sobre a natureza jurídica dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Uma delas defendia que se tratava de *res nullius*, suscetível de apropriação e de sujeição à soberania estatal caso viessem a surgir meios de ocupação humana efetiva das profundezas do oceano. A outra teoria argumentava que os fundos marinhos e oceânicos constituíam, como o alto-mar, *res communis* e, dessa forma, eram insuscetíveis de apropriação, sendo livre sua utilização por todos os membros da sociedade internacional. Havia ainda quem defendesse a inexistência de qualquer regime jurídico, dado que inexistia a base factual para tanto.⁵⁰

Não é cabível se falar, no Direito do Mar Clássico, da existência de norma que consagrasse a liberdade de utilização dos recursos dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Uma vez que se tratava de um direito de caráter costumeiro e que o aproveitamento econômico dos recursos da área só veio a ser seriamente considerado a partir da segunda metade do século XX, conclui-se com facilidade que essa pretendida liberdade carecia tanto do elemento objetivo (a prática) quanto do elemento subjetivo (a *opinio juris*) de uma norma costumeira.

Os fundos marinhos e oceânicos internacionais e as Convenções de Genebra de 1958

Após a Segunda Guerra Mundial, vários conceitos ligados ao Direito do Mar Clássico passaram a ser questionados, como a liberdade absoluta, a inesgotabilidade dos recursos vivos e a própria inapropriabilidade dos mares.⁵¹

⁵⁰ SCHACHTER, Oscar. *Op.cit.*. pp. 51-52.

⁵¹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*. pp 13-14.

Em 1945, o presidente estadunidense Harry Truman declarou parte do território dos EUA a plataforma continental adjacente ao território terrestre, com o argumento de que se tratava de seu prolongamento geográfico. A Declaração Truman não sofreu oposição significativa e vários outros Estados foram progressivamente incorporando suas próprias plataformas continentais. Na esteira do exemplo da Declaração Truman, alguns países em desenvolvimento sul-americanos banhados pelo Pacífico, cujas costas têm elevados níveis de piscosidade, estenderam unilateralmente seus mares territoriais para até 200 milhas náuticas a fim de prevenir a atividade dos barcos das grandes potências pesqueiras próximos às suas costas e garantir para si os benefícios da utilização econômica desses recursos. Chile e Peru o fizeram já em 1947, seguidos pelo Equador em 1952. Essa atitude, porém, encontrou forte resistência nos países desenvolvidos pesqueiros, inclusive nos próprios Estados Unidos.

No mesmo período, os avanços na tecnologia de pesca passaram a demonstrar cada vez mais a falácia do princípio da inexauribilidade dos recursos vivos do mar e a necessidade de se relativizar a liberdade de pesca para impedir o esgotamento desses recursos.

Convocada pela Assembleia-Geral da ONU para regulamentar essas novas realidades, realizou-se em Genebra a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, entre 24 e 29 de abril de 1958. Contando com a participação de oitenta e seis Estados, a conferência resultou na elaboração de cinco instrumentos: a Convenção sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua, a Convenção sobre a Plataforma Continental, a Convenção sobre o Alto-Mar, a Convenção sobre Pesca e Conservação dos Recursos Biológicos do Mar e o Protocolo Facultativo sobre a Solução Obrigatória de Controvérsias.

As Convenções de Genebra de 1958 sobre Direito do Mar não trataram especificamente dos fundos marinhos internacionais.⁵²

⁵² MATTOS, Adherbal Meira. *O Novo Direito do Mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 59.

Embora já se conhecesse a existência dos nódulos polimetálicos e já houvesse a perspectiva de seu aproveitamento econômico futuro, a matéria ainda era considerada por demais distante para ser discutida e regulada multilateralmente. Convém ressaltar, contudo, que se tentou consagrar o conceito de patrimônio comum da humanidade no Direito do Mar já durante a Conferência de Genebra de 1958. Seu presidente, o Príncipe Wan Waithayakon da Tailândia, defendeu que o mar era patrimônio comum da humanidade e que esse patrimônio deveria ser utilizado em proveito de todos, sem que, contudo, essa tese houvesse obtido conseqüências significativas sobre os resultados da I CNUDM.⁵³

Evan Luar entende que, apesar disso, a questão dos fundos marinhos já estava presente, ainda que de uma forma difusa, nas convenções de Genebra, por meio da adoção do critério da explorabilidade na definição dos limites das plataformas continentais nacionais. Esse critério, adotado em especial por pressão dos países latino-americanos, impediria que os países mais avançados explorassem as plataformas dos países em desenvolvimento que não tivessem condições para fazê-lo.⁵⁴ Em que pese a essa argumentação, as Convenções de Genebra de 1958 eram efetivamente silentes sobre os fundos marinhos internacionais. A controvérsia sobre os critérios de definição das plataformas continentais visava essencialmente à submissão das plataformas à soberania dos Estados costeiros, e não à definição de qualquer regime jurídico para a área de fundos marinhos além dessas plataformas.

Por outra linha de raciocínio, os Estados Unidos durante muito tempo argumentaram que a liberdade de exploração e exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos e oceânicos estaria implicitamente contida nas liberdades do alto-mar protegidas pela Convenção de Genebra de 1958, que apresenta uma lista apenas ilustrativa das liberdades do mar (navegação, pesca, pesqui-

⁵³ SCHRIJVER, Nicolaas Jaan. *Sovereignty over Natural Resources: Balancing rights and duties in an interdependent world*. 1995. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Groningen, Groningen. p. 203.

sa científica e instalação de cabos e dutos submarinos, *inter alia*, conforme o art. 2 da Convenção de Genebra sobre o Alto-Mar). Os EUA procuraram fundamentar essa posição nos *travaux préparatoires* da Convenção e em comentários da CDI, que, contudo, não proporcionam uma base suficiente para essa tese.⁵⁵

No final da década de 1950, diante do silêncio das Convenções de Genebra sobre os fundos marinhos internacionais, o presidente da Comissão de Direito Internacional da ONU efetivamente emitiu a opinião de que as quatro liberdades do mar consagradas nas Convenções de Genebra (navegação, pesca, investigação científica, instalação de cabos e dutos submarinos), por não constituírem uma listagem exaustiva, incluíam também a liberdade de aproveitamento dos recursos do solo e do subsolo do alto mar, salvo se algum regime especial fosse estabelecido. No entanto, essa interpretação, essencialmente calcada no princípio jusprivatista de que “*tudo o que não está proibido, está permitido*” não prosperou dentro da própria CDI. A Comissão estabeleceu o entendimento de que não tratara do tema por ainda ser algo prematuro e pouco prático para uma regulamentação detalhada, e não porque houvesse alguma liberdade implícita.⁵⁶

As Convenções de Genebra de 1958 sofreram grande oposição dos países em desenvolvimento, que viam em conteúdo das quatro convenções a codificação de práticas que não levavam seus

⁵⁴ LUAR, Evan. *Op. cit.* pp. 39-41. Não obstante, como o próprio Luar reconhece, houve quem interpretasse os dispositivos sobre plataforma continental de forma justamente contrária à por ele exposta: o critério da explorabilidade permitiria aos países desenvolvidos estender suas plataformas continentais até onde suas tecnologias permitissem, mesmo se, geograficamente, já fosse a plataforma de outro Estado. Essa ambigüidade do critério da explorabilidade na definição das plataformas continentais só veio a ser resolvida com os novos critérios previstos no Tratado de Montego Bay. Por esse tipo de obscuridade, Vicente Marotta-Rangel considera a adoção do critério da explorabilidade um defeito da Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental. Cf. MAROTTA-RANGEL, Vicente. *Direito do Mar...* cit.. p. 198.

⁵⁵ SCHRIJVER, Nicolaas Jaan. *Op. cit.* pp. 201-202.

⁵⁶ LUAR, Evan. *Op. cit.* p. 46.

interesses em consideração. Em razão dessa oposição e de temas controversos que haviam ficado pendentes, como a largura do mar territorial, o reconhecimento das águas históricas, a delimitação das zonas de pesca, a liberdade de navegação em estreitos e canais e as águas dos arquipélagos, convocou-se a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, realizada em Genebra entre 17 de março e 27 de abril de 1960, antes mesmo de as Convenções de Genebra terem entrado em vigor. A II CNUDM fracassou em lograr consenso sobre esses temas pendentes. Tampouco a Segunda Conferência tratou dos fundos marinhos e oceânicos internacionais.

As primeiras manifestações em favor de um regime internacional para os fundos marinhos e oceânicos

No âmbito doutrinário, já em fins décadas do século XIX e no início do século XX, havia a defesa, por parte de alguns jusinternacionalistas mais visionários como La Pradelle, Gidel e Scelle, do aproveitamento dos recursos dos oceanos em benefício de toda a comunidade internacional, sob a administração de uma organização internacional adequada. Já em 1898, La Pradelle defendia na *Révue Générale de Droit International Public* que o mar territorial, como o alto-mar, era patrimônio da humanidade e, na obra *La Mer*, de 1934, detalhava sua tese advogando a necessidade de uma organização mundial para gerir esse patrimônio de todos. Gidel, em 1929, defendeu perante o Instituto de Direito Internacional a criação de uma organização internacional que tratasse de todos os assuntos relativos aos mares.⁵⁷

Para além dessas manifestações pioneiras da doutrina, a magnitude dos interesses econômicos, ambientais e de segurança que os fundos marinhos e oceânicos internacionais envolviam ocasionou uma preocupação cada vez mais intensa da sociedade inter-

⁵⁷ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.) *A Handbook on the New Law of the Sea*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. pp. 144-146. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 25.

nacional com o tema na década de 1960, com a manifestação de diversas organizações não-governamentais em favor de um tratamento internacional do regime jurídico dos fundos marinhos.

Em 1965, o Comitê sobre a Conservação e Desenvolvimento dos Recursos Naturais dos EUA pediu ao presidente Lyndon Johnson que se empenhasse para que os fundos marinhos internacionais fossem transformados em “propriedade comum da humanidade” e submetidos à gestão de uma “agência especializada das Nações Unidas”. No ano seguinte, a Comissão para Estudar a Organização da Paz também se manifestou pela internacionalização dos fundos marinhos⁵⁸, o que também fez a Organização para a Paz Mundial por meio do Direito, em 1967. Nesse mesmo ano, K.G. Stoessinger publicava obra em que defendia que as receitas do aproveitamento dos fundos marinhos poderiam servir para resolver os problemas de financiamento do sistema das Nações Unidas e a Conferência Pugwash de Cientistas Internacionais apresentou proposta, co-patrocinada pelos cientistas Alexander Rich (EUA) e V.A. Engelhardt (URSS), de que a ONU passasse a administrar os fundos marinhos para prover recursos para o desenvolvimento econômico.⁵⁹

Vale ressaltar, nesses antecedentes, não uma manifestação de ONG, mas um discurso do presidente de um país que se veio a se tornar um dos maiores obstáculos à definição do regime jurídico do patrimônio comum da humanidade para os fundos marinhos internacionais. Em 1966, por ocasião do lançamento do navio de pesquisas *Oceanographer*, o presidente dos EUA, Lyndon Johnson, proferiu um discurso em Washington em que exortava que: *“We must be careful to avoid a race to grab and hold the lands under the high seas. We must ensure that the deep seas and the ocean bottom are, and remain, the*

⁵⁸ LODGE, Michael W. The International Seabed Authority’s Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area. In: *The CEPMLP Internet Journal*. Volume 10, Article 2. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol10-2.html>> Acesso em: <03 abr. 2002>. p. 2.

⁵⁹ LUAR, Evan. *Op. cit.*. pp. 83-84.

legacy of all human beings".⁶⁰ (grifo nosso). Nada mais próximo do que o conceito de patrimônio comum da humanidade que a fórmula usada pelo presidente Johnson. Antes mesmo desse pronunciamento, John Kennedy, em seu discurso de posse de 20 de janeiro de 1961, havia instado os blocos capitalista e socialista a explorarem juntos as profundezas do oceano.

O crescente interesse internacional em matérias relacionadas aos fundos marinhos e oceânicos já se internacionais refletia na ONU, que começava a tratar de alguns aspectos específicos do tema. Nesse sentido, em 7 de março de 1966, o ECOSOC requisitou ao Secretário-Geral uma pesquisa sobre os recursos não-agrícolas do mar além das plataformas continentais, as técnicas de exploração e exploração desses recursos e a identificação dos recursos já passíveis de exploração internacional, em benefício dos países em desenvolvimento.⁶¹

O discurso de Arvid Pardo na Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1967 representou, dessa forma, o ponto culminante de uma tese de internacionalização e institucionalização dos fundos marinhos e oceânicos que se desenvolvia pelo menos desde a última década do século XIX.

⁶⁰ LUAR, Evan. *Op. cit.*, p. 84. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 32.

⁶¹ LUAR, Evan. *Op. cit.*, pp. 84-85.

CAPÍTULO 2 – OS FUNDOS MARINHOS INTERNACIONAIS DO DISCURSO PARDO À CONVOCAÇÃO DA TERCEIRA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO MAR

A XXII AGNU e o Discurso Pardo

A vigésima-segunda Assembléia-Geral das Nações Unidas constituiu um ponto de inflexão na disciplina jurídica dos fundos marinhos internacionais. Até então, embora o interesse pela matéria se elevasse em muitas ONGs, em alguns governos e em alguns órgãos do sistema das Nações Unidas, o tema não havia adquirido a dimensão perante a opinião pública internacional em geral e perante a própria ONU conseguida pelo discurso do Embaixador de Malta, Arvid Pardo. Em seu discurso, o embaixador maltês, após demonstrar a magnitude dos interesses envolvidos, propôs as bases essenciais do que viria a se tornar o regime jurídico da Área.

Em 18 de junho de 1967, cerca de um mês antes da XXII AGNU, a delegação de Malta propôs formalmente a inclusão de um novo item na agenda da Assembléia, intitulado *“Declaration and Treaty concerning the reservation exclusively for peaceful purposes of the sea-bed and the ocean floor underlying the seas beyond present national jurisdiction, and the use of their resources in the interests of mankind”*. O pedido foi acompanhado de um memorando que explicava as razões da delegação maltesa.

As controvérsias a respeito surgiam mesmo antes da realização da AGNU. Alguns países latino-americanos, em processo de estenderem unilateralmente seus mares territoriais e suas plataformas continentais, temiam que a definição de um regime jurídico para os fundos marinhos internacionais viesse a forçá-los a reduzir os limites de sua jurisdição nacional. Essa preocupação se justificava em especial pelo texto da versão em francês do pedido, que se

referia aos fundos marinhos e oceânicos e seus subsolos “*au-déla des limites de jurisdiction nationale actuelles*”, o que implicaria o congelamento dos limites então vigentes de jurisdição nacional. Para garantir o maior apoio possível, a delegação de Malta alterou a denominação do item da agenda, pela eliminação das referências iniciais a uma declaração e a um tratado e sua substituição pelo simples exame da questão e corrigiu o texto da versão em francês para igualá-lo ao da versão em inglês, com o adjetivo “atual” qualificando a jurisdição, e não os seus limites.⁶²

Durante a Assembléia-Geral, em 1º de novembro de 1967, o Embaixador Pardo foi convidado a introduzir o item da agenda. Seguiu-se então um discurso longo (de mais de 3h), eloqüente e contundente. Nele, o Embaixador maltês sublinhava a dimensão dos interesses de aproveitamento econômico, de prevenção da militarização e de prevenção da poluição relacionados aos fundos marinhos. Para lidar adequadamente com essa situação, a ONU deveria aprovar uma declaração semelhante à Declaração sobre os Usos Pacíficos do Espaço de 1963, de modo que os fundos marinhos internacionais também fossem declarados *patrimônio comum da humanidade*. O discurso pedia ainda a criação de um grupo de trabalho para considerar os aspectos do problema com vistas à definição de um regime internacional e a posterior criação de uma agência internacional para assegurar a conformidade das atividades nos fundos marinhos com os princípios e normas do regime ou mesmo para administrar a área.⁶³

As reações às idéias de Pardo foram contraditórias. Muitos países desenvolvidos adotaram uma postura de cautela no tratamento da matéria. O discurso foi bem recebido pelos países em desenvolvimento em geral, mas os países latino-americanos, em especial Chile, Peru, Equador e Brasil, mantinham o receio de que tal regime pudesse restringir suas pretensões de extensão do mar

⁶² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 143, 589. LUAR, Evan. *Op. cit.*, pp. 85-86.

⁶³ LUAR, Evan. *Op. cit.*, pp. 86-87. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 33-34.

territorial e da plataforma continental. Nesse sentido, o Brasil apoiou a proposta de Malta, desde que esse regime fosse acompanhado da regulamentação das faixas de mar sujeitas à jurisdição nacional⁶⁴. Os países comunistas se mostravam contrários à idéia de “patrimônio” e a qualquer iniciativa que pudesse fortalecer a ONU. Apesar dessas posições, a Assembléia-Geral logrou aprovar a criação de um Comitê *ad hoc* de 35 membros para tratar do escopo e dos vários aspectos da matéria, por meio da Resolução nº 2.340 (XXII), de 18 de dezembro de 1967. O Comitê especial começou a funcionar em março de 1968.⁶⁵

Os primeiros anos do Comitê dos Fundos Marinhos e a Resolução da Moratória

As reuniões do Comitê *ad hoc* demonstraram a existência de dois grandes grupos de posições antagônicas em relação ao tema. De um lado, os *minimalistas*, que uniam países desenvolvidos liderados pelos EUA, na defesa de um enfoque radical de livre empresa para o aproveitamento dos recursos da Área, e países comunistas liderados pela URSS, com uma concepção de nacionalismo extremo para o problema; do outro, os *maximalistas*, que congregavam a grande maioria dos países em desenvolvimento, a advogar o máximo de internacionalização possível no regime dos fundos marinhos. Essas duas grandes correntes eram permeadas pelos conflitos Leste-Oeste e Norte-Sul que persistiram como um elemento fundamental do contexto negociador da questão até a conclusão da Convenção de 1982.

Em 1968, a AGNU transformou o Comitê *ad hoc* em um Comitê permanente, com 42 membros em sistema de rotação, pela Resolução nº 2.467 A (XXIII), de 21 de dezembro de 1968.⁶⁶

⁶⁴ MAROTTA-RANGEL, Vicente. Direito do Mar... cit.. p. 212.

⁶⁵ LUAR, Evan. *Op. cit.* pp. 87-90. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 35.

⁶⁶ Era a seguinte a denominação completa do Comitê dos Fundos Marinhos: *Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction*.

Um dos primeiros resultados dos trabalhos do Comitê dos Fundos Marinhos foi a declaração pela AGNU da *moratória* em relação à utilização dos recursos dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Pela Resolução nº 2.574 D (XXIV), de 15 de dezembro de 1969, a Assembleia-Geral da ONU declarou, por 62 votos a favor, 28 contrários e 28 abstenções, que os Estados e as pessoas físicas ou jurídicas ficavam obrigados a se absterem de quaisquer atividades de exploração dos recursos dos fundos marinhos e oceânicos, e o respectivo subsolo, além dos limites da jurisdição nacional até que fosse definido um regime internacional adequado, e que, além disso, nenhuma pretensão sobre qualquer parte dessa área ou seus recursos deveria ser reconhecida. A moratória buscava evitar a espoliação dos recursos dos fundos marinhos enquanto durassem as negociações. A despeito dos protestos dos Estados desenvolvidos que votaram contra essa resolução e alegavam que, por isso, não estariam obrigados a obedecê-la, a moratória foi cumprida.⁶⁷ Cabe o questionamento, contudo, se o respeito à moratória por parte dos países desenvolvidos deu-se pela concordância com o seu estabelecimento ou porque o aproveitamento dos recursos da Área ainda não se mostrava economicamente viável.

Na mesma ocasião, a AGNU, pelas Resoluções nº 2.574 A e C (XXIV), requisitou ao Secretário-Geral que realizasse consultas sobre a realização de uma nova conferência sobre Direito do Mar e que preparasse estudos sobre a criação de um mecanismo internacional adequado para cumprir as funções de delimitação e controle dessa área.⁶⁸

A Declaração de Princípios de 1970 e a convocação da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar

⁶⁷ FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 248.

⁶⁸ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 37-38.

Em 17 de dezembro de 1970, a AGNU, por 108 votos a favor e 14 abstenções, aprovou a “*Declaração de Princípios que governam os Fundos Marinhos, o Leito do Oceano, e seu Subsolo, além dos Limites da Jurisdição Nacional*”, resultado do trabalho do Comitê permanente dos Fundos Marinhos.⁶⁹ Apesar das controvérsias no seio do Comitê dos Fundos Marinhos, a Declaração de Princípios logrou traduzir o mínimo denominador comum de consenso sobre os traços jurídicos fundamentais do regime a ser definido para os fundos marinhos e oceânicos internacionais, que viria a ser finalmente detalhado e consagrado por tratado em 1982.

A Declaração reconhecia a existência dos fundos marinhos e oceânicos além dos limites da jurisdição nacional e, logo em seu artigo primeiro, os proclamava *patrimônio comum da humanidade*, sujeito aos princípios nela definidos. Esses princípios consistiam na inapropriabilidade e impossibilidade de sujeição à soberania (art. 2), na utilização exclusivamente para fins pacíficos (art. 5), no aproveitamento dos recursos em benefício da humanidade, em especial dos países em desenvolvimento (arts. 7 e 9), na cooperação científica internacional (art. 10) e na proteção ambiental (art. 11).

A Declaração, em seu art. 9, solicitava a conclusão de um tratado a respeito do tema para a definição do regime internacional da área, disposição reforçada pela Resolução 2.750 (XXV) da AGNU, que, na mesma ocasião, previu a convocação da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar para 1973 e transformou o Comitê dos Fundos Marinhos em Comitê preparatório da futura Conferência. Essa transformação em si mesma já representou uma inovação na prática do DI, pois a tarefa de preparar conferências e projetos de tratados cabia

⁶⁹ *Declaration of Principles Governing the Sea-Bed, the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*, aprovada pela Resolução da AGNU nº 2.749 (XXV), de 17 de dezembro de 1970.

tradicionalmente à CDI, órgão técnico da ONU, e não a um órgão intergovernamental como era o Comitê.⁷⁰

Dadas as novas atribuições, o Comitê foi reorganizado em 1971, subdividindo-se internamente, de forma que as questões jurídicas relacionadas à área dos fundos marinhos além das jurisdições nacionais ficaram a cargo do Sub-comitê I. A Resolução 3.067 (XXVIII), da AGNU, de 16 de novembro de 1973, convocou finalmente a III UNCLOS.

Os primeiros esforços de não-militarização dos fundos marinhos e oceânicos

A Guerra Fria exerceu influência decisiva quanto à definição das normas sobre não-militarização dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Como em todas as questões de desarmamento em geral, as potências nucleares concertavam-se entre si e impunham ao resto da sociedade internacional as soluções que lhes convinham sobre os riscos de militarização dos fundos marinhos e oceânicos. O desarmamento nos fundos marinhos, na prática, era tratado como uma espécie de “domínio reservado” daqueles com capacidade para armá-los.

Um dos primeiros tratados de desarmamento nuclear, o Tratado sobre a Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob as Águas, concluído em Moscou, no dia 5 de agosto de 1963, representou o primeiro instrumento de desarmamento oceânico. Bem ilustrativo do contexto da Guerra Fria, esse tratado foi negociado isoladamente pelas três maiores potências nucleares da época – EUA, Reino Unido e União Soviética⁷¹ – e aberto à adesão dos demais Estados.

⁷⁰ FIORATI, Jete Jane. A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados. In: *Revista de Informação Legislativa*. a.34, n.133. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan.-mar., 1997, pp. 129-154. p. 131. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*. pp. 39-40.

⁷¹ Além dos três signatários do Tratado de Moscou, apenas a França era então potência nuclear, tendo realizado sua primeira explosão atômica em 13 de fevereiro de 1960. A República Popular da China só viria a ingressar no “clube nuclear” em 1964.

Embora o Tratado de Moscou não trate especificamente dos fundos marinhos e oceânicos internacionais, seus dispositivos garantem a proteção da área ao vedarem, em seu art.1, a realização ou o auxílio à realização de explosões nucleares experimentais ou de qualquer outra natureza sob as águas, inclusive as águas territoriais e as do alto-mar.

Por se restringir à interdição de explosões nucleares subaquáticas, não abrangendo, por exemplo, o armazenamento de armas nucleares em bases submarinas e o lançamento de mísseis nucleares a partir dessas bases, sem mencionar outros usos militares convencionais, o Tratado de Moscou não concedia um grau suficiente de desarmamento dos fundos marinhos. Refletia a conveniência das potências nucleares em evitar que os efeitos de suas explosões extrapolassem os limites de suas jurisdições nacionais, ferindo interesses de seus aliados.

Em março de 1968, a URSS propôs no Comitê dos 18 países sobre Desarmamento a total desmilitarização dos fundos marinhos. A proposta encontrou significativa reação dos EUA, que advogava apenas o controle de armamentos na área.⁷² Apesar da oposição americana, a URSS, no ano seguinte, apresentou ao ENDC um projeto de tratado em que determinava total desmilitarização dos fundos marinhos.

Em prosseguimento à lógica de negociação de tratados de desarmamento durante a Guerra Fria, EUA e URSS negociaram bilateralmente a questão e depois apresentaram um esboço conjunto de tratado, apresentado ao Comitê dos 18 em setembro de 1969, que manteve em linhas gerais o esboço conjunto soviético-estadunidense.

O tratado foi adotado pela AGNU por meio da Resolução nº 2.660 (XXV), de 7 de dezembro de 1970, por 104 votos a favor,

⁷² LUAR, Evan. *Op. cit.*, p. 99.

2 votos contrários (El Salvador e Peru) e 2 abstenções (Equador e França) e aberto à assinatura, não por coincidência, simultaneamente em Londres, Moscou e Washington, em 11 de fevereiro de 1971.

Ao contrário do Tratado de Moscou, o *Tratado sobre a Proibição do Estabelecimento de Armas Nucleares e Outras Armas de Destruição de Massa nos Fundos Marinhos e Oceânicos e seu Subsolo*⁷³, também conhecido como Tratado de Controle de Armamentos nos Fundos Marinhos, regulou matéria especificamente relacionada aos fundos marinhos e oceânicos internacionais. Como a própria denominação do tratado indica, ao invés da total desmilitarização dos fundos marinhos internacionais, ocorreu apenas a proibição de uso de armas, depósitos e estruturas de lançamento e outras instalações especificamente construídas para armazenamento, teste ou utilização de armas nucleares e outras armas de destruição de massa nos fundos marinhos e oceânicos internacionais, definida no art. 1(1).

Ao se referir a estruturas e instalações “especificamente construídas” (*specifically designed*) para o armazenamento, teste, lançamento ou utilização de ADMs, o Tratado deixou uma perigosa lacuna no desarmamento dos fundos marinhos e oceânicos internacionais. A letra do dispositivo permite a interpretação *a contrario* de que instalações e estruturas que não sejam construídas especificamente para ADMs, mas que possam abrigá-las ou lançá-las, não estão cobertas pela proibição do tratado.⁷⁴ Lacuna que certamente atendia aos interesses das potências nucleares em contornar as proibições do tratado se o julgassem conveniente. O texto do tratado não proíbe que submarinos ou outros veículos submersos armazenem, transportem ou empreguem armas de destruição em massa. Ainda, definiu-se um frágil mecanismo de verificação definido no art. 3, fundado apenas na consulta e cooperação entre as partes.

⁷³ Na versão original em inglês: *Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof*.

⁷⁴ LUAR, Evan. *Op. cit.*, pp. 110-111.

O Tratado de Controle de Armamentos dos Fundos Marinhos não incorporou os desenvolvimentos havidos no âmbito do Comitê permanente dos Fundos Marinhos da ONU. A definição de sua aplicação territorial, no art. 2, relaciona-se aos fundos marinhos e oceânicos além dos limites de 12 milhas náuticas previstos na Convenção de Genebra de 1958 sobre Mar Territorial e Zona Contígua. Esse dispositivo refletia ainda a postura contrária das grandes potências aos atos unilaterais de extensão da jurisdição nacional além desses limites por parte dos países em desenvolvimento.



CAPÍTULO 3 – A ÁREA NA TERCEIRA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO MAR.

O gentleman's agreement

A Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar apresentou inovações significativas em termos de técnicas de negociação, muitas das quais viriam a se difundir posteriormente em outras áreas de negociações multilaterais. Já se observou que a transformação de um Comitê político como o Comitê dos Fundos Marinhos em comissão preparatória de uma conferência era algo incomum para a época. As inovações procedimentais da III UNCLOS, contudo, não se restringiram a esse aspecto.

Por meio de um *gentleman's agreement*, estabeleceu-se que as partes decidiriam as questões debatidas na Conferência por consenso, sendo submetidas à votação apenas se esse fosse impossível, e que os temas abordados na Conferência seriam decididos como um conjunto (*package deal*).⁷⁵ Esse *gentleman's agreement* tornou-se, em 1974, parte integrante do Regulamento Geral da III UNCLOS e serviu de base para todas as negociações nela havidas.

A regra do consenso decorreu da multiplicidade de interesses em jogo na Conferência, tendo sido estabelecida como uma forma de assegurar o maior grau possível de harmonização de posições no seio da III UNCLOS, de maneira a que se chegasse a uma solução satisfatória para todas as partes, o que facilitaria a universalidade da Convenção.

O método do *package deal* associava-se ao fato de que a grande maioria dos Estados desejava uma solução jurídica global para as várias matérias do Direito do Mar, que compreendesse o regime

⁷⁵ FIORATI, Jete Jane. A Convenção...cit. pp 132-133. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 46-47.

jurídico tanto das áreas de mar submetidas às jurisdições nacionais quanto do alto-mar e dos fundos marinhos internacionais.⁷⁶ O *package deal* ou *paquet* se relacionava, dessa maneira, ao reconhecimento por parte dos Estados-partes na Conferência de que todas as questões relativas aos mares e aos oceanos são intimamente interligadas, demandando uma regulamentação jurídica integrada.

Alguns autores observam que a combinação das regras do consenso e do *paquet* contribuiu para a demora na conclusão da III UNCLOS, uma vez ser virtualmente impossível conseguir que os mais de 150 Estados presentes na Conferência chegassem a uma solução consensual e unitária sobre todos os temas em negociação. Efetivamente, o texto final da CNUDM acabou sendo submetido à votação dos Estados-Partes, como se verá adiante.

As discussões sobre o regime da Área nas sessões da III UNCLOS

A discussão das questões de Direito do Mar relacionadas à área dos fundos marinhos e oceânicos situados além das jurisdições nacionais ficou a cargo da Primeira Comissão da III UNCLOS, que se reuniu em onze ocasiões distintas até a conclusão da Convenção de Montego Bay.

Na primeira sessão da III UNCLOS⁷⁷, decidiram-se basicamente as normas de organização e procedimento das negociações.

Durante a segunda sessão da Conferência⁷⁸, o G77 apresentou na 1ª Comissão uma proposta que atribuía amplos poderes à Autoridade para decidir em matéria de exploração, como controle estrito sobre os exploradores. Essa proposta objetivava basicamente proteger os interesses dos países em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais encontrados nos nódulos polimetálicos e

⁷⁶ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 49.

⁷⁷ Realizada em Nova York, de 3 a 15 de dezembro de 1973.

⁷⁸ Realizada em Caracas, de 20 de junho a 29 de agosto de 1974.

recebeu a oposição dos EUA, do Japão e dos países da CE, que apresentaram projetos de regras mais precisas sobre os poderes da Autoridade.⁷⁹

Em sentido contrário à proposta do G77, os EUA apresentaram à Primeira Comissão, na terceira sessão da Conferência⁸⁰, o projeto do chamado *banking system*, segundo o qual parcelas da Área seriam reservadas à Autoridade ao passo que outras seriam livres para os países que as desejassem explorar e explorar. Apesar da proposta estadunidense, o Texto Único de Negociação Informal aprovado na ocasião consagrava o princípio de limitação da produção mineral da Área e da divisão equitativa dos benefícios. A aprovação desse texto gerou um impasse, pois vários países desenvolvidos recusaram-se a prosseguir as negociações sobre aquelas bases.⁸¹

O Texto Único Revisado para a Negociação, elaborado na quarta sessão da III UNCLOS⁸², tentou desfazer o impasse havido na reunião anterior da Primeira Comissão. O Texto Revisado enfatizava a necessidade de se fortalecer a economia mundial e de se aumentar a disponibilidade dos recursos minerais. Previa-se um sistema paralelo de exploração e exploração, tanto pela Autoridade, por meio da Empresa, quanto pelos Estados. Essa revisão naturalmente contrariou os interesses dos países em desenvolvimento, que reagiram mediante a proposição de diversas medidas para restringir o acesso dos países desenvolvidos e seus exploradores privados à Área, como a atribuição de maiores poderes à Autoridade, a definição de regras sobre limitação da produção e a concessão de tratamento preferencial aos países em desenvolvimento no aproveitamento dos recursos da Área.⁸³

⁷⁹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁸⁰ Realizada em Genebra, de 26 de março a 10 de maio de 1975.

⁸¹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 51-52.

⁸² Realizada em Nova York, de 15 de março a 7 de maio de 1976.

⁸³ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 52-53.

A quinta sessão da III UNCLOS⁸⁴ realizou-se sob a sombra da ameaça do unilateralismo dos EUA. Diante dos freqüentes impasses a que chegavam as negociações da III UNCLOS, em especial sobre o regime dos fundos marinhos internacionais, o então Secretário de Estado Henry Kissinger reafirmou a posição dos Estados Unidos em defesa do sistema paralelo sob os princípios de uma economia de mercado e ameaçou com a ação unilateral caso os interesses dos EUA não fossem atendidos na elaboração do tratado. Essa postura provocou um endurecimento das posições no seio da Conferência.⁸⁵ De um lado, os países desenvolvidos, liderados pelos EUA, com recursos econômicos e tecnológicos para a exploração e exploração da Área por si sós, exigiam um enfoque de livre iniciativa para a questão e defendiam, pelo menos, um sistema dual, em que poderiam explorar e explorar partes da Área diretamente e em benefício próprio, ao lado do regime internacional para outras parcelas da Área. Do outro lado, os países do G77 defendiam uma Autoridade com amplos poderes e exclusividade na gestão da Área. Só se pôde lograr uma solução de compromisso com a atuação do grupo informal liderado pelo Embaixador sueco Evensen, com a previsão do sistema paralelo, mas acrescido de cláusulas de limitação da produção e de proteção aos países em desenvolvimento, de um mecanismo antimonopólio e da previsão de revisão do sistema após um prazo predefinido.⁸⁶

Na sexta sessão da Conferência⁸⁷, aprovou-se o Texto Integrado de Negociação Informal, que incorporou os avanços havidos até então no processo negociador.

Por ocasião da sétima sessão da III UNCLOS⁸⁸, as controvérsias dentro da Primeira Comissão concentraram-se nas negocia-

⁸⁴ Realizada em Nova York, de 2 de agosto a 10 de setembro de 1976.

⁸⁵ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 53.

⁸⁶ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, loc. cit..

⁸⁷ Realizada em Nova York, de 23 de maio a 15 de julho de 1977.

⁸⁸ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, loc. cit..

ções sobre os procedimentos decisórios da Autoridade. Os países desenvolvidos defendiam sistemas que incluíssem possibilidades de veto, bloqueio ou voto ponderado, ao passo que os países em desenvolvimento defendiam que todos os votos deveriam ter igual peso e que as decisões fossem tomadas por maioria. As discussões prosseguiram na oitava sessão⁸⁹, embora vários aspectos da matéria ainda continuassem indefinidos.

Na nona sessão da III UNCLOS⁹⁰, aprovaram-se os dispositivos que integraram o Projeto de Convenção sobre Direito do Mar. O Projeto previa a criação da Autoridade, a adoção do sistema paralelo, regras sobre limitação da produção e obrigações dos exploradores e a previsão de uma conferência de revisão. Na décima sessão⁹¹, foi aprovado o texto do Projeto oficial da CNUDM.

Em janeiro de 1982, os Estados Unidos manifestaram a intenção de não assinarem o texto da Convenção sobre Direito do Mar, basicamente por discordarem do regime definido para os fundos marinhos e oceânicos internacionais. Não obstante, os EUA ainda tentaram modificar o texto final da Convenção, fazendo circular um *Green Book* com as propostas de alterações que tornariam a convenção compatível com seus interesses. Em paralelo a essa iniciativa, o Grupo dos Onze, formado por Austrália, Nova Zelândia, países escandinavos e outros moderados, tentou mediar uma solução conciliatória, ciente de que a ausência estadunidense poderia comprometer a eficácia dos resultados da Conferência.⁹² Essas iniciativas não lograram êxito.

⁸⁹ Realizada em Genebra, de 29 de março a 27 de abril, e em Nova York, de 16 de julho a 24 de agosto de 1979.

⁹⁰ Realizada em Nova York, de 27 de fevereiro a 4 de abril, e em Genebra, de 28 de julho a 29 de agosto de 1980.

⁹¹ Realizada em Nova York, de 9 de março a 24 de abril, e em Genebra, de 3 a 28 de agosto de 1981.

⁹² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 240-241.

Nesse contexto, a décima-primeira sessão⁹³ encerrou os trabalhos da UNCLOS, após quase uma década de difíceis negociações. Como uma última tentativa de bloquear a adoção da Convenção nos termos em que havia sido aprovada, os EUA solicitaram uma votação do texto final, que, nos termos do *gentleman's agreement*, era prevista apenas excepcionalmente, no caso da impossibilidade de consenso. O resultado dessa votação, ocorrida em 30 de abril de 1982, foi a aprovação do texto final da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar por 130 votos a favor contra 4 votos contrários⁹⁴, além de 18 abstenções⁹⁵ e de 18 votos não registrados⁹⁶.

Entre os votos contrários, os Estados Unidos se opunham à natureza, reputada “dirigista”, do regime da Área; ao passo que Israel repudiava especialmente a possibilidade de a Organização para a Libertação da Palestina se beneficiar da exploração dos recursos da Área. A grande maioria das abstenções proveio dos países da Europa Ocidental, por causa do regime definido para a Área, e dos países socialistas, que consideravam que algumas das provisões da Convenção sobre investimentos pioneiros favoreciam indevidamente os EUA.⁹⁷

A Convenção foi aberta à assinatura dos Estados-partes em 10 de dezembro de 1982, no balneário de Montego Bay, na Jamaica.

⁹³ Realizada em Nova York, de 8 de março a 30 de abril, e de 22 a 24 de setembro, e em Montego Bay, de 6 a 10 de dezembro de 1982.

⁹⁴ Estados Unidos, Israel, Turquia e Venezuela.

⁹⁵ Reino Unido, República Federal da Alemanha, União Soviética, Bélgica, Bulgária, Bielo-Rússia, Tchecoslováquia, República Democrática Alemã, Hungria, Itália, Libéria, Luxemburgo, Mongólia, Países Baixos, Polônia, Espanha, Tailândia, Ucrânia.

⁹⁶ Albânia, Antigua e Barbuda, Belize, Comoros, Dominica, Equador, Guiné Equatorial, Gâmbia, Santa Sé, Kiribati, Maldivas, Nauru, Ilhas Salomão, África do Sul, Tonga, Tuvalu, Emirados Árabes Unidos e Vanuatu.

⁹⁷ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 244.

**PARTE II – DA ÁREA DA CONVENÇÃO DE
MONTEGO BAY AO ACORDO PARA A
IMPLEMENTAÇÃO DA PARTE XI**



CAPÍTULO 4 – O REGIME JURÍDICO DA ÁREA NA CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY: O PATRIMÔNIO COMUM DA HUMANIDADE LIBERDADE E IGUALDADE DOS MARES

A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar marcou uma nova era no Direito do Mar, consolidando e ampliando as modificações por que passava esse ramo do Direito Internacional Público desde os anos 1940. Ao regular todas as matérias relacionadas ao Direito do Mar, por meio da codificação de normas consuetudinárias e da criação de normas e institutos jurídico-internacionais inteiramente novos, a Convenção de Montego Bay se tornou um dos tratados mais extensos e complexos já negociados.

A Convenção de Montego Bay selou o abandono definitivo do Direito do Mar Clássico, que já vinha sofrendo abalos significativos desde 1945, com a proclamação Truman, passando pelas Convenções de Genebra de 1958. Conforme analisa René-Jean Dupuy, no Direito Internacional clássico, o mar só tinha uma dimensão, a superfície, uma vez que se regulavam apenas questões relativas à navegação. Apenas no século XX, com os desenvolvimentos que levaram à negociação e conclusão da CNUDM, pôde o mar adquirir uma forma jurídica pluridimensional, pois passaram a ser disciplinados também o espaço aéreo suprajacente (altura) e os fundos marinhos (profundidade), bem como as utilizações possíveis dessas três dimensões do mar.⁹⁸

Se, no Direito do Mar Clássico, o princípio fundamental era o da liberdade dos mares, no Novo Direito do Mar definido pela

⁹⁸ DUPUY, René-Jean. *L'Océan partagé*. Paris: Pedone, 1979. pp. 15-18 *apud* RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 11. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 3-4. Vicente Marotta-Rangel refere-se a essa evolução como uma passagem do Direito do Mar de uma perspectiva unifuncional para outra plurifuncional, na qual várias passaram a receber disciplina jurídica várias outras funções do ambiente marinho, como a de provedor de recursos vivos e não-vivos. Cf. MAROTTA-RANGEL, Vicente. *Direito do Mar...* cit. p. 197.

Convenção de Montego Bay se buscou proteger com a mesma intensidade o princípio da igualdade dos mares⁹⁹, isto é, da igualdade de condições de acesso aos mares e a todos benefícios deles derivados, de maneira a que houvesse uma liberdade efetiva dos mares, não apenas no sentido jurídico-formal, mas no sentido material. A Convenção de Montego Bay objetivou assim, nas palavras de Maria Cecília Ribeiro, combater a “erosão” do princípio da liberdade dos mares, e dar-lhe conteúdo efetivo, criando uma liberdade verdadeira¹⁰⁰, uma vez que só poderia haver efetivamente liberdade dos mares se todos os Estados tivessem igualmente condições de acesso a eles e a seus benefícios.

Um dos principais mecanismos para a garantia da liberdade efetiva e da igualdade dos mares a todos os Estados previstos na Convenção de Montego Bay foi a definição do regime jurídico de patrimônio comum da humanidade aos fundos marinhos e oceânicos internacionais. O regime de patrimônio comum da humanidade, elaborado sob a ótica de uma solidariedade planetária na gestão e no aproveitamento dos fundos oceânicos, substitui a mera internacionalização negativa do conceito romano de *res communis omnium* por uma *internacionalização positiva*, pelo estabelecimento de um mecanismo de gestão conjunta da Área por uma organização internacional e pelo acréscimo de um elemento de justiça distributiva.¹⁰¹

A Área e seus recursos

A Convenção de Montego Bay determinou categoricamente, em seu artigo 136, que a Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade. Antes de se discutirem os princípios e normas jurídicas que configuram o conceito de patrimônio comum da

⁹⁹ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 135.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 10, 22.

¹⁰¹ ATTAR, Franck. *Le Droit International entre Ordre et Chaos*. 1. ed. Paris : Hachette, 1994. pp. 532-533.

humanidade, cabe o exame da realidade física abrangida por esse conceito, isto é, do que constitui a Área e seus recursos.

A Área corresponde ao leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo, além dos limites da jurisdição nacional, conforme a definição do art. 1.1.1) da Convenção de Montego Bay. A Área, em certo sentido, é um conceito jurídico residual: trata-se, basicamente, do que resta dos fundos marinhos e oceânicos e seu subsolo, descontadas as plataformas continentais dos Estados. Por causa dessa natureza residual, a Convenção não atribui competências para a Autoridade em termos da definição dos limites da Área¹⁰², o que ocorrerá progressivamente, à medida que os Estados forem concluindo os levantamentos das respectivas plataformas continentais. Nesse aspecto, mais relevante é o papel da Comissão de Limites da Plataforma Continental.

Nos termos da Convenção de Montego Bay, cada Estado poderá ter, em princípio, plataforma continental de até 200 milhas náuticas a partir da linha de base que serve para a definição do mar territorial, de acordo com o parágrafo 1 do art. 76 da Convenção de Montego Bay. Apenas nos casos em que o bordo exterior da margem continental do Estado exceder a essa distância de 200 milhas, ele poderá ter plataformas continentais além desses limites, em todo caso não podendo exceder ao limite da distância de 350 milhas da linha de base ou da distância de 100 milhas da isóbata de 2.500 m, conforme o art. 76, parágrafos 4 e 5 da CNUDM. Os fundos marinhos e oceânicos que se situem além das plataformas definidas de acordo com essas regras é que compõem a Área.

Não só a Área, como também os seus recursos, constituem patrimônio comum da humanidade. Consoante a definição da alínea a) do art. 133 da Convenção, os recursos da Área compreendem todos os recursos minerais sólidos, líquidos ou gasosos *in situ*

¹⁰² FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 138

na Área, no leito do mar ou no seu subsolo, incluindo os nódulos polimetálicos. O conceito de patrimônio comum da humanidade se aplica aos recursos minerais da Área *in situ*, de forma que, uma vez esses recursos sejam extraídos legitimamente da Área, conforme o regime jurídico-internacional definido pela Convenção e complementado pelas normas e procedimentos da Autoridade, pode-se deles dispor livremente.¹⁰³

A contrario sensu, não integram o patrimônio comum da humanidade, nos termos da Convenção de Montego Bay, tanto os recursos vivos como os objetos históricos e arqueológicos situados na Área, que, dessa forma, estariam excluídos da esfera de competências da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.¹⁰⁴

Embora os recursos vivos não integrem o patrimônio comum da humanidade, a Autoridade está encarregada de sua proteção e preservação nos termos das regras da Convenção de Montego Bay sobre a proteção e preservação do meio marinho na Área, em especial seu artigo 145.

Durante as negociações da Convenção, chegou-se a propor a inclusão dos objetos históricos e arqueológicos no patrimônio comum da humanidade¹⁰⁵, mas a disciplina do texto final da Convenção, em seu art. 149, apenas determina o dever de conservação dos objetos históricos e arqueológicos situados na Área, ou sua disposição em benefício da humanidade em geral, tendo particularmente em conta os direitos preferenciais do Estado ou país de origem ou do Estados de origem cultural ou histórica e arqueológica do objeto. Ainda que não integrem o patrimônio da humanidade, os objetos culturais situados na Área são regidos por princípios similares.

¹⁰³ SCHRIJVER, Nicolaas Jan. *Op. cit.* p. 205

¹⁰⁴ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 567.

¹⁰⁵ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 568.

Os princípios básicos da Área como patrimônio comum da humanidade.

O professor francês René-Jean Dupuy, um dos maiores especialistas e entusiastas do conceito de patrimônio comum da humanidade e sua aplicação aos fundos marinhos, descreveu com argúcia os principais aspectos desse conceito. Segundo o professor Dupuy, o patrimônio comum da humanidade é um conceito *harmonizante*, busca reconciliar todos os povos na propriedade e na administração comum de um domínio pleno de riquezas, como a Área, acima dos conflitos e contradições que normalmente existem nas relações entre os Estados.¹⁰⁶ O conceito de patrimônio comum da humanidade envolve também um elemento *transespacial e intertemporal*: a humanidade é um conceito que desconhece fronteiras, abrange todos os seres humanos, onde quer que estejam, independentemente de estarem ou não organizados em Estados, e atravessa gerações, pois envolve não só o conjunto de seres humanos que existem atualmente, como também as gerações futuras, que também devem se beneficiar da utilização da Área e de seus recursos, o que demanda uma utilização sustentável.¹⁰⁷ O conceito de patrimônio comum da humanidade é ainda *universalista e igualitário*, pois envolve a participação de toda a humanidade na gestão da Área e seus recursos e na fruição dos benefícios decorrentes dessa gestão, sem discriminação, bem como impede a apropriação da Área ou partes dela por alguns Estados ou pessoas físicas ou jurídicas em detrimento da coletividade humana.¹⁰⁸

¹⁰⁶ DUPUY, René-Jean. La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins. In: *Droit et Libertés à la fin du XX^e siècle – Influence des données économiques et technologiques – Études offertes à Claude-Albert Colliard*. Paris: Éditions A. Pedone, 1984. (pp. 197-205) p. 198. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 579.

¹⁰⁷ DUPUY, René-Jean. *Op. cit.* p. 199. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 580-581.

¹⁰⁸ DUPUY, René-Jean. *Op. cit.* pp. 199-200. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 582.

Na qualidade de patrimônio comum da humanidade, a Área rege-se pelos seguintes princípios:

a) inapropriabilidade e não-sujeição à soberania – de maneira que nenhum Estado pode exercer ou reivindicar o exercício de soberania ou de direitos soberanos sobre qualquer parte da Área ou seus recursos, da mesma forma que nenhum Estado ou pessoa física ou jurídica pode se apropriar de qualquer parte da Área ou de seus recursos. A inapropriabilidade e a não-sujeição da soberania decorrem do fato de a Área e seus recursos pertencerem integralmente à humanidade como um todo, em cujo nome atua a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos. Além disso, os recursos da Área só podem ser alienados de acordo com as normas e procedimentos da Convenção de Montego Bay e os emanados da Autoridade;

b) utilização em benefício da humanidade – uma vez que a Área e seus recursos são o patrimônio comum da humanidade, todas as atividades relacionadas deverão ser desempenhadas em benefício da humanidade em geral, independentemente da situação geográfica dos Estados, costeiros ou sem litoral, e tendo particularmente em conta os interesses e as necessidades dos Estados em desenvolvimento e dos povos que ainda não tenham alcançado a plena independência ou outro regime de autonomia reconhecido pela ONU. Esses benefícios dizem respeito não apenas aos recursos financeiros oriundos do aproveitamento econômico dos recursos da Área, mas também à transferência de tecnologia e o treinamento de pessoal para a Empresa e os países em desenvolvimento relativamente às atividades na Área.¹⁰⁹ O benefício à humanidade em geral, aliás, pode implicar até mesmo a limitação e o controle da produção mineral da Área, nos termos definidos pela Convenção para a política comercial da Autoridade. Como a Área e seus recursos são patrimônio da humanidade em geral, independentemente

¹⁰⁹ SCHRIJVER, Nicolaas Jan. *Op. cit.*, pp. 206-207.

de sua organização ou não em Estados, a Convenção procurou garantir que os benefícios das atividades da Área se estendessem àqueles povos que ainda não haviam se constituído em Estados, dando significado concreto à participação que diversos movimentos de libertação nacional tiveram, como observadores, no seio da III UNCLOS¹¹⁰;

c) utilização exclusivamente para fins pacíficos – A Convenção de Montego Bay determinou em seu art. 141 que a Área está aberta à utilização exclusivamente para fins pacíficos por todos os Estados, costeiros ou sem litoral, sem discriminação. Todavia, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, com a administração conjunta e a cooperação científica e tecnológica, o texto da Convenção não detalhou o dever de utilização pacífica da Área. Com isso, a Convenção, como nota Giulio Pontecorvo, acabou por “respeitar” as “prerrogativas” militares das superpotências da Guerra Fria, que, como visto, já haviam regulamentado de acordo com as próprias conveniências os termos da não-militarização da Área.¹¹¹ Como a Convenção não definiu ou detalhou o que caracterizaria a utilização da Área para fins pacíficos, essa avaliação poderia ser “apropriada” pelas potências militares e nucleares. Cabe salientar que, durante a Guerra Fria, as superpotências costumavam argumentar que o mero estabelecimento de instalações militares, orientadas para a legítima defesa, caracterizava fim pacífico. Trata-se, sem dúvida, de uma das mais sérias lacunas do regime da Área;

¹¹⁰ Participaram, como observadores, os seguintes movimentos de libertação nacional: a Organização para a Libertação da Palestina, a Organização dos Povos do Sudoeste Africano, o Partido para a Independência de Guiné e Cabo Verde, o Congresso Nacional Africano (África do Sul), o Conselho Nacional Africano (Zimbabwe), a Frente Patriótica (Zimbabwe), o Congresso Pan-Africanista de Azânia (África do Sul) e o Partido Unido do Povo de Seychelles. Cf. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. P 96, nota 174.

¹¹¹ PONTECORVO, Giulio. A Note: Military Uses of the Ocean and the Law of the Seas Convention. In: PONTECORVO, Giulio (ed.). *The New Order of the Oceans – The Advent of a Managed Environment*. New York: Columbia University Press, 1986. (pp. 60-62). p.60 RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p 61.

d) utilização sustentável – Embora quando da conclusão da Convenção de Montego Bay o princípio do desenvolvimento sustentável ainda não houvesse sido consagrado no Direito Internacional, a normativa da Convenção de 1982 já implicitamente o atendia ao determinar a proteção do meio marinho na Área contra eventuais efeitos nocivos das atividades aí realizadas. A própria dimensão intergeracional do conceito de patrimônio comum da humanidade, com a conseqüente necessidade de utilização racional dos recursos da Área para que beneficiem também as gerações futuras, é outro indício de que o regime de patrimônio comum antecipa alguns elementos do desenvolvimento sustentável. À Autoridade, dessa forma, cabe promover a utilização sustentável da Área e seus recursos. Nesse sentido, o artigo 145 da Convenção atribui à Autoridade a função de estabelecer normas para prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio ambiente marinho, com especial atenção aos efeitos nocivos de atividades como a perfuração, a escavação, a dragagem, a evacuação de dejetos, a construção, funcionamento e manutenção de instalações, proteger e conservar os recursos naturais da Área e prevenir danos à fauna e flora marinhas. A proteção ao meio marinho em geral foi disciplinada pela Parte XII da CNUDM;

e) utilização fundada na cooperação científica e tecnológica internacional – para garantir que as atividades na Área beneficiassem toda a humanidade, a Convenção de 1982 estabeleceu o dever de cooperação científica e tecnológica internacional, de modo que a Autoridade e os Estados-partes garantissem a transferência de conhecimentos científicos e tecnológicos e a capacitação de pessoal com relação às atividades na Área para a Empresa e os países em desenvolvimento. No que tange aos investidores pioneiros e aos contratantes de exploração e exploração dos recursos da Área sob o regime jurídico definitivo, estabeleceu-se a obrigatoriedade da transferência de tecnologia e da capacitação de pessoal, nos termos dos Anexos III e IV da Convenção de Montego

Bay e da Resolução II da Terceira Conferência. A transferência de tecnologia marinha em geral foi objeto da Parte XIV da CNUDM;

f) administração conjunta – por meio de um sofisticado arcabouço institucional representado pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, em nome e no interesse da humanidade, como regulador e fiscalizador das atividades na Área, pela Empresa, como braço operacional da Autoridade na exploração e exploração da Área, e pelos Estados e entes privados, que também atuam diretamente na Área, sob a regulação da Autoridade, no sistema paralelo. Esse sistema de gestão conjunta será examinado mais pormenorizadamente adiante.

Natureza jurídica dos princípios do patrimônio comum da humanidade

A questão da natureza jurídica dos princípios do patrimônio comum da humanidade em relação à Área apresenta uma importância prática fundamental dado que, mesmo após todas as alterações trazidas pelo Acordo sobre a Implementação da Parte XI em 1994, a serem abordadas posteriormente neste trabalho, ainda existem países fora do marco jurídico-institucional da Convenção de Montego Bay dotados de condições econômicas e tecnológicas e de disposição suficientes para promover, em seus próprios termos, a exploração e exploração dos recursos da Área, na qual já se fazem presentes por meio de consórcios privados.

Trata-se de saber, então, se vale para a disciplina do patrimônio comum da humanidade definida na Convenção de Montego Bay o princípio da relatividade dos efeitos dos tratados ou se estas normas têm vigência *erga omnes*, como normas de DI Geral ou mesmo de *jus cogens*.

Alguns doutrinadores, bem como o governo dos Estados Unidos da América, sustentam a tese de que a mineração nos fundos marinhos e oceânicos internacionais é uma das liberdades do

alto-mar protegidas pelo Direito Internacional Geral, de tal forma que só pode ser restrita se um Estado voluntariamente se vincular a um outro regime, de Direito Internacional convencional ou consuetudinário, que disponha de forma diversa, como a Convenção de Montego Bay.¹¹² Essa doutrina incorpora os fundos marinhos e oceânicos internacionais ao regime de *res communis omnium* do alto-mar: a Área seria inapropriável, mas os Estados e seus nacionais teriam toda a liberdade para utilizá-la do modo que mais lhes conviesse, salvo a participação voluntária em um regime internacional distinto, que, por esse raciocínio, produziria efeitos apenas para seus Estados-partes.

Por outro lado, vários doutrinadores, bem como alguns países em desenvolvimento, defendem a tese de que as normas relativas ao patrimônio comum da humanidade na Convenção de Montego Bay constituem normas de Direito Internacional geral, de eficácia *erga omnes* e, mesmo, de *jus cogens*. Todos os membros da sociedade internacional, dessa maneira, encontra-se vinculados às normas que consagram a Área e seus recursos patrimônio comum da humanidade e aos princípios que defluem dessa conceituação, independentemente de serem ou não partes da Convenção de Montego Bay.

Convém observar que, durante a Terceira Conferência, o Chile propôs em 1979, com o apoio do G77, que a CNUDM reconhecesse expressamente o caráter de *jus cogens* das normas relativas à Área como patrimônio comum da humanidade. Anteriormente, ainda no âmbito do Comitê dos Fundos Marinhos, o México já havia proposto, em 1971, a declaração de *jus cogens* para os princípios básicos do regime dos fundos marinhos e oceânicos internacionais contidos na Declaração de 1970.¹¹³ Como as negociações da III CNUDM se pautaram pela regra do consenso, e alguns Estados se

¹¹² MWENDA, Kenneth Kaoma. Deep Sea-Bed Mining Under Customary International Law. In: *E Law - Murdoch University Electronic Journal of Law*. Vol 7, Nº 2, Jun. 2000. Disponível em: < <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n2/mwenda72.html> > Acesso em: <15 mai. 2002> SCHACHTER, Oscar. *Op. cit.* p. 50.

¹¹³ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* p. 33.

opuseram à proposta chilena, embora a grande maioria a apoiasse fortemente, o texto final da Convenção de Montego Bay não declarou o caráter de *jus cogens* das normas sobre o patrimônio comum da humanidade. Não obstante, a CNUDM estabeleceu em seu art. 311.6 que “*Os Estados partes convêm em que não podem ser feitas emendas ao princípio fundamental relativo ao patrimônio comum da humanidade estabelecido no artigo 136 e em que não serão parte em nenhum acordo que derogue esse princípio*”. Em estreita relação com este dispositivo, o art. 155.2, sobre a Conferência de Revisão, estabeleceu que a mesma deveria assegurar a manutenção do princípio do patrimônio comum da humanidade.

O dispositivo do art.311.6 da CNUDM, ao estabelecer o patrimônio comum da humanidade como “cláusula pétrea” da Convenção, representa, segundo vários intérpretes, um forte indicativo do caráter de *jus cogens* desse princípio.¹¹⁴

Nos termos do art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, uma norma internacional tem caráter de *jus cogens* ou quando “*é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma natureza*”. Existem duas grandes correntes doutrinárias sobre a formação de uma norma imperativa de DIP. A primeira delas entende que a ausência de aceitação ou mesmo a oposição por parte de um ou alguns Estados não impede a formação de uma norma de *jus cogens* e que se essa norma subordine mesmo esses opositores. A *opinio juris* de uma maioria significativa de Estados é suficiente para a formação da norma de *jus cogens* que, por sua própria essência, tem validade mesmo para os que se opuseram a ela. É da essência do conceito de norma de *jus cogens* valer mesmo contra a vontade de seus sujeitos e, além disso, a própria redação da Convenção de Viena, ao se referir à comunidade de Estados

¹¹⁴ SCHRIJVER, Nicolaas Jan. *Op. cit.*, pp. 207-208.

como um todo (“as a whole”, “dans son ensemble”, “en su conjunto”), deixa claro que não é necessária a aceitação da totalidade absoluta de Estados para a formação da norma de *jus cogens*. Já a outra corrente doutrinária interpreta a idéia de *jus cogens* no sentido de que a idéia de “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo” significa que essa norma deve consensual, aceita por efetivamente toda a sociedade de Estados.¹¹⁵

O exame das posições distintas sobre a natureza jurídica das normas do patrimônio comum da humanidade na Convenção de Montego Bay leva à conclusão de que, ainda que o texto convencional não haja afirmado de modo expresso, o princípio do patrimônio comum da humanidade em relação à Área constitui uma norma imperativa de Direito Internacional Geral.

Em primeiro lugar, não existe qualquer norma costumeira que atribua aos Estados a liberdade e o direito de explorar e explorar os fundos marinhos e oceânicos internacionais.¹¹⁶ O Direito Internacional Clássico, que consagrou a liberdade dos mares, tinha, como já visto, um enfoque essencialmente unidimensional e unifuncional do mar, da superfície do mar como meio de comunicação entre os Estados. Além disso, tratava-se de um direito primariamente consuetudinário, de modo que a formação de uma norma consuetudinária a respeito de uma liberdade do alto-mar dependia da presença dos dois elementos do costume, o objetivo (a prática) e o subjetivo (a *opinio juris vel necessitatis*).

Como já se afirmou quando do exame do estatuto jurídico dos fundos marinhos e oceânicos internacionais no Direito Internacional Clássico, não havia nem o elemento objetivo nem o elemento subjetivo que pudessem sustentar a formação de uma norma costumeira sobre a liberdade de utilização dos recursos dos fundos

¹¹⁵ Cf. DANILENKO, Gennady M. International Jus Cogens: issues of Law Making. In: *European Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, 1993. pp. 42-65. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol2/No1/art3.html>> Acesso em: <03 abr. 2002>

¹¹⁶ MWENDA, Kenneth Kaoma. *Op. cit.* loc. cit. SCHACHTER, Oscar. *Op. cit.* p. 51.

marinhos. Os nódulos polimetálicos só foram descobertos na década de 1870 e o interesse econômico no seu aproveitamento só se tornou evidente no final da década em finais da década de 1950 e inícios da década de 1960. Já nesse período, contudo, a *opinio juris* que pouco a pouco se formaria e se consolidaria, sobretudo a partir do discurso de Arvid Pardo, era no sentido de declarar a Área patrimônio comum da humanidade e de submeter sua utilização a um regime internacional.

A Declaração de Princípios de 1970, aprovada sem sequer um voto contrário, representou a consagração do princípio do patrimônio comum da humanidade e de seu caráter imperativo no DIP. Mesmo os poucos Estados, em sua maioria socialistas, que se abstiveram vieram a posteriormente aderir na prática aos princípios estabelecidos na Declaração.¹¹⁷ Por meio da Declaração de Princípios de 1970, a sociedade de Estados expressou tacitamente o reconhecimento e a aceitação do caráter de *jus cogens* dos princípios básicos da Área como patrimônio comum da humanidade, dado o caráter de ordem pública das questões de segurança, ambientais e econômicas nela tratadas. Nesse sentido, mesmo antes que a CNUDM entrasse em vigor, vários Estados se consideravam vinculados pelos dispositivos nela contidos.¹¹⁸ A própria resolução da Moratória, estabelecida em 1969, foi geralmente cumprida.

Até mesmo os Estados que se opuseram ao regime definido na Parte XI da CNUDM haviam votado a favor da Declaração de Princípios de 1970 e, em todos os acordos provisórios que celebraram entre si e à margem do regime definido na Convenção de Montego Bay, esses Estados reafirmavam o caráter de patrimônio comum da humanidade da Área e seus recursos. O próprio fato de que esses acordos se intitulavam “interinos” ou “provisórios” indica que esses Estados concordavam com os princípios fundamentais do

¹¹⁷ SCHACHTER, Oscar. *Op. cit.*, loc. cit.

¹¹⁸ MWENDA, Kenneth Kaoma. *Op. cit.*, loc. cit.

patrimônio comum da humanidade, divergindo apenas sobre o modo como foram aplicados no regime da Parte XI. De fato, durante toda a III CNUDM, os princípios fundamentais do patrimônio comum da humanidade foram aceitos por todos os Estados, havendo discordância apenas sobre as modalidades de sua aplicação. Convém ressaltar ainda, que quando conveio aos Estados que se opuseram ao regime da Parte XI aplicar consuetudinariamente outros novos institutos introduzidos pela Convenção, eles o fizeram, como no caso da Zona Econômica Exclusiva.

Pode-se concluir que os princípios básicos do patrimônio comum da humanidade, conforme definidos na Declaração de 1970, representam normas de *jus cogens* internacional, de eficácia *erga omnes*. A discordância de alguns Estados quanto à forma como foram definidos esses princípios na Convenção de Montego Bay não é suficiente para afastar o caráter de *jus cogens* desses princípios, até mesmo porque a tese de que as normas de *jus cogens* devem ter caráter estritamente consensual representa um resquício da visão positivista e voluntarista do DIP, totalmente incompatível com suas origens e os desenvolvimentos ocorridos no século XX. A se aceitar essa tese, o conceito de norma internacional de *jus cogens* perderia toda a sua essência e o seu efeito útil. Dessa forma, ainda que não se possa obrigar os Estados contrários aos princípios definidos na Parte XI da Convenção de Montego Bay a, por exemplo, aderir à Convenção e participar da Autoridade, esses Estados estão vinculados ao dever de respeitar os princípios básicos do patrimônio comum da humanidade, entre os quais se inclui, nos termos do artigo 9 da Declaração de 1970, a adoção de um regime internacional estabelecido por “*um tratado de caráter universal, geralmente acordado*” para a administração racional e eqüitativa da Área e seus recursos. Diante desse dever, ainda que discordem do regime definido na Convenção de Montego Bay, esses Estados devem se abster de agir unilateral ou minilateralmente para utilizar a Área segundo seus próprios interesses.

CAPÍTULO 5 – O REGIME JURÍDICO DA ÁREA NA CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY: O ARCABOUÇO INSTITUCIONAL

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos: características básicas

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos¹¹⁹, criada pela Convenção de Montego Bay, constitui a pedra fundamental do regime internacional da Área, e representou a concretização do discurso do Embaixador Arvid Pardo e dos seus antecessores, que, para garantir que utilização dos fundos marinhos e oceânicos internacionais beneficiasse efetivamente toda a humanidade, defendiam a institucionalização da cooperação internacional nessa matéria.

Entretanto, diante de todas as controvérsias que cercaram as negociações sobre o regime dos fundos marinhos internacionais estabelecido na Parte XI da CNUDM, já em 1982 havia uma grande distância entre as intenções originais das negociações sobre o Direito do Mar e os resultados finalmente alcançados no texto da Convenção. Entre os princípios fundamentais do conceito de patrimônio comum da humanidade e o idealismo que os imbuía, de um lado, e, do outro, o regime dos usos desse patrimônio, institucionalizado pela Autoridade, influenciado pelas realidades

¹¹⁹ A nomenclatura da organização, Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (*Autorité Internationale des Fonds Marins*, *Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*, nas versões oficiais em francês e em espanhol), parece um tanto inadequada. Além da questão de se tratar de fundos marinhos e, sobretudo, oceânicos, o qualificativo “internacional” parece deslocado. Na versão oficial em inglês – *International Seabed Authority* – o adjetivo “international” qualifica os fundos marinhos, e não a Autoridade. Mais apropriado seria que as versões nas línguas latinas da Convenção de Montego Bay houvessem consagrado a nomenclatura de Autoridade dos Fundos Marinhos Internacionais, uma vez que apenas os fundos marinhos e oceânicos internacionais, e seu subsolo, integram o patrimônio comum da humanidade e, dessa forma, estão sob jurisdição da Autoridade.

econômicas e tecnológicas da sociedade internacional, havia um certo abismo no texto convencional.¹²⁰ No regime da Parte XI, nem todos os princípios do patrimônio comum da humanidade eram res-
peitados integralmente.

As normas relativas à Autoridade, nesse quadro, criaram uma organização internacional *sui generis*¹²¹, misto de tradição de tradição e inovação. Embora se atribuísse à Autoridade o exercício de funções sem precedentes na sociedade internacional, provendo-a mesmo de um braço operacional de caráter de ação direta no domínio econômico, o sistema decisório definido para a Autoridade revestiu-se de algumas das regras mais ortodoxas das organizações intergovernamentais. A Autoridade restou dotada de amplas e inovadoras competências, mas de poderes limitados de tal forma que dificilmente poderá tomar decisões importantes contra a vontade dos Estados-partes.¹²² Essa debilidade reforçou-se ainda mais após o Acordo sobre a Implementação da Parte XI, de 1994, conforme se examinará adiante.

Nem mesmo os países do G77, que sempre defenderam a atribuição de um extenso rol de competências de amplos poderes discricionários para a Autoridade, defenderam que se estabelecesse a Autoridade com um caráter de supranacionalidade, o que seria a solução mais lógica do ponto de vista de uma entidade que se destina a representar a humanidade, independentemente das fronteiras de sua organização político-jurídica.¹²³ Efetivamente, a sociedade internacional de 1982 não havia alcançado um grau de evolução tal que permitisse a criação de uma organização de caráter supranacional e âmbito universal – como de resto ainda não o alcançou na atuali-

¹²⁰ PONTECORVO, Giulio. *Opportunity, Abundance, Scarcity – An Overview*. In: PONTECORVO, Giulio (ed.). *The New Order of the Oceans – The Advent of a Managed Environment*. New York: Columbia University Press, 1986. pp. 1-4. p. 2.

¹²¹ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 138.

¹²² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 695-696.

¹²³ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 728-729.

dade – sobretudo em relação a um tema que envolve tantos interesses econômicos e estratégicos dos Estados.

Não obstante, deve-se ressaltar em favor do regime definido pela Convenção de Montego Bay que, com sua adoção, pela primeira vez a sociedade internacional reconheceu a necessidade de se regularem atividades futuras, antes que o fato consumado se impusesse como realidade jurídica, abandonando-se uma postura meramente reativa do DIP.¹²⁴

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos tem como características básicas a intergovernamentalidade, a universalidade e a personalidade jurídica internacional.¹²⁵ A universalidade da Autoridade é consequência direta de seu caráter de representante da humanidade, como será abordado na próxima seção. A personalidade internacional da Autoridade, expressamente prevista no art. 176 da CNUDM, apresenta-se como necessidade fundamental para o desempenho de suas competências. Dessa personalidade decorrem os privilégios e imunidades que a Convenção estabelece para a Autoridade, seu pessoal e seu patrimônio. Na qualidade de organização internacional, a Autoridade tem não apenas os poderes e competências estabelecidos na Convenção de Montego Bay, mas também todos aqueles implicitamente necessários ao exercício de suas funções, como, aliás, previu expressamente o art. 157.2 da CNUDM, de modo a evitar questionamentos como o ocorrido em relação aos poderes da ONU em suas primeiras décadas de existência.

Em sua atuação, a Autoridade deve pautar-se pelos princípios da igualdade soberana dos membros, da cooperação e da boa fé, nos termos definidos no art. 157 da CNUDM.¹²⁶ O reconhecimento da igualdade soberana dos Estados (art. 157.3 da CNUDM)

¹²⁴ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 21-23, 588.

¹²⁵ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 710-713. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 63.

¹²⁶ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 64.

não impede o reconhecimento de que existem desigualdades materiais, de fato, entre eles, em especial no que tange à acessibilidade aos recursos da Área. Pelo contrário, justamente para assegurar à igualdade soberana um conteúdo efetivo é que se procurou erigir na CNUDM uma série de dispositivos em benefício aos países em desenvolvimento, com ou sem litoral, na gestão dos recursos da Área.¹²⁷ O princípio da igualdade soberana dos Estados, no funcionamento e na atuação da Autoridade, implica assim um elemento distributivo, de tratamento desigual para a correção das desigualdades existentes, e não reforça-las. Essa igualdade soberana, contudo, foi parcialmente violada pelo sistema de composição e de votação no Conselho, mediante a adoção da representação de interesses combinada com a representação geográfica. Nos termos definidos pela Convenção, a representação de interesses apenas reforça e tende a perpetuar as desigualdades econômicas e tecnológicas entre os Estados.¹²⁸

A Autoridade organiza e regulamenta as atividades da Área com competência exclusiva; conduz essas atividades em regime de concorrência, por meio do sistema paralelo, que conjuga a Empresa e os contratantes estatais ou privados; e controla essas atividades por regime de cooperação, uma vez que tanto a Autoridade, quanto os Estados-partes e os contratantes que atuem na Área têm o dever de garantir a aplicação das normas e regulamentos concernentes às atividades na Área.¹²⁹

Na administração da Área, a Autoridade deve atuar em bases comerciais e se subordinar a limitações espaciais, materiais e legais.¹³⁰ As limitações legais impõem que a Autoridade atue apenas de acordo

¹²⁷ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 64-65.

¹²⁸ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 711-712.

¹²⁹ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 706-710.

¹³⁰ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 718-727. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 67.

com as competências, normas e procedimentos definidos na CNUDM e os poderes implícitos para desempenhá-las. As limitações espaciais dizem respeito ao fato de que a jurisdição da Autoridade se restringe à Área, cuja definição jurídica já se abordou anteriormente. Por fim, as limitações materiais tratam dos recursos da Área, uma vez que a competência da Autoridade envolve primariamente os recursos minerais *in situ* na Área, os únicos que integram o patrimônio comum da humanidade nos termos definidos na Convenção de Montego Bay, embora se atribua a Autoridade certas competências em termos de preservação do meio marinho e dos objetos históricos e arqueológicos na Área.

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos tem como órgãos principais a Assembléia, o Conselho e o Secretariado. Ao lado desses três órgãos nos quais as organizações internacionais tradicionalmente se estruturam, a Autoridade tem ainda a Empresa, com a qual mantém um relacionamento sem precedentes no Direito Internacional. As principais características da Assembléia, do Conselho, do Secretariado e da Empresa serão analisadas mais adiante.

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos: Representante da Humanidade

Conforme observa René-Jean Dupuy, a noção de patrimônio comum da humanidade traz em si, desde sua concepção, a questão de se a humanidade pode ser considerada um sujeito de DIP, ao qual se atribui um patrimônio.¹³¹ A questão da subjetividade internacional da humanidade torna-se cada vez mais candente no Direito Internacional Público contemporâneo, quando às normas relativas ao *patrimônio comum da humanidade*, no âmbito do Direito do Mar e do Direito Espacial, e às normas sobre o *interesse comum da humani-*

¹³¹ DUPUY, René-Jean. *Op. cit.*, p. 197.

dade, no âmbito do Direito Ambiental Internacional, associam-se novos desenvolvimentos no Direito Internacional Criminal, em que se afirmou a subjetividade internacional da humanidade em decisões dos tribunais *ad hoc* constituídos para os casos da ex-Iugoslávia e de Ruanda, no que diz respeito ao conceito de *crimes contra a humanidade*, o que certamente influenciará também o funcionamento do futuro Tribunal Penal Internacional.

A Convenção de Montego Bay estabeleceu em seu art. 137.2 que todos os direitos sobre os recursos da Área pertencem à humanidade em geral, em cujo nome atuará a Autoridade. Por outro lado, a mesma convenção define em seu art. 157.1 a Autoridade como a organização por intermédio da qual os Estados Partes organizam e controlam as atividades na Área, particularmente com vistas à gestão de seus recursos. Uma comparação inicial entre os dois dispositivos pode levar ao reconhecimento de uma certa hesitação, ou mesmo contradição, do texto convencional em tratar a Autoridade, ora como representante da humanidade, ora como instrumento da cooperação essencialmente interestatal.

A grande maioria dos intérpretes da Convenção de Montego Bay, contudo, compartilha o entendimento de que o texto convencional atribuiu à Autoridade jurisdição sobre a Área na qualidade de representante da humanidade, em cujo nome e benefício deve atuar.¹³² A letra do art. 157.1 não prevalece diante de uma interpretação sistêmica e histórica da Convenção de Montego Bay, de sua Parte XI e das normas relativas ao patrimônio comum da humanidade; além disso, deve-se interpretar esse dispositivo à luz do fato de que, normalmente, a humanidade se encontra contemporaneamente organizada em Estados. Nessa perspectiva, uma vez que determina à Autoridade o caráter de representante da humanidade na gestão da Área, a Convenção consagra implicita-

¹³² DUPUY, René-Jean. *Op. cit.*, pp. 202-203. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 583-584, 704-705. FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 138. FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina... cit.*, p. 300. MATTOS, Adherbal Meira. *Op. cit.*, p. 62.

mente certo grau de subjetividade internacional à humanidade, em todo o seu caráter gregário, transespacial e intergeracional.

A maioria dos autores afirma que o regime jurídico estabelecido na CNUDM erigiu a humanidade como sujeito de Direito Internacional, de um direito de conteúdo econômico, acima dos interesses particulares dos Estados.¹³³ Apesar de a disciplina da Convenção de Montego Bay efetivamente privilegiar o aspecto do aproveitamento econômico da Área e seus recursos, afigura-se um tanto restritivo referir-se apenas ao aspecto econômico dos direitos atribuídos pela Convenção à humanidade. Além desses, a CNUDM estabeleceu uma série de outros direitos da humanidade em relação à Área, em especial no que diz respeito à sua utilização pacífica e à sua preservação ambiental.

Maria Cecília Ribeiro entende que, mais propriamente do que representar, a Autoridade encarnaria a própria humanidade, da mesma forma que o Estado é a expressão jurídica do país.¹³⁴ Trata-se, contudo, de uma tese minoritária, que peca ao mesmo tempo por antropocentrismo, na medida em que considera a humanidade como um sujeito de DIP “encarnável” em uma organização internacional, e por estatocentrismo, na medida em que assimila o relacionamento da Autoridade com a humanidade àquele dos Estados com seus cidadãos. A Autoridade carece do caráter de representação *política* que os Estados têm em relação a seu povo, em especial por se tratar de uma organização de caráter intergovernamental, na qual os órgãos decisórios se compõem de delegados que atuam em nome dos Estados-membros. Ainda, a humanidade envolve o aspecto intergeracional: não poderia a Autoridade “encarnar” as gerações futuras da humanidade.¹³⁵

¹³³ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. loc. cit. FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina... cit.*, loc. cit. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 66.

¹³⁴ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 67.

¹³⁵ DUPUY, René-Jean. *Op. cit.*, p. 202.

O caráter de representante da humanidade está intimamente relacionado à vocação universal da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.¹³⁶ Essa universalidade é tal que, como observa Maria Cecília Ribeiro, não se prevê um mecanismo de expulsão de membros que descumpram gravemente suas obrigações para com a organização, mas apenas a suspensão de seus direitos e privilégios¹³⁷, que ainda assim poderá ser evitada, caso se reconheça que o descumprimento se deu por circunstâncias alheias à vontade do Estado-membro. Em virtude dessa universalidade, a Autoridade atua em consideração também dos povos que ainda não se constituíram em Estados, com a previsão da participação de movimentos de libertação nacional como seus membros observadores.

Uma vez que a Área constitui patrimônio comum da humanidade, a Autoridade, no desempenho de suas funções de mandatária dessa humanidade, deve levar em consideração uma coletividade maior do que a mera soma de seus Estados-membros. A distribuição dos benefícios auferidos com a gestão da Área deveria, dessa forma, abranger também os Estados não-membros da Autoridade, os povos ainda não constituídos em Estados e as gerações futuras.¹³⁸ Nesse sentido, a Convenção de Montego Bay prevê que a distribuição eqüitativa dos benefícios auferidos pela gestão da Área deve ter particularmente em conta os interesses e as necessidades dos Estados em desenvolvimento e dos povos que não tenham alcançado a plena independência ou outro regime de autonomia reconhecido pelas Nações Unidas (art. 140.2). O benefício às gerações futuras, por sua vez, decorre do próprio princípio da utilização racional e sustentável da Área.

A Convenção não dispõe detalhadamente sobre o regime de distribuição eqüitativa de benefícios, apenas define a competência

¹³⁶ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, p. 705.

¹³⁷ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 63-64.

¹³⁸ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, loc. cit. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 73.

da Assembléia para, por recomendação do Conselho, estabelecer as regras a respeito, em seu art. 160.2, f), (i). A respeito daqueles benefícios que correspondem ao conceito econômico de bens públicos, como a preservação do meio marinho da Área e sua utilização exclusivamente para fins pacíficos, é de sua própria natureza beneficiar toda a humanidade indistinta e eqüitativamente. Já em relação aos benefícios econômicos derivados das atividades na Área, são maiores os desafios a demandar uma resposta jurídica adequada.

Para que o caráter da Autoridade de mandatária da humanidade seja preservado em toda a sua extensão, faz-se necessário que essas regras disciplinem a distribuição de benefícios econômicos mesmo para Estados não partes, uma vez que seus cidadãos também integram a humanidade. Naturalmente, essas regras devem ser acompanhadas de mecanismos capazes de garantir que esses Estados suportem também parte dos custos de manutenção do regime e sejam estimulados a virem a integrá-lo, sem o que haveria uma discriminação injustificada justamente em favor daqueles que optaram por não fazer parte da Convenção.

A Assembléia

Nos termos do artigo 160 da Convenção de Montego Bay, a Assembléia é o órgão supremo da Autoridade, perante o qual devem responder os outros órgãos principais da ISBA. Esse caráter decorre de ser a Assembléia o único órgão da Autoridade composto por todos os seus membros, em igualdade de condições, cada um com um representante e um voto de mesmo valor. Nesse sentido, compete à Assembléia a adoção da política geral sobre qualquer questão ou assunto de competência da Autoridade.

A Assembléia reúne-se em sessões ordinárias anuais e, quando assim o decidir ou mediante solicitação do Secretariado, do Conselho ou da maioria de seus membros, em sessões extraordinárias. As sessões devem ocorrer na sede da Autoridade na Jamaica, salvo

se a Assembléia decidir reunir-se em outro local. Nos termos previstos pela Convenção de 1982, cabe a Assembléia decidir, em questões de forma, pela maioria de seus membros presentes e votantes e, em questões de fundo, pela maioria qualificada de 2/3 de seus membros presentes e votantes. Nos termos do Anexo IV, art. 11.3, c) da Convenção, as decisões da Assembléia sobre medidas em relação a déficits da Empresa deverão ser tomadas por consenso.¹³⁹

Além da adoção da política geral da Autoridade, compete à Assembléia, entre outros poderes e funções definidos no art. 160.2 da CNUDM: a) a eleição de membros do Conselho; b) a eleição, dentre os candidatos propostos pelo Conselho, do Secretário-Geral; c) a eleição, por recomendação do Conselho, do Diretor-Geral da Empresa e dos membros de seu Conselho de Administração; e d) a decisão sobre questões orçamentárias e as concernentes às contribuições financeiras dos Estados membros, à distribuição equitativa dos benefícios das atividades da Área e ao sistema de compensação aos Estados em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais extraídos da Área.

Alguns jusinternacionalistas observavam que, já à luz do texto da Convenção de Montego Bay, a supremacia da Assembléia diante dos demais órgãos da Autoridade e, sobretudo do Conselho, era meramente formal. A Convenção atribuiu à Assembléia poucas funções significativas e subordinou a maioria delas ao exercício em conjunto com o Conselho, de forma que a Assembléia só pudesse decidir mediante recomendação desse órgão. Surgiu, assim, uma *gray area* na divisão de competências entre a Assembléia e o Conselho, este, em termos práticos, representando já em 1982 o verdadeiro órgão preponderante da Autoridade.¹⁴⁰ Conforme se demonstrará quando do exame do Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção, a Assembléia teve seus poderes e funções ainda mais reduzidos em favor do Conselho.

¹³⁹ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 139.

¹⁴⁰ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 696, 747-750.

O Conselho

O Conselho é o órgão executivo da Autoridade, e centro de seu poder decisório. Sua composição representou um dos elementos de maior polêmica durante as negociações da III UNCLOS. Defrontavam-se duas correntes antagônicas. De um lado, os países em desenvolvimento advogavam a adoção do critério de representação geográfica equitativa, tradicionalmente utilizado na composição dos conselhos e outros órgãos de composição limitada das organizações internacionais. Os países desenvolvidos com tecnologia para a exploração e exploração da Área, por sua vez, defendiam a representação de interesses no Conselho, de maneira que tivessem maior participação no órgão.¹⁴¹

Esse conflito de posições se relacionava diretamente a outro, o da divisão de competências entre a Assembléia e o Conselho: os países do G77 defendiam a concentração dos poderes e funções da Autoridade na Assembléia, com um Conselho de funções limitadas, eminente e efetivamente executoras de decisões da Assembléia. Já os países desenvolvidos propugnavam um Conselho com maior poder decisório, compartilhando muitas das competências da Assembléia, de modo que, garantindo maior presença no Conselho pelo critério de representação de interesses, esses países poderiam influenciar em todas as decisões da Autoridade a partir desse órgão.¹⁴²

Já se observou que o texto convencional estabeleceu na prática uma preponderância do Conselho em relação à Assembléia. Em relação à composição do Conselho, também acabou prevalecendo o critério da representação de interesses. A determinação de quais interesses seriam representados no Conselho representou outro item de controvérsia.¹⁴³

¹⁴¹ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 733-734.

¹⁴² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 699-703.

¹⁴³ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* pp. 77-78.

De acordo com a disciplina definida pela Convenção de Montego Bay, o Conselho compõem-se de 36 membros, 18 dos quais eleitos de acordo com o critério de representação geográfica equitativa e os outros 18 eleitos segundo o critério de representação de interesses nos seguintes termos, fixados no art. 161.1 da CNUDM:

a) 4 membros eleitos entre os Estados-partes maiores consumidores ou importadores líquidos dos minerais encontrados na Área, que respondam por pelo menos 2% do consumo ou importação mundial nos últimos 5 anos para os quais se disponha de estatísticas, e, em qualquer caso, um Estado da Europa Oriental (Socialista) e o maior consumidor;

b) 4 membros eleitos entre os 8 Estados-partes com maiores investimentos na Área, incluindo pelo menos um Estado da Europa Oriental;

c) 4 membros eleitos entre os maiores exportadores líquidos dos minerais encontrados na Área, inclusive 2 países em desenvolvimento cujas economias dependam substancialmente dessas exportações.

d) 6 membros eleitos entre os países em desenvolvimento com interesses especiais, entre os quais se incluem aqueles sem litoral, geograficamente desfavorecidos, grandes importadores dos minerais da Área, muito populosos, produtores potenciais dos minerais da Área ou menos desenvolvidos.

Da forma como se definiu a representação dos Estados-partes no Conselho da Autoridade, alguns países industrializados podem ter assento quase permanente nesse órgão.¹⁴⁴

Da mesma maneira que o critério de composição, o sistema de votação no âmbito do Conselho teve negociações difíceis. Os países industrializados tentaram estabelecer um sistema que per-

¹⁴⁴ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 140. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 80.

mitisse a possibilidade de veto em determinadas matérias, ou, pelo menos, o voto ponderado. Contra esse tipo de proposta, os países do G77 defendiam a adoção do sistema de voto igual e majoritário. Os países socialistas, por sua vez, propunham uma maioria de 2/3 dos membros do Conselho. Finalmente, prevaleceu um sistema de maiorias complexas (art. 161.8 da CNUDM).¹⁴⁵ Em conformidade com as normas estabelecidas na Convenção de Montego Bay, o Conselho decidirá:

a) por maioria simples dos presentes e votantes em questões de forma;

b) por maioria qualificada de 2/3 em determinadas questões de fundo, desde que essa maioria inclua a maioria absoluta dos membros do Conselho, como, por exemplo, o exame de relatórios da Empresa, as recomendações sobre os sistemas de compensação e de ajuste econômico aos países em desenvolvimento produtores terrestres dos recursos minerais da Área e a fiscalização e cobrança dos pagamentos à Autoridade;

c) por maioria qualificada de 3/4 em determinadas questões de fundo, desde que essa maioria inclua a maioria absoluta dos membros do Conselho, como, por exemplo, a indicação de candidatos para Secretário-Geral da Autoridade e Diretor Geral da Empresa, o estabelecimento de órgãos subsidiários e a apresentação do projeto de orçamento anual da Autoridade;

d) por consenso, exclusivamente, nas decisões sobre o sistema de compensações aos Estados em desenvolvimento prejudicados pela produção mineral da Área, sobre as contribuições financeiras dos Estados-membros à Autoridade, sobre a distribuição equitativa dos benefícios das atividades na Área e sobre as regras sobre prospecção, exploração e exploração dos recursos da Área (alíneas m) e o) do art. 162.2 da CNUDM).

¹⁴⁵ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 81.

Da forma como a Convenção de Montego Bay definiu seu processo decisório, o Conselho restou, na prática, incapaz de cumprir adequadamente suas funções sem o consentimento de todos os grupos de interesses minoritários, dotados de capacidade de bloquear decisões que não atendam a seus interesses em praticamente todas as questões importantes de competência da Autoridade. Além disso, alguns Estados ligados a esses grupos de interesses minoritários têm assento quase permanente no Conselho.¹⁴⁶ A disciplina do processo decisório do Conselho prevista na Convenção de Montego Bay, desse modo, trouxe consigo um grande risco de que o Conselho venha a ser paralisado em sua atuação prática.¹⁴⁷ Consoante se demonstra mais à frente, esse risco tornou-se ainda maior com a nova disciplina estabelecida pelo Acordo sobre a Implementação da Parte XI.

O art. 163 da Convenção de Montego Bay estabeleceu dois órgãos subsidiários do Conselho: a Comissão de Planejamento Econômico e a Comissão Jurídica e Técnica.

O Secretariado

O Secretariado da Autoridade compreende o Secretário-Geral e todo o pessoal de que a Autoridade possa necessitar para o desempenho de suas funções. O Secretariado é órgão responsável pela administração da Autoridade. O Secretário-Geral, o mais alto funcionário administrativo da Autoridade, é eleito pela Assembléia, mediante recomendação do Conselho, para um mandato de quatro anos, permitida a reeleição.

O Secretário-Geral e todo o pessoal da Autoridade têm caráter de funcionários internacionais. Devem ter atuação independente de qualquer governo e não podem ter qualquer interesse fi-

¹⁴⁶ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 696-697. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁷ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 743-744.

nanceiro na exploração ou na exploração dos recursos da Área. São obrigados a manter sigilo sobre todos os dados e informações de caráter confidencial, especialmente aqueles protegidos por direitos de propriedade intelectual, de que tiverem conhecimento em razão dos cargos ocupados na Autoridade, mesmo após seu desligamento da organização.

A Empresa

A Empresa é o órgão operacional da Autoridade, destinado a competir com as empresas e os consórcios privados ou estatais na exploração e exploração dos recursos da Área, bem como em seu transporte, processamento e comercialização. Uma das principais inovações introduzidas pela Convenção de Montego Bay, a Empresa representa a primeira “*organização internacional comercial*”¹⁴⁸, por meio da qual a sociedade internacional ou, mais propriamente, a humanidade, busca intervir diretamente no domínio econômico, ao lado dos agentes estatais e privados.

São características básicas da Empresa: *a)* o caráter comercial; *b)* a autonomia nas operações; *c)* a capacidade jurídica; *d)* o caráter simplificado da estrutura orgânica e do processo de tomada de decisões; e *e)* as vantagens especiais nos campos de financiamento e tecnologia.¹⁴⁹

O caráter comercial da Empresa traduz-se no dever de atuar segundo “princípios comerciais sólidos” no aproveitamento dos recursos da Área (art.1.3, Anexo IV, CNUDM). Esse dever busca impedir que a Empresa atue, por exemplo, de maneira que possa comprometer sua eficiência econômica ou que importe em discriminação injustificada entre Estados-partes na Convenção.

¹⁴⁸ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 759-760.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 89.

Para a garantia do caráter comercial, a Convenção de Montego Bay conferiu à Empresa autonomia operacional, de modo a evitar que, na condução de suas atividades, a Empresa pudesse acabar tendo a eficiência operacional e comercial de suas atividades prejudicadas por decisões dos órgãos políticos da Autoridade. Essa autonomia, entretanto, tem limites, pois, nos termos da Convenção de Montego Bay, a Empresa está subordinada à observância das políticas gerais da Autoridade definidas pela Assembléia e das diretrizes expedidas pelo Conselho, além de ter seu Diretor-Geral e os membros de seu Conselho de Administração nomeados por esses órgãos, em atuação conjunta. Ainda, cabe à Empresa, da mesma forma que todos os Estados ou contratantes privados que exerçam atividades na Área, obedecer ao marco regulatório definido pelas normas da Convenção de Montego Bay e pelos demais órgãos da Autoridade.

O art. 170.2 da Convenção de Montego Bay estabelece que, “*no quadro da personalidade jurídica internacional da Autoridade*”, a Empresa terá a capacidade jurídica prevista em seu Estatuto, o Anexo IV da CNUDM. Em que pese à redação ambígua da Convenção, a Empresa detém personalidade internacional própria para o exercício de suas funções. Não pode ser outra a conclusão diante das atribuições encarregadas à Empresa, que demandam uma ampla capacidade contratual e que, nos termos dos artigos 2 e 3 do Anexo IV da CNUDM, não engajam a responsabilidade da Autoridade em si mesma ou de seus Estados-membros, da mesma forma que a Empresa não responde por atos destes. Por outro lado, a personalidade internacional da Empresa não exclui seu caráter de “órgão” da Autoridade. *Grosso modo*, pode-se perceber na posição da Empresa em relação à Autoridade algo semelhante ao relacionamento, no âmbito interno, do Estado com as chamadas “empresas estatais”.

A Empresa tem, assim, um relacionamento de natureza *sui generis* com a Autoridade: ao mesmo tempo em que integra a estru-

tura orgânica da Autoridade, tem personalidade internacional própria e a autonomia operacional.¹⁵⁰ Nesse contexto, a intensidade do relacionamento entre a Empresa e a Autoridade varia de acordo com a matéria. Em certas atividades, a Empresa é dotada de ampla autonomia, ao passo que em outras se encontra estreitamente subordinada às decisões da Autoridade.¹⁵¹

A Convenção de Montego Bay determinou que a Empresa deverá ter estrutura orgânica e processo decisório simplificados, com o objetivo de lhe assegurar a agilidade e a flexibilidade no desempenho de suas funções necessárias à competição eqüitativa com as empresas e os consórcios privados que, pelo sistema paralelo, também atuam na Área.

Para facilitar a implementação efetiva e o desempenho inicial da Empresa, a CNUDM previu uma série de mecanismos preferenciais que puseram a Empresa em situação mais vantajosa que as empresas privadas e os Estados interessados na exploração e exploração da Área. Esses mecanismos consistem: *a)* no sistema de reserva de áreas; *b)* nas facilidades de transferência de tecnologia para a Autoridade e a Empresa; *c)* na prioridade na concessão de autorizações; *d)* no financiamento; *e)* na isenção de certos pagamentos; *f)* nos privilégios e imunidades de seu pessoal.¹⁵² Esses privilégios decorrem do princípio de que, embora a Empresa aja de acordo com princípios comerciais, o faz, na qualidade de parte da Autoridade, em nome e no interesse de toda a humanidade, em especial dos países em desenvolvimento e dos que ainda não alcançaram a independência, e não apenas no interesse de seus acionistas, como as empresas e consórcios estatais e privados que também poderão atuar na Área.

¹⁵⁰ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 763-764.

¹⁵¹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁵² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 649-650, 771-776. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 96.

Nos termos do sistema de reserva de áreas definido na Convenção de Montego Bay, o *banking system*, representa outro mecanismo de estímulo à implementação efetiva da Empresa: o peticionário de um contrato com a Autoridade apresenta duas áreas de exploração ou aproveitamento de nódulos de viabilidade e rentabilidade comerciais equivalentes à Autoridade, a Autoridade escolherá uma delas como sua área reservada, na qual as atividades econômicas cabem, em princípio, apenas à Empresa ou aos países em desenvolvimento, por si sós ou em *joint ventures* com outros Estados ou consórcios.

A Convenção de Montego Bay determinou aos Estados e as empresas ou consórcios estatais ou privados que contratem a realização de atividades na Área a obrigação de transferir tecnologia para a Empresa, em modalidades e condições comerciais justas e equitativas, se ela determina que não pode obtê-la no mercado nessas condições, bem como para os países em desenvolvimento, nos termos do artigo 5 do Anexo III da CNUDM. O regime de transferência de tecnologia para a Autoridade e a Empresa representou, durante as negociações da CNUDM, a contrapartida dos países em desenvolvimento para a aceitação do sistema paralelo de exploração e exploração dos recursos da Área e, dessa forma, constituiu elemento fundamental do pacote negociador em relação à Parte XI da Convenção de Montego Bay.¹⁵³

As disposições sobre a transferência de tecnologia para a Empresa foram um dos alvos de mais intensa oposição dos países desenvolvidos, com base em argumentos de defesa da livre competição e de interesse da segurança nacional. Ocorre que a Convenção de 1982 já estabelecia uma série de restrições à obrigação de transferência de tecnologia capazes de satisfazer os interesses dos países que a detém.

¹⁵³ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 16-17.

Em primeiro lugar, a tecnologia cuja obrigatoriedade de transferência o tratado prevê é apenas a das fases iniciais de exploração e exploração; não abrange as fases de transporte, processamento e comercialização dos recursos da Área. A transferência de tecnologia tampouco é condição *sine qua* para a celebração do contrato. Quando ocorre, a transferência de tecnologia deve-se dar em bases estritamente comerciais, tanto que se prevê o recurso à arbitragem comercial, de acordo com as regras da UNCITRAL, nas controvérsias sobre esse tema (art. 5.4 do Anexo III da CNUDM). Finalmente, as obrigações de transferência de tecnologia cessam após 10 anos do início da produção na Área (art. 5.7 do Anexo III da CNUDM). Nesse prazo, estima-se que haverá apenas duas operações de exploração, de modo que seriam atingidos apenas dois contratados¹⁵⁴. Também a CNUDM, em seu art. 302, prevê a isenção da obrigatoriedade da transferência de tecnologia em casos que afetem a segurança nacional dos países que a detenham.¹⁵⁵

A Convenção de Montego Bay definiu ainda a preferência da Empresa para a concessão de autorizações para o exercício de atividades na Área, benefícios em termos de financiamento pelos Estados-partes na CNUDM, que foram obrigados a financiarem as atividades da Empresa em pelo menos um setor de mineração, e em termos de isenção de pagamentos à Autoridade. Na qualidade de organização internacional, a Empresa também goza, em relação a seu pessoal e a seu patrimônio, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício de suas funções. Como se trata de uma organização de caráter comercial, tais privilégios e imunidades são mais restritos que aqueles consagrados à Autoridade. Assim, por exemplo, os bens e haveres da Empresa não têm imunidade de execução judicial, desde que haja sentença condenatória definitiva.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 97-98.

¹⁵⁵ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 662,772-774. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 99.

Como sentencia Maria Cecília Ribeiro, para muitos Estados, a Empresa é uma ameaça a seus interesses comerciais.¹⁵⁶ Em virtude dessa percepção, os Estados detentores de capitais e de tecnologia para o desempenho das atividades na Área lograram estabelecer condições, restrições e limites temporais que limitam o escopo e a eficácia dos mecanismos de garantia de implementação da Empresa previstos na Convenção de Montego Bay.¹⁵⁷ Com a adoção do Acordo sobre a Implementação da Parte XI da CNUDM, como se verá mais adiante, esses mecanismos sofreram restrições ainda maiores, que dificultam ainda mais as probabilidades da entrada em funcionamento da Empresa de modo verdadeiramente viável e competitivo.

A política de recursos da Autoridade e os princípios básicos para a exploração e a exploração dos recursos da Área

Nos termos do art. 150 da Convenção de Montego Bay, são objetivos da política da Autoridade para as atividades na Área: o desenvolvimento harmonioso da economia mundial, o crescimento equilibrado do comércio internacional e a cooperação internacional a favor do desenvolvimento geral de todos os países. Tais objetivos visam a assegurar, *inter alia*, o aproveitamento racional e sustentável dos recursos da Área, em benefício de toda a humanidade, a ampliação das oportunidades de acesso às atividades na Área, o aumento da disponibilidade dos minerais encontrados na Área e a formação de preços justos e estáveis para esses recursos e a proteção dos países em desenvolvimento prejudicados com a produção mineral da Área.¹⁵⁸

No quadro desses propósitos, a disciplina da Convenção de Montego Bay para as políticas de produção da Área caracterizou-se por atribuir um grau significativo de intervenção da Autoridade na

¹⁵⁶ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 100-101.

¹⁵⁷ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, p. 697.

¹⁵⁸ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 620-621.

regulação e na operação das atividades na Área, tendo em vista finalidades eminentemente de uma justiça distributiva internacional.

Nesse sentido, a atuação da Autoridade em favor da correção das desigualdades de desenvolvimento mundial desdobra-se, especialmente, na promoção do acesso de todos os países em desenvolvimento às atividades na Área e na proteção dos países em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais da Área. A busca de promoção do acesso dos países em desenvolvimento às atividades na Área e seus benefícios deu-se, na CNUDM, por meio da Empresa e de normas sobre reserva de áreas, transferência de tecnologia e treinamento de pessoal, entre outras. Em relação aos interesses dos países em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais da Área, a Convenção de Montego Bay previu três mecanismos básicos de proteção: *a)* um sistema de controle da produção mineral da Área; *b)* um sistema de compensação e ajuste econômico; e *c)* a participação da Autoridade em acordos de *commodities*.

A solução encontrada pela Convenção de Montego Bay para atender a todos princípios pertinentes às atividades econômicas da Área foi adotar um sistema complexo de limitação e controle da produção mineral da Área, tomando-se por base o mercado do níquel, nos termos definidos pelo art. 151 da CNUDM. O Acordo de Implementação de 1994 abandonou esse sistema de produção dirigida, conforme será examinado no capítulo pertinente.

Em relação aos agentes econômicos na Área, prevaleceu na CNUDM, como já referido, o sistema paralelo, pelo qual as atividades econômicas da Área podem ser exercidas pela Autoridade diretamente, através da Empresa, ou por Estados-partes ou empresas privadas mediante contratos celebrados com a Autoridade, com a possibilidade de *joint ventures* entre esses atores (art. 152, §§ 2 e 3 da CNUDM). A adoção do sistema paralelo na Convenção representou uma solução de compromisso entre as posições dos países

desenvolvidos, defensores de um regime de livre iniciativa para a Área, e dos países em desenvolvimento, que advogavam a exclusividade da Empresa como agente econômico da Área.¹⁵⁹ Para garantir que o sistema paralelo estabelecido na CNUDM viesse a existir de modo efetivo, com a Empresa e os demais contratantes competindo igualitariamente, a Convenção de Montego Bay estabeleceu, de um lado, alguns privilégios para garantir a viabilidade e a implementação da Empresa, já examinados, e, do outro, cláusulas e regras antimonopólio, para impedir a concorrência imperfeita entre os operadores econômicos da Área.¹⁶⁰

As condições básicas para as atividades de prospecção, exploração e aproveitamento dos recursos da Área foram definidas no Anexo III da Convenção de Montego Bay. O Anexo III concentra-se no estabelecimento das linhas mestras dos regimes de exploração e exploração dos recursos da Área, uma vez que, em relação às atividades de prospecção, as competências regulatórias da Autoridade são mais restritas.¹⁶¹

Entre as normas gerais do regime das atividades de exploração e de exploração dos recursos da Área, encontram-se: *a*) a necessidade de um Estado patrocinador, que tenha um vínculo efetivo de nacionalidade ou controle com as pessoas físicas ou jurídicas patrocinadas com e garanta o cumprimento por estas dos termos do contrato e de toda a normativa da Convenção e da Autoridade; *b*) a apresentação de um plano de trabalho pelo peticionário de um contrato de exploração ou exploração, a ser aprovado pela Autoridade, no qual o proponente, além de assumir o compromisso de cumprir todas as normas e regulamentos do regime da Área, dê provas de capacidade técnica e econômica para cumprir esse plano e suas obrigações financeiras para com a Autoridade; *c*) a necessida-

¹⁵⁹ BARBOZA, Julio. *Op. cit.* p. 523.

¹⁶⁰ DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 644-645.

¹⁶¹ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 72.

de de celebração de um contrato de exploração ou exploração; d) os deveres de transferência de tecnologia e de capacitação de pessoal em favor a Autoridade e dos países em desenvolvimento; e e) o estabelecimento de áreas reservadas para a Autoridade.

Pelo sistema de reserva de áreas (*banking system*), o proponente de um plano de trabalho deve, ao apresentar esse plano, indicar uma área tal que seja possível sua divisão em duas áreas de valor comercial equivalente, cabendo a Autoridade designar uma delas (a *área reservada*) para o exercício de atividades exclusivamente pela Autoridade, por intermédio da Empresa, ou por países em desenvolvimento. O sistema de reserva busca desempenhar um papel importante para o sucesso da Empresa e dos países em desenvolvimento na condução de atividades econômicas da Área¹⁶², ao permitir que se beneficiem dos resultados de todas as atividades prévias de localização, levantamento topográfico e avaliação de “praias” de nódulos comercialmente viáveis realizadas pelos Estados desenvolvidos ou por seus consórcios e empresas privadas. Em complementação ao *banking system*, os deveres de transferência de tecnologia e capacitação de pessoal, na disciplina da CNUDM, pretendem assegurar que a Empresa e os países em desenvolvimento disponham de condições técnicas efetivas para agir tanto nessas áreas reservadas quanto em outras para as quais contratem com a Autoridade.

A Convenção de Montego Bay estabeleceu, em seu artigo 154, um mecanismo de exame e revisão periódicos do regime de exploração e aproveitamento dos recursos da Área pela Assembléia da Autoridade, quinquenalmente. Além disso, programou uma Conferência de Revisão sobre as regras do regime da Parte XI relativas à exploração e à exploração desses recursos para 15 anos após o início da produção comercial da Área. A Convenção estabeleceu, desde já, uma série de “cláusulas pétreas”, normas que não poderi-

¹⁶² DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.* pp. 669-670.

am ser modificadas nessa Conferência de Revisão, entre as quais todas aquelas relativas aos princípios fundamentais do patrimônio comum da humanidade.

A Comissão Preparatória e o Regime de Proteção aos Investimentos Pioneiros na Área

A

Resolução I da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar estabeleceu a Comissão Preparatória da Autoridade e do Tribunal Internacional do Direito do Mar, encarregada não só de preparar a criação desses dois órgãos previstos na Convenção de Montego Bay, como também de elaborar projetos sobre a regulamentação de matérias de competência da Autoridade e de exercer uma série de funções relacionadas ao regime transitório disciplinado pela Resolução II. Definiu-se o funcionamento da Comissão Preparatória até o fim da primeira sessão da Assembléia da Autoridade.

A Comissão Preparatória subdividiu-se em quatro Comissões Especiais, além da Comissão Plenária. A Comissão Especial nº 1 encarregou-se do problema dos Estados em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais localizados na Área¹⁶³, à Comis-

¹⁶³ Entre as medidas que foram cogitadas no âmbito da Comissão Especial nº 1 para tratar da questão dos países em desenvolvimento produtores terrestres dos recursos minerais encontrados na Área, estiveram programas de ajuste estrutural, programas de assistência para a manutenção de uma capacidade de produção rentável, medidas de promoção comercial, estabelecimento de estoques reguladores, acordos de produto ou medidas compensatórias. O critério mais cogitado para avaliar o impacto do aproveitamento dos recursos da Área nesses países em desenvolvimento é o dos efeitos sobre as receitas de exportações, que pode se dar tanto pela queda dos preços desses recursos no mercado internacional como pela queda no volume das exportações. Cf. RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.* p. 140. Como será abordado na seção relativa ao Acordo sobre a Implementação da Parte XI da CNUDM, o sistema de assistência aos países em desenvolvimento produtores terrestres dos recursos da Área sofreu importantes restrições.

são Especial nº 2 incumbiu a adoção de mecanismos para assegurar o pronto funcionamento da Empresa, à Comissão Especial nº 3 competiu preparar o funcionamento da Autoridade, tendo a preparação da instalação do Tribunal Internacional do Direito do Mar ficado a cargo da Comissão Especial nº 4.¹⁶⁴

A Resolução II da III CNUDM, por sua vez, definiu o *regime de administração provisória* da Área e seus recursos, com o objetivo de regulamentar as atividades realizadas na Área antes da entrada em vigor da Convenção e de garantir sua compatibilidade com o regime da Parte XI da CNUDM e os Anexos correspondentes. O regime provisório definido pela Resolução II seguiu, em linhas gerais, as normas definidas no texto da Convenção de Montego Bay e em seu Anexo III, com as adaptações necessárias a um regime de natureza preliminar. A Resolução II concentra-se, dessa forma, na regulamentação, controle e proteção das atividades e investimentos pioneiros na Área.

Nos termos da Resolução II, as *atividades pioneiras* correspondem aos empreendimentos, comprometimentos financeiros, estudos, desenvolvimento de tecnologias, extração de amostras de nódulos e outras atividades relacionadas com a identificação, descoberta, análise sistemática e avaliação de nódulos polimetálicos e com a determinação da viabilidade técnica e econômica de sua extração.

O art.1, *a)* da Resolução II da III UNCLOS definiu como *investidores pioneiros*:

a) França, Índia, Japão e União Soviética, ou empresas estatais ou pessoas físicas nacionais ou jurídicas sob efetivo controle desses Estados ou de seus nacionais, desde que esses Estados assinassem a Convenção e esses Estados ou entidades houvessem, até 1º de janeiro de 1983, o investimento de pelo menos US\$ 30 milhões em atividades pioneiras, dos quais pelo menos 10% na locali-

¹⁶⁴ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, pp. 133-134.

zação, levantamento topográfico e avaliação de um setor pioneiro de atividades na Área;

b) quatro entidades cujos componentes sejam pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou sob o controle efetivo dos Estados da Bélgica, Canadá, EUA, Itália, Japão, Países Baixos, Reino Unido e República Federal da Alemanha ou de seus nacionais, desde que os Estados certificadores assinassem a Convenção e que as entidades houvessem realizado investimentos em termos similares aos da alínea anterior;¹⁶⁵

c) qualquer Estado em desenvolvimento ou quaisquer empresas estatais ou pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou sob efetivo controle desses Estados ou de seus nacionais, desde que esses Estados assinassem a CNUDM e esses Estados ou entidades houvessem, até 1º de janeiro de 1985, feito investimentos em termos similares aos dos casos anteriores.

A Resolução II estabeleceu o dever de os investidores pioneiros se registrarem perante a Comissão Preparatória, para poderem desenvolver atividades pioneiras na Área e gozarem de certos benefícios quando da implementação do regime geral (prioridades na concessão de autorizações, salvo em relação à Empresa; direitos exclusivos de operação nas áreas reservadas, durante o período provisório; facilidades na aprovação do plano de trabalho definitivo etc.)

Em contrapartida, estabeleceram-se deveres como promoção de atividades de exploração, treinamento de pessoal designado pela Comissão; transferência de tecnologia; alocação de fundos para a Empresa e elaboração de relatórios periódicos.

Em 1988, na sexta reunião da Comissão Plenária, o Secretariado da Comissão apresentou relatório sobre o registro do primeiro

¹⁶⁵ Trata-se de uma norma voltada para os chamados “investidores potenciais”, os quatro consórcios de capital prevalentemente dos Estados Unidos, mas também dos demais países previstos na alínea, que receberam licenças unilaterais do governo dos EUA para a realização de atividades na Área, conforme se abordará mais adiante.

grupo de investidores pioneiros, composto por França, Japão, URSS e Índia. As reações a esses pedidos diferiram entre os países-membros da Comissão Preparatória. O G77 propôs a adoção de um mecanismo consultivo de acompanhamento das atividades dos investidores pioneiros. Já os países desenvolvidos que compunham o grupo dos “investidores potenciais” fora do regime provisório, como os EUA, o Reino Unido, a Alemanha, a Bélgica e os Países Baixos, se opuseram à reserva de parte da Área no Nordeste do Pacífico para os investidores pioneiros da França, Japão e URSS. Trata-se de uma das áreas de maior concentração de nódulos polimetálicos, que esses países também ambicionavam. A Índia solicitou uma área do Oceano Índico, sem maiores controvérsias.¹⁶⁶ A Índia foi quem primeiro se registrou como investidor pioneiro, em 17 de agosto de 1987, atuando na Área por meio do DOD (*Departament of Ocean Development*). No dia 17 de dezembro desse mesmo ano, registraram-se como investidores pioneiros o IFREMER/AFERNOD (*Institut Français de recherche pour l'exploitation de la mer/Association pour l'étude et la recherche des nodules*), da França, o DORD (*Deep Ocean Resources Development Company*), do Japão, e a *Yuzhmorgeologiya*, patrocinada pela URSS, posteriormente sucedida pela Rússia.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *Op. cit.*, p. 132.



CAPÍTULO 6 – A CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY E SEUS DESCONTENTES: DOS ARRANJOS PROVISÓRIOS AO ACORDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA PARTE XI

As legislações nacionais e os arranjos provisórios

Em 29 de janeiro de 1982, mesmo antes da conclusão da III UNCLOS, o Presidente dos EUA, Ronald Reagan anunciava que os EUA não se vinculariam à Convenção sobre Direito do Mar. As razões alegadas pelo governo estadunidense eram que as provisões do tratado iriam impedir o futuro desenvolvimento da mineração oceânica, que o processo decisório estabelecido não daria aos EUA e outros países com grandes investimentos nessas atividades um papel que refletisse e protegesse adequadamente seus interesses, que as regras sobre transferência de tecnologia obrigatória violariam os princípios de uma economia de mercado em geral e, em especial, direitos de propriedade intelectual, que não se garantia que os futuros mineradores oceânicos qualificados promoveriam o desenvolvimento adequado desses recursos e que a possibilidade de que a exploração dos recursos da Área beneficiasse movimentos de libertação nacional afigurava-se inadmissível.¹⁶⁷

Antes mesmo desse anúncio os EUA já haviam estabelecido uma legislação nacional que regulava unilateralmente o acesso de suas empresas aos recursos da Área com base em um sistema de *first come, first served*. Entre 1980 e 1982, antes da conclusão da Convenção, não só os EUA como outros países detentores de tecnologias para a exploração e exploração dos recursos da Área estabeleceram leis nacionais de disciplina do acesso de suas companhias aos re-

¹⁶⁷ DUBS, Marne A. Minerals of the Deep Sea: Myth and Reality. In: PONTECORVO, Giulio (ed.). *The New Order of the Oceans – The Advent of a Managed Environment*. New York: Columbia University Press, 1986. (pp. 85-121) pp. 113-114. DUPUY, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.). *Op. cit.*, pp. 239-240

cursos dos fundos marinhos e oceânicos internacionais.¹⁶⁸ Embora a maioria dessas leis fizesse se auto-atribuir um caráter provisório e mencionasse as negociações para o estabelecimento da CNUDM, tratava-se evidentemente da imposição de um regime paralelo ao que vinha sendo definido na III UNCLOS, especialmente porque a maioria dos países desenvolvidos não veio a se tornar parte na Convenção.

Nesse contexto, os EUA concederam licenças de acordo com sua legislação nacional para cada um dos quatro consórcios de mineração oceânica que operavam no país: OMA – *Ocean Mining Associates*, OMI – *Ocean Management, Inc.*, OMCO – *Ocean Minerals Company* e KCON – *Kennecott Consortium*.¹⁶⁹ Esses consórcios reuniam capitais estadunidenses, britânicos, alemães, franceses, belgas, italianos, holandeses e japoneses.

A proliferação nos países desenvolvidos de leis nacionais que regulamentavam a concessão de licenças e autorizações para a exploração e a exploração de recursos na Área, aliada ao fato de que essas licenças e autorizações estavam todas sendo concedidas na região da fratura Clarion-Clipperton, a mais rica em nódulos, trazia consigo o risco de sobreposição de áreas de concessão e dos conflitos que disso decorreriam. Os países desenvolvidos passaram, assim, a concertarem-se para contornar esses riscos, por meio da celebração dos chamados arranjos provisórios.

Em 02 de setembro de 1982, os Estados Unidos, o Reino Unido e a República Federal da Alemanha concluíram o *Acordo concernente a Arranjos Interinos relativos a Nódulos Polimetálicos dos Fundos Marinhos*¹⁷⁰, cujo objetivo principal era o de evitar conflu-

¹⁶⁸ É o que ocorreu com os EUA (28/06/1980), a Alemanha Ocidental (16/08/1980), o Reino Unido (28/01/1981), a França (23/12/1981), a URSS (17/04/1982) e o Japão (20/07/1982).

¹⁶⁹ DUBS, Marne A. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁰ *Agreement concerning Interim Arrangements relating to Polymetallic Nodules of the Deep Sea Bed*. Entrou em vigor com a assinatura.

tos sobre as áreas dos fundos marinhos e oceânicos internacionais que fossem objeto de concessão de licenças nacionais, prevendo **consultas entre as partes e a possibilidade de recurso à arbitragem comercial para prevenir e solucionar a ocorrência desses conflitos**. Em 3 de agosto de 1984, os três signatários do acordo anterior, juntamente com Bélgica, França, Itália, Japão e Países Baixos – compondo o conjunto de todos os países que tinham capitais investidos nos quatro consórcios então em operação – assinaram em Genebra o *Entendimento Provisório relativo a Assuntos dos Fundos Marinhos*¹⁷¹, com os mesmos objetivos. O Entendimento Provisório determinava a proibição de concessão de licenças ou autorizações em áreas que já houvessem sido objeto de licenças ou autorizações por qualquer das partes e o recurso à arbitragem comercial em caso de controvérsias.¹⁷²

Esses acordos consolidaram a formação de um sistema paralelo de regulamentação internacional da Área, que apenas formalmente proclamava sua conformidade às normas definidas na Convenção de Montego Bay, daí os acordos auto-intitularem-se “provisórios”. Japão e França, que se tornaram parte na Convenção de Montego Bay e, a partir de 1987, registraram-se como investidores pioneiros, compunham o elo de ligação entre os dois sistemas.¹⁷³

Os países em desenvolvimento não tardaram a reagir a essas iniciativas que contrariavam a letra e o espírito do regime definido na Parte XI da Convenção de Montego Bay. Em 1985, a Comissão Preparatória da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e do Tribunal Internacional do Direito do Mar declarou a exploração de recursos dos fundos marinhos e oceânicos internacionais fora do marco do regime convencional “inteiramente ilegal”. Essa decisão corrobora a tese do valor de *jus cogens* do regime da Convenção para a Área.¹⁷⁴

¹⁷¹ *Provisional Understanding regarding Deep Seabed Mining*. Entrou em vigor em 02 de setembro de 1984.

¹⁷² DUBS, Marne A. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁷³ DUBS, Marne A. *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁷⁴ LOS/PCN/72, at 2 (1985). Cf. DANILENKO, Gennady M. *Op. cit.*, loc. cit.

As tentativas de assegurar a universalidade da CNUDM no âmbito da Comissão Preparatória

Já durante os trabalhos da Comissão Preparatória, os países industrializados que se integraram à CNUDM começaram a buscar meios de alterar o regime jurídico definido na Parte XI da Convenção de Montego Bay antes mesmo de que ela entrasse em vigor. As negociações do “Código de Mineração”, o corpo de regras que iria regulamentar a prospecção, a exploração e a exploração dos nódulos polimetálicos na Área foram o principal meio através do qual os países industrializados com assento na Comissão Preparatória tentaram modificar o regime da Área em favor de seus interesses. Apesar disso, após quase dez anos de controversas negociações, quando se consolidou o projeto de Código de Mineração, as regras previstas permaneceram consentâneas com as normas estabelecidas na Convenção de Montego Bay.

Também durante a Comissão Preparatória surgiu a proposta de criação de um Comitê de Finanças da Autoridade, formulada pelos Estados da Comunidade Européia e pelo Japão em 1984. Nos termos da proposta nipo-européia, oito dos 15 membros do Comitê seriam eleitos entre os 15 Estados com maior contribuição para o orçamento da Autoridade, o que daria aos países industrializados maioria absoluta nas decisões desse Comitê, de modo que a proposta não recebeu o apoio dos países em desenvolvimento.¹⁷⁵

A Comissão Preparatória, no curso de seus trabalhos, efetuou, contudo, mudanças significativas no regime definido pela Resolução II para os investidores pioneiros, por meio de vários “entendimentos”, em sua maioria estabelecidos entre 1986 e 1987, sobre o cumprimento de obrigações pelos investidores pioneiros.¹⁷⁶ Esses

¹⁷⁵ PLATZÖDER, Renate. Substantive Changes in a Multilateral Treaty Before its Entry into Force: The Case of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. In: *European Journal of International Law*, Vol. 4, No. 3, 1993. pp. 390-417. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol4/No3/art5.html>> Acesso em: <03 abr. 2002>

¹⁷⁶ LODGE, Michael. *Op. cit.* pp. 9-10.

entendimentos atenuaram obrigações dos investidores pioneiros, como a de seus países patrocinadores se tornarem partes da Convenção em até seis meses após sua entrada em vigor e a de os investidores apresentarem planos de trabalho de exploração e exploração nesse mesmo prazo. Também por meio dos entendimentos, os países em desenvolvimento passaram a ter o prazo de até a entrada em vigor da CNUDM para efetuarem os gastos de US\$ 30 milhões necessários para serem considerados investidores pioneiros e se registrarem como tais, e os países socialistas da Europa Oriental tiveram a prerrogativa de registrarem como um investidor pioneiro um grupo composto por todos ou vários deles, ou de suas empresas estatais, até a entrada em vigor da Convenção. Esses entendimentos abriram caminho para se registrarem como investidores pioneiros: a) a República Popular da China, em 17 de dezembro de 1988, com suas atividades na Área realizadas pela COMRA (*China Ocean Minerals Research and Development Association*); b) a Organização Conjunta *Interoceanmetal*, integrada pela Bulgária, Cuba, Tchecoslováquia (posteriormente sucedida pela República Tcheca e pela Eslováquia), Polônia e URSS (posteriormente sucedida pela Rússia), em 21 de agosto de 1991; e c) da República da Coreia, em 02 de agosto de 1994, que atua na Área por meio da KADOM (*Korean Association of Deep-Ocean Mineral Development*).

Os entendimentos também buscaram acomodar os interesses dos investidores pioneiros, que agiam nos termos da Resolução II, e os dos investidores potenciais, que atuavam fora do marco da CNUDM, bem como os da Empresa e os dos países do G77. Nesse sentido, os entendimentos buscaram prevenir conflitos de concessão de áreas entre os investidores pioneiros e os investidores potenciais. Os entendimentos e acordos celebrados nesse contexto lograram a obtenção de um *modus vivendi* razoável entre os investidores pioneiros e os investidores potenciais.¹⁷⁷

¹⁷⁷ LODGE, Michael. *Op. cit.*, p. 23.

Esses entendimentos, considerados decisões nos termos do art. 308.5 da CNUDM que a Autoridade e seus órgãos devem respeitar, representaram, não obstante, uma importante derrogação do regime estabelecido pela CNUDM.

O “Diálogo” e a adoção do Acordo para a Implementação da Parte XI da CNUDM

Considerando que a ausência da grande maioria dos países capazes de promover a exploração e a exploração dos recursos da Área poderia comprometer a eficácia da Convenção, bem como considerando as mudanças políticas ocasionadas pelo fim da Guerra Fria e as alterações nas perspectivas de início do aproveitamento econômico dos recursos da Área, o Secretário Geral da ONU Javier Pérez de Cuéllar iniciou, em 1990, um processo de consultas oficiais com vistas a atrair os países desenvolvidos para a Convenção¹⁷⁸, de forma a garantir a participação universal na CNUDM. Esse processo foi batizado de “*Diálogo*”.

Vários fatores influenciaram na abertura das negociações informais que consubstanciaram o Diálogo. De um lado, o fim do conflito Leste-Oeste fortaleceu a posição relativa dos países desenvolvidos e seu enfoque essencialmente de livre iniciativa para o regime da Área. Não havia mais a visão alternativa do planejamento e do controle estatal do socialismo, e vários países em desenvolvimento começavam a desenvolver processos internos de liberalização econômica. Do outro lado, a ausência da grande maioria dos países desenvolvidos da CNUDM lançava a perspectiva sombria de que a eficácia da Convenção poderia ser irremediavelmente comprometida pela ausência de financiamento adequado. Finalmente, o aumento da produção terrestre dos minerais encontrados na Área, as quedas nos preços desses produtos, bem como, diante dessas alterações, as dificuldades em se desenvolverem tecnologias eficientes em termos de custos, adiaram para meados

¹⁷⁸ BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 522.

do século XXI as perspectivas de aproveitamento comercial dos nódulos polimetálicos. A combinação desses fatores enfraqueceu consideravelmente a posição dos países em desenvolvimento nas negociações sobre o regime da Área.

O Diálogo se iniciou com uma reunião informal com representantes permanentes de 18 países junto à ONU. No curso de uma primeira fase de seis reuniões entre 1990 e 1991, identificaram-se nove áreas críticas no texto da Convenção: (1) os custos; (2) a Empresa; (3) o processo decisório; (4) a Conferência de Revisão; (5) a transferência de tecnologia; (6) a limitação da produção; (7) o fundo de compensação; (8) os termos financeiros dos contratos; e (9) as considerações ambientais. No início de 1992, um primeiro resumo do processo consultas foi preparado pelo Secretariado da ONU, que se desenvolveu num *rolling text*.¹⁷⁹

Em 1992, com o novo Secretário-Geral Boutros Ghali, iniciou-se uma segunda fase de negociações, com a abertura do Diálogo a todas as partes interessadas. Durante essa fase, as questões ambientais foram retiradas das discussões, por se haver considerado que não mais representavam um ponto de controvérsias.

Em abril de 1993, os Estados Unidos anunciaram que iriam procurar ter um papel mais ativo no Diálogo. Até então, os EUA vinham se mantendo alheios às consultas informais. Não apenas a assunção do governo democrata de Bill Clinton, como também o fato de estar se aproximando o número de ratificações necessárias para a entrada em vigor da CNUDM contribuiu para a mudança de postura estadunidense.

Em 3 de agosto de 1993, elaborou-se o documento que ficou conhecido como *Boat Paper*. Esse documento foi submetido por representantes de vários países desenvolvidos e em desenvolvimento como uma contribuição para a solução das questões pen-

¹⁷⁹ A/48/950, pp. 3-4.

dentes, embora se considerasse que o *boat paper* não necessariamente refletia as posições das delegações que o apresentaram. O *boat paper* sugeria a adoção pela AGNU de uma resolução que contivesse como anexo um Acordo relativo à implementação da Parte XI da CNUDM.¹⁸⁰

Em 16 de novembro de 1993, finalmente a Convenção de Montego Bay recebeu a 60ª ratificação, condição necessária para sua entrada em vigor que, conforme o previsto no art. 308.1 da CNUDM, ficou programada para o dia 16 de novembro de 1994, 12 meses após. A grande maioria dos países desenvolvidos que detinham capitais e tecnologias para a exploração e exploração dos recursos da Área permanecia fora da convenção. A definição da entrada em vigor da CNUDM introduziu um senso de urgência nos integrantes do Diálogo, que buscaram implementar todas as modificações que entendiam necessárias ao texto da Convenção antes de sua entrada em vigor. Nesse contexto, o *boat paper* tornou-se a base das negociações, e, após 15 sessões de reuniões de consulta desde 1990, chegou-se a um consenso sobre a adoção de um Acordo para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, adotado pela Assembleia-Geral em 28 de julho de 1994¹⁸¹.

¹⁸⁰ A/48/950, pp. 5-6. PLATZÖDER, Renate. *Op. cit.*, loc. cit.

¹⁷¹ A/RES/48/263.

CAPÍTULO 7 – A ÁREA APÓS O ACORDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA PARTE XI

Patrimônio Comum da Humanidade: um princípio esvaziado

O exame do Acordo sobre a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar à luz do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade e do regime originalmente definido na Convenção de Montego Bay revela de maneira cândida que, após o Acordo de 1994, o conceito jurídico de patrimônio comum da humanidade, pelo menos em relação à Área, sofreu um grande abalo, um esvaziamento significativo que o aproximou em muito do antigo conceito de *res communis omnium* do Direito Romano.¹⁸²

Embora tanto a resolução da AGNU que adotou o Acordo quanto o próprio texto do Acordo de 1994 reafirmem que a Área constitui patrimônio comum da humanidade, as alterações efetivadas no texto original da Convenção de Montego Bay reduzem sensivelmente as conseqüências práticas desse conceito, em especial no que diz respeito às funções distributivas que cabiam à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, que praticamente deixaram de existir.¹⁸³ A Autoridade que, diretamente e por meio da Empresa, exerceria um papel preponderante na proteção e na utilização sustentável da Área e seus recursos, em benefício de toda a humanidade e em especial dos países em desenvolvimento, perdeu diversas prerrogativas e, por meio de mudanças no processo decisório, foi subordinada na prática aos interesses dos países desenvolvidos.

¹⁸² FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit., p. 141. FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina... cit.*, pp. 253, 267.

¹⁸³ FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina... cit.*, p. 285

A Empresa, por sua vez, restou virtualmente inviabilizada, tanto que, quase oito anos após a entrada em vigor da Convenção de Montego Bay, ainda não está funcionando. Os países em desenvolvimento perderam quase todos os mecanismos definidos na Convenção de Montego Bay para beneficiá-los.

Os argumentos em favor da adoção do Acordo de Implementação da Parte XI foram os de garantir a universalidade da Convenção de Montego Bay e os de adaptá-la às mudanças políticas e econômicas no cenário internacional com o fim da Guerra Fria, em especial o reforço da confiança em uma economia orientada para o mercado, que demandavam mudanças no regime originalmente fixado para a Área e seus recursos. Ocorre que o Acordo de Implementação da Parte XI, não simplesmente implementou a Parte XI, mas lhe impôs alterações substanciais que, em última análise, contradizem o princípio do patrimônio comum da humanidade que o Acordo alega promover.¹⁸⁴

Na esteira das modificações introduzidas pelo Acordo, o regime da Parte XI da CNUDM, que era efetivamente *mankind-oriented*, tornou-se essencialmente *market-oriented*, tendo restado à Autoridade uma função essencialmente reguladora e fiscalizadora da atuação dos Estados e dos consórcios privados na Área. O conceito de patrimônio comum da humanidade da Área deixou de ter grande parte de seu conteúdo de justiça distributiva para se assemelhar ao conceito de *res communis omnium*, que associa inapropriabilidade à livre utilização.

Um dos poucos avanços do Acordo de 1994 em relação aos princípios do patrimônio comum da humanidade foi o de ampliar a

¹⁷⁴ BROWN, E.D. The Legal Regime of Deep Seabed Mining: An Overview. In: *EEZ Technology*, Edition 04, fev./mar., 1999. (pp. 21-24) Disponível em: <<http://www.porttechnology.org/iczm/journals/eez.04/index.shtml>> Acesso em: <25 mai. 2002> p. 21. CLANCY, Erin A. The Tragedy of the Global Commons. In: *Indiana Journal of Legal Studies*. Spring 1998, Vol. 5, issue 2. Disponível em: <<http://ijgls.indiana.edu/archive/05/02/clancy.shtml>> Acesso em: <02 abr. 2002>.

ênfase nas questões ambientais dentro das competências da ISBA.¹⁸⁵ Ainda assim, o Acordo não incorporou grande parte dos avanços da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a RIO-92, como o conceito de desenvolvimento sustentável e o princípio da precaução.

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI modifica a Convenção de Montego Bay por duas maneiras distintas: ou revoga pura e simplesmente artigos da CNUDM e de seus Anexos; ou restringe a aplicabilidade de seus dispositivos.¹⁸⁶ As principais mudanças trazidas pelo Acordo de 1994 no regime jurídico dos fundos marinhos e oceânicos internacionais serão examinadas adiante.

O Acordo e a Convenção

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI estabeleceu que as normas do Acordo e as da Convenção devem ser aplicadas e interpretadas conjuntamente, como se ambos fossem um único e o mesmo instrumento. Em caso de conflitos, o Acordo estabelece a prevalência de suas normas sobre as normas da Convenção de Montego Bay.

Para permitir que o Acordo e a Convenção fossem interpretados e aplicados conjuntamente, o Acordo estabeleceu um mecanismo simplificado para garantir sua entrada em vigor, ainda que provisoriamente, na mesma data da entrada em vigor da Convenção de Montego Bay, 16 de novembro de 1994.

Ainda, como o Acordo e a Convenção deveriam ser aplicados e interpretados como um único instrumento, o Acordo estabeleceu que qualquer ratificação, confirmação formal ou adesão à CNUDM em data posterior à da adoção do Acordo de Implementação implicaria a vinculação também às regras do Acordo.

¹⁷⁵ FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina...* cit.. pp. 274-275.

¹⁷⁶ BARBOZA, Julio. *Op. cit.* pp. 526-527.

Conclui-se, mediante o exame desses dispositivos, que o Acordo sobre a Implementação da Parte XI da CNUDM representou efetivamente um instrumento esdrúxulo de emenda da Convenção de Montego Bay, elaborado por procedimentos totalmente alheios àqueles previstos no próprio texto convencional, que prosseguiu mesmo depois de a Convenção haver obtido o número de ratificações e adesões necessárias para sua entrada em vigor. Dessa maneira, ainda que cerca de 1/3 da sociedade internacional já houvesse manifestado seu consentimento a se vincular à Convenção de Montego Bay de acordo com os termos que haviam sido multilateralmente negociados e acordados após quase uma década da III Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, as negociações para alterar esses dispositivos e atender o interesse de alguns Estados que sequer haviam assinado a Convenção continuaram e acabaram se impondo aos demais, antes mesmo de decorrido o prazo de *vacatio* da CNUDM.

Convém ressaltar, a propósito, que o Acordo sobre a Implementação da Parte XI suprimiu a previsão existente no art. 155 da CNUDM de uma Conferência de Revisão 15 anos após o início da primeira produção comercial da Área, para avaliar os resultados da implementação dos objetivos da Convenção de Montego Bay e proceder às alterações que se julgassem convenientes, assegurada a manutenção dos princípios básicos do regime de patrimônio comum da humanidade da Área. O Acordo de 1994 passou a prever apenas que a Assembléia, sob recomendação do Conselho, poderá a qualquer tempo efetuar uma revisão das matérias que seriam examinadas na Conferência de Revisão. Com isso, os países desenvolvidos procuraram impedir que a futura Conferência derrubasse as alterações definidas pelo Acordo de 1994, uma vez que, no Conselho da ISBA, podem bloquear qualquer tentativa nesse sentido. Realizada a revisão que convinha aos países desenvolvidos detentores do capital e da tecnologia para as atividades na Área, não havia, do ponto de vista dos interesses que predominaram no Acordo de 1994, razões para novas revisões.

Os mecanismos de vigência simplificada e provisória

Como já mais de 60 Estados haviam se vinculado à CNUDM, o Acordo de 1994 definiu um procedimento simplificado para sua vinculação também ao Acordo. Nos termos do art. 5 do Acordo, os Estados que já estivessem vinculados à CNUDM seriam considerados automaticamente vinculados ao Acordo no prazo de 12 meses, salvo manifestação em contrário, por meio de notificação por escrito ao SGNU, depositário do Acordo. Esse mecanismo de ratificação tácita ou por decurso de prazo constituiu outro procedimento heterodoxo em DIP, destinando-se a facilitar a imposição do Acordo aos Estados que já haviam ratificado a CNUDM, a grande maioria dos quais países em desenvolvimentos prejudicados com os termos do Acordo.¹⁸⁷

Os requisitos para a entrada em vigor do Acordo de 1994 demonstram de modo cristalino a quem o Acordo realmente interessava. Estabeleceu-se a entrada em vigor do Acordo 30 dias após a 40ª manifestação de consentimento a ser vinculado (que incluía as “ratificações tácitas”), desde que entre os 40 Estados que manifestassem esse consentimento estivessem pelo menos sete Estados investidores pioneiros, pelo menos cinco dos quais Estados desenvolvidos.

Para garantir que a CNUDM não seria aplicada independentemente de suas normas, o Acordo de Implementação estabeleceu ainda sua vigência provisória a partir de 16 de novembro de 1994 e até sua entrada em vigor definitiva, para o caso de não haver entrado em vigor antes daquela data, como efetivamente ocorreu. O Acordo sobre a Implementação da Parte XI entrou em vigor apenas em 28 de julho de 1996.

Esse mecanismo de aplicação provisória poderia ser utilizado por Estados que houvessem apoiado a adoção da resolução da AGNU sobre o Acordo, por Estados que houvessem assinado o Acordo ou a ele aderido ou mesmo para os Estados que notificassem ao SGNU

¹⁸⁷ FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina...* cit., p. 256.

o consentimento a essa aplicação provisória. Mais uma vez, previu-se o consentimento tácito dos Estados que houvessem apoiado a adoção da resolução da AGNU ou assinado o Acordo, salvo se notificassem disposição em contrário ao SGNU.

Por esse mecanismo de aplicação provisória, Estados que não fossem partes quer da Convenção, quer do Acordo, poderiam participar do regime da Área e até mesmo participarem provisoriamente da Autoridade, com todos os direitos e obrigações de um membro pleno, nos termos do art. 12, da Seção 1 do Anexo do Acordo de 1994.

Essa participação provisória teria duração até 16 de novembro de 1996 ou até o Acordo entrar em vigor para o “membro provisório”, o que ocorresse mais cedo. No caso de o Acordo haver entrado em vigor antes dessa data, o “membro provisório” da Autoridade poderia solicitar ao Conselho a extensão de sua participação, desde que provasse a disposição de vincular-se de boa fé à Convenção e ao Acordo, por um prazo que não poderia exceder a 16 de novembro de 1998.

Dessa forma, por mais esse artifício do Acordo de 1994, Estados que até hoje não são membros da Convenção e do Acordo, mas estavam aplicando-o provisoriamente, como os Estados Unidos e o Canadá, puderam participar do funcionamento da Autoridade, tomar assento na Assembléia, no Conselho, na Comissão Jurídica e Técnica e no Comitê de Finanças e fazer valer seus interesses na organização até 16 de novembro de 1998, em igualdade de condições com os membros efetivos da Autoridade.¹⁷⁸

O enfraquecimento da Autoridade

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI representou um enfraquecimento do papel da Autoridade no regime dos fundos

¹⁷⁸ BARBOZA, Julio. *Op. cit.*, p. 527.

marinhos e oceânicos internacionais por diversos meios, em especial o fortalecimento do papel dos países desenvolvidos em seu processo decisório e a redução de suas competências.

O Acordo de 1994 estabeleceu o consenso como regra geral para as decisões de todos os órgãos da Autoridade. Apenas quando for impossível o consenso, poderá ocorrer decisão por maioria. Na Assembléia, tem-se a maioria simples para questões de forma e a maioria qualificada de 2/3 para questões de fundo. No Conselho, as decisões para questões de forma também se dão por maioria simples, ao passo que, as decisões para as questões de fundo para as quais a própria Convenção de Montego Bay não haja exigido o consenso serão tomadas por maioria qualificada de 2/3, *desde que essas decisões não sejam opostas pela maioria de uma das câmaras* do Conselho, estabelecidas no parágrafo 9 da Seção 3 do Anexo do Acordo de 1994.

O Acordo de 1994 estabeleceu duas câmaras no Conselho, que tornaram ainda mais complexa sua estrutura de composição e decisão. O Acordo também introduziu algumas alterações nos critérios de composição dos grupos de interesses no Conselho, como se pode observar a seguir.

A primeira câmara compõe-se:

- a) dos 18 membros eleitos para o Conselho de acordo com o critério de representação geográfica; e
- b) dos 6 membros eleitos entre os países em desenvolvimento com interesses especiais.

A segunda câmara é formada:

- a) pelos 4 membros eleitos entre os Estados-partes maiores consumidores ou importadores líquidos dos minerais encontrados na Área, mantido o critério de 2% do consumo ou importação mundial nos últimos 5 anos para os quais se disponha de estatísticas,

inclusive o país da Europa Oriental de maior economia em termos de PNB e o país de maior economia, à época da entrada em vigor da Convenção, em termos de PNB¹⁷⁹;

b) pelos 4 membros eleitos entre os oito Estados-partes com maiores investimentos na Área; e

c) pelos 4 membros eleitos entre os maiores exportadores líquidos dos minerais encontrados na Área, inclusive 2 países em desenvolvimento cujas economias dependam substancialmente dessas exportações.

O Acordo de 1994 concedeu, na prática, um direito de veto às câmaras do Conselho, que poderão bloquear a adoção de qualquer decisão de fundo para a qual a CNUDM não exija consenso.¹⁹⁰ Sequer houve a preocupação de definir duas câmaras com o mesmo número de membros. A câmara em que predominam os países em desenvolvimento tem 24 membros, enquanto aquela em que os países desenvolvidos são maioria tem apenas 12 membros. Dessa maneira, decisões que afetam o patrimônio comum de toda a humanidade podem ser bloqueadas pela vontade de apenas sete Estados-membros da ISBA. Deve-se observar que as duas câmaras têm

¹⁷⁹ Ou seja, garante-se por via oblíqua, assento permanente no Conselho da ISBA para Rússia e, se estes vierem a integrar nova e definitivamente a Autoridade, os Estados Unidos. A Convenção de Montego Bay já havia previsto essa categoria velada de membros permanentes. No entanto, pelo texto original do art. 161.1. a) da Convenção, havia pelo menos uma possibilidade formal de rotatividade, uma vez que se assegurava assento em qualquer caso ao *maior consumidor*, qualidade que pode, em princípio, ser modificada. As alterações do Acordo de 1994 (Acordo, Anexo, seção 3, par.15, *a)*) definiram a participação em qualquer caso do Estado, na data de entrada em vigor da Convenção, com a maior economia mundial em termos de PNB, se este desejar ser representado no grupo de interesse. Congelou-se a base temporal do critério econômico, o que não ocorreu em relação ao Estado da Europa Oriental de maior economia em termos de PNB, que a Rússia tem pelo menos a possibilidade de vir a perder no futuro. Dessa forma, os EUA, em integrando a Convenção, terão direito a assento permanente no Conselho da ISBA, o que atualmente cabe à Alemanha. Membros permanentes, veto: após o Acordo de 1994 o Conselho da ISBA não deixou nada a dever ao Conselho de Segurança das Nações Unidas.

¹⁸⁰ BARBOZA, Julio. *Op. cit.* pp. 527-528. FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 138.

a possibilidade de bloquear decisões do Conselho, mas a Câmara de 24 membros necessitaria de maior número de votos (13) para conseguir maioria. Os riscos de paralisação do Conselho em virtude dessa nova disciplina não devem ser negligenciados.

Estreitamente associado ao fortalecimento da posição dos países desenvolvidos no âmbito do Conselho está o fortalecimento dos poderes do Conselho em detrimento dos da Assembléia, também introduzido pelo Acordo sobre a Implementação da Parte XI da CNUDM. Nos termos do Acordo, em matérias em que o Conselho também tenha competência, bem como em quaisquer matérias de natureza administrativa, orçamentária ou financeira, a Assembléia só pode decidir baseada em recomendações do Conselho. O caráter da Assembléia de órgão supremo da Autoridade torna-se ainda mais letra morta, uma vez que ela se reduziu praticamente a cancelar decisões tomadas pelo Conselho.

As competências da Assembléia em termos da adoção da política geral da Autoridade foram esvaziadas, uma vez que muitos de seus aspectos da política geral da ISBA se relacionam com matérias de competência específica do Conselho, de maneira que a Assembléia não pode mais decidir sem a recomendação desse órgão. Ainda, conforme a Convenção de Montego Bay, as decisões sobre a elaboração do orçamento da ISBA, as contribuições financeiras de seus membros e as políticas de assistência a países em desenvolvimento cabiam à Assembléia. Com o Acordo de 1994, quaisquer matérias de caráter administrativo, orçamentário ou financeiro deverão se dar mediante recomendações do Conselho.¹⁹¹

O Acordo de 1994 extinguiu a Comissão de Planejamento Econômico, que de resto haveria perdido quase todas as suas funções pelas mudanças introduzidas pelo Acordo, e determinou a absorção de suas funções restantes pela Comissão Jurídica e Técnica. Por outro lado o Acordo determinou a criação de um Comitê de

¹⁹¹ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. pp. 139-140.

Finanças, em termos semelhantes ao que havia sido proposto durante os trabalhos da Comissão Preparatória. Composto de 15 membros eleitos segundo os critérios geográficos e de interesses, o Comitê de Finanças representantes dos 5 maiores contribuintes para o orçamento administrativo da Autoridade até que esta disponha de outras fontes de financiamento para suas despesas. Dessa forma, os Estados desenvolvidos garantiram a curto e médio prazo, maioria absoluta no Comitê de Finanças.¹⁹²

A criação do Comitê de Finanças pelo Acordo de 1994 deu-se simultaneamente a uma série de alterações que reduziram a autonomia financeira da Autoridade.

O Acordo de Implementação proibiu a ISBA de contrair empréstimos, o que era permitido expressamente pelo art. 174 da Convenção de Montego Bay.¹⁹³ Além disso, o Acordo efetuou uma série de alterações nas disposições financeiras dos contratos em benefício dos contratantes e em detrimento da Autoridade. Pela disciplina do art. 13 do Anexo III da Convenção de Montego Bay, os contratantes que pretendessem explorar e explorar recursos da Área deveriam efetuar um pagamento inicial à ISBA de US\$ 500 mil, responder por uma taxa anual de US\$ 1 milhão e ainda pagarem uma contribuição financeira à Autoridade paga sob a forma de um “imposto” anual sobre a produção mineral extraída da Área ou sob a forma de uma combinação entre o “imposto” e a participação da Autoridade nos lucros das operações. Após o Acordo de 1994, esses contratantes têm apenas a obrigação do pagamento de um valor inicial de US\$ 250 mil, cabendo ao Conselho adotar um procedimento simplificado de recebimento pela Autoridade de *royalties* ou participação nos lucros da exploração.

¹⁹² BARBOZA, Julio. *Op. cit.* p. 529. FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 141.

¹⁹³ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 142.

Política de Produção e de Assistência Econômica

Em relação às funções distributivas que estavam na base da política de produção da Autoridade, o Acordo sobre a Implementação da Parte XI representou um golpe quase fatal. A Autoridade não mais poderá exercer qualquer espécie de política comercial de limitação ou controle da produção mineral da Área. A política comercial da Autoridade deverá ser regida por bases comerciais saudáveis, de acordo com os princípios do GATT (agora OMC), inclusive a proibição de subsidização e de discriminação entre os minerais produzidos na Área e fora dela. O Acordo tornou sem efeito as disposições do art. 151 e do Anexo 3 da CNUDM sobre o tema.

Para beneficiar os países em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais encontrados na Área, restou o mecanismo do fundo de assistência econômica. Mesmo assim, essa assistência econômica foi severamente restringida. Pelo Acordo de 1994, o fundo de assistência econômica passou a ser constituído apenas pelos recursos da Autoridade que excedam seu orçamento administrativo, dentro dos limites fixados pelo Comitê de Finanças. O Acordo também determina que apenas recursos recebidos de contratantes, inclusive a Empresa, e contribuições voluntárias poderão compor o fundo, de maneira que a Autoridade não poderá utilizar recursos provenientes das contribuições regulares dos Estados-membros para compor o fundo. Finalmente, a concessão da assistência econômica aos países em desenvolvimento produtores terrestres dos minerais da Área será decidida caso a caso pelo Conselho, sob recomendação do Comitê de Finanças, que analisará o pedido de acordo com as condições do orçamento da ISBA.¹⁸⁴

Em vistas dessas disposições, o princípio de utilização dos recursos da Área em benefício da humanidade e em especial dos

¹⁸⁴ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. loc. cit.

países em desenvolvimento quase desaparece, pois os países em desenvolvimento prejudicados com a exploração da Área terão de contar com a existência de um superávit orçamentário da Autoridade, além da boa vontade dos membros do Conselho e do Comitê de Finanças para receberem auxílio.

O enfraquecimento da Empresa

O Acordo sobre a Implementação da Parte XI também introduziu mudanças significativas no regime jurídico-internacional da Empresa, cuja viabilidade operacional ficou bem mais dificultada. A Empresa perdeu quase todas as prerrogativas definidas na Convenção de Montego Bay para garantir sua entrada em funcionamento, a qual, nos termos do Acordo de 1994, dependerá de uma diretiva específica do Conselho da ISBA¹⁸⁵, dominado pelos países desenvolvidos.

Nos termos do Acordo de 1994, o Secretariado da ISBA exercerá as funções preliminares da Empresa até que ela passe a funcionar de modo independente. Essas funções, definidas no parágrafo 1 da Seção 2 do Anexo do Acordo, constituem basicamente estudo e monitoramento de atividades relacionadas à exploração e exploração dos recursos da Área, bem como às questões ambientais, às pesquisas científicas e aos avanços tecnológicos relacionados a essas atividades.

O Acordo estabelece que, ao iniciar seu funcionamento efetivo, a Empresa passará a agir independentemente da Autoridade, submetendo-se aos mesmos direitos e obrigações dos demais contratantes, como a necessidade de celebração de contrato com a Autoridade e os pagamentos respectivos. A Empresa passará, assim, a funcionar independentemente dos órgãos políticos e do próprio Secretariado da Autoridade, segundo critérios estritamente

¹⁸⁵ LODGE, Michael. *Op. cit.* p. 4, nota 11.

comerciais.¹⁹⁶ Ao estabelecer a igualdade de tratamento entre a Empresa e os demais contratantes, o Acordo de 1994 eliminou os privilégios que garantiriam a entrada em operação da Empresa.

Nos termos do Acordo, os Estados-partes da Autoridade não têm mais o dever de financiar uma área de mineração para a Empresa, como determinara o art.11.3 do Anexo IV da CNUDM. O dever da transferência de tecnologia dos demais contratantes para a Empresa e os países em desenvolvimento, que tantas controvérsias gerou no seio da III UNCLOS, também foi eliminado. Revogada a cláusula Brasil, o Acordo de 1994 estabeleceu que a Empresa e os países em desenvolvimentos devem procurar obter, no mercado ou por meio de *joint ventures*, a tecnologia para as atividades nos fundos marinhos e oceânicos, em bases comerciais justas e razoáveis.¹⁹⁷ Para o caso de insucesso dessa obtenção no mercado, o Acordo estabelece apenas o dever genérico de os Estados-partes e os contratantes por eles patrocinados cooperarem com a Empresa e os países em desenvolvimento para a aquisição dessa tecnologia, ainda em bases comerciais justas e razoáveis e com respeito pleno aos direitos de propriedade intelectual.

As disposições do Acordo de 1994 parecem haver determinado a autonomia da Empresa em relação à Autoridade para subordiná-la aos contratantes que exerçam atividades na Área. Nos termos do Acordo para a Implementação da Parte XI, a Empresa deverá conduzir suas operações iniciais de mineração por meio de *joint ventures*, que dependerão, naturalmente, da disposição dos outros contratantes de atividades na Área cooperarem com a Empresa. O próprio Acordo prevê que os contratantes que houverem, nos termos do *banking system*, reservado uma área para a Autoridade, têm o direito de primeira recusa a estabelecerem *joint ventures* com a Empresa para a exploração e a exploração dessa área reservada. Se

¹⁹⁶ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 139.

¹⁹⁷ BARBOZA, Julio. *Op. cit.* p. 528. FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 143. FIORATI, Jete Jane. *A Disciplina...* cit. pp. 280-281.

a Empresa não submeter um plano de trabalho para essa área reservada dentro de 15 anos de seu funcionamento efetivo ou 15 anos após a reserva da área, o que ocorrer mais tarde, o contratante poderá submeter um plano de trabalho para essa área reservada, desde ofereça de boa fé incluir a Empresa como parceira em uma *joint-venture* para essa área.

Dessa maneira, a Empresa resta sem acesso garantido quer ao capital, quer à tecnologia necessários ao seu funcionamento¹⁹⁸, bem como na dependência dos contratantes estatais ou particulares para poder se tornar uma realidade efetiva.

¹⁸⁸ FIORATI, Jete Jane. A Convenção... cit. p. 144.

**PARTE III – OS NOVOS DESENVOLVIMENTOS
DO DIREITO DOS FUNDOS MARINHOS
INTERNACIONAIS**



CAPÍTULO 8 – A IMPLANTAÇÃO DA AUTORIDADE

Sede, Estatuto Jurídico, Relacionamento com a ONU

Formalmente, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos começou a existir em 16 de novembro de 1994, com a entrada em vigor da Convenção de Montego Bay. A ISBA só se tornou completamente operacional, contudo, em junho de 1996, quando, em obediência ao art.156.4 da CNUDM que definia a Jamaica como seu Estado-de-sede, assumiu os prédios e instalações que pertenciam ao Escritório das Nações Unidas para o Direito do Mar, na capital Kingston. As reuniões anuais da Autoridade, por sua vez, realizam-se no Centro de Conferências da Jamaica, no centro de Kingston. A ISBA e o governo da Jamaica celebraram acordo de sede em 26 de agosto de 1999, com 54 artigos que regulam as instalações e o funcionamento da ISBA no país-hospedeiro, bem como os privilégios e imunidades da Autoridade, de seu pessoal, de seu patrimônio e dos representantes permanentes de seus Estados-membros.

O *Protocolo sobre Privilégios e Imunidades da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos* foi aprovado pela Assembléia e aberto à assinatura em 17 de agosto de 1998.¹⁸⁹ O Protocolo define os privilégios e imunidades da Autoridade e seus órgãos, dos representantes dos Estados-partes da Autoridade e dos funcionários e peritos da Autoridade em missão. Embora ressalte a diferença na base convencional dos privilégios e imunidades da Autoridade, prescritos na seção 4, subseção G Parte XI da CNUDM (arts. 176 a 183), e da Empresa, definidos no art. 13 do Anexo IV da CNUDM, o Protocolo dispõe de modo uniforme sobre os privilégios e imunidades de ambos, baseado em ser a Empresa um órgão da ISBA.

¹⁸⁹ ISBA/4/A/8, Anexo.

Uma das primeiras decisões do Conselho da Autoridade foi a de solicitar ao Secretário-Geral da ISBA a conclusão de um acordo de relacionamento dessa organização com as Nações Unidas, pela resolução ISBA/C/10, de 10 de agosto de 1996. Em 24 de outubro, a Assembléia-Geral da ONU convidou a ISBA para participar de suas deliberações com *status* de observadora.²⁰⁰ Em outra decisão, de 9 de dezembro, a AGNU requisitou ao SGNU providências no sentido de que concluir acordo de relacionamento entre a ONU e a ISBA, a ser provisoriamente aplicado até sua aprovação pela AGNU e pela Assembléia da ISBA.²⁰¹ Nesse sentido, o Secretário-Geral da ONU e o Secretário-Geral da Autoridade assinaram, em 14 de março de 1997, o *Acordo concernente ao relacionamento entre as Nações Unidas e a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos*.²⁰² Esse acordo reconhece a qualidade da ISBA como uma organização internacional autônoma diante das Nações Unidas e estabelece uma série de mecanismos de cooperação entre as duas organizações, como a representação recíproca, a realização de consultas periódicas entre os dois secretariados e o intercâmbio de dados, informações e documentos.

O Secretário-Geral

O primeiro Secretário-Geral da Autoridade, eleito em março de 1996, foi o Embaixador Satya Nandan, de Fiji, personalidade de relevo no processo de criação do novo Direito do Mar. Nandan chefiou a delegação de Fiji no Comitê dos Fundos Marinhos (1970-1973) e na III UNCLOS III (1973-1982), no âmbito a qual teve papel ativo, tendo servido como Relator do Segundo Comitê, presidente dos grupos de trabalho sobre Zona Econômica Exclusiva,

¹⁹⁰ A/RES/51/6.

¹⁹¹ A/RES/51/34.

¹⁹² *Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Seabed Authority*, aprovado pela Assembléia da ISBA em 27 de março de 1997 (ISBA/3/A/3) e pela AGNU em 26 de novembro de 1997 (A/RES/52/27).

Delimitação de Fronteiras Marítimas e Alto-Mar, co-presidente do grupo informal sobre passagem em trânsito por estreitos e presidente o Grupo Negociador 4 sobre a participação de Estados sem litoral e Estados geograficamente desfavorecidos na exploração dos recursos vivos das ZEEs. Especificamente em relação aos fundos marinhos e oceânicos internacionais, cabe salientar que o Embaixador Nandan presidiu um grupo informal sobre a política de produção dos minérios da Área.

Após a conclusão da Convenção de Montego Bay, o Embaixador Satya Nandan serviu como Subsecretário-Geral das Nações Unidas e Representante Especial do Secretário-Geral para o Direito do Mar, de 1983 a 1992, tendo chefiado o Escritório das Nações Unidas para Assuntos Oceânicos e Direito do Mar e secretariado a Comissão Preparatória.

Na qualidade de Subsecretário-Geral das Nações Unidas e Representante Especial do Secretário-Geral para o Direito do Mar, Nandan iniciou, em nome do Secretário-Geral da ONU, o “Diálogo” sobre a Parte XI da CNUDM, tendo presidido, na qualidade de representante de Fiji, o *Boat Paper Group* que negociou o Acordo para a Implementação da Parte XI da Convenção de Montego Bay.

Em março de 2000, na sexta sessão da ISBA, o SG Satya Nandan foi reeleito para mais um mandato de quatro anos à frente do Secretariado da Autoridade.

Os primeiros temas substanciais

A definição das regras para a prospecção e a exploração dos nódulos polimetálicos na Área representou o primeiro tema substancial de que se ocupou a Autoridade uma vez devidamente operacional. As negociações sobre o tema se prolongaram por quatro anos, encerrando-se apenas em julho de 2000. A partir de 1998, mediante solicitação da Rússia, a Autoridade passou a estudar e

discutir o regime jurídico para outros recursos minerais da Área, especialmente os sulfures polimetálicos e as crostas de ferromangânês ricas em cobalto. Mais recentemente, as questões da biodiversidade da Área e da pesquisa científica marinha a ela relacionada, por sua indissociabilidade das questões dos recursos não-vivos passaram a integrar as preocupações da ISBA.

Essas matérias serão examinadas nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 9 – O REGULAMENTO PARA A PROSPECÇÃO E A EXPLORAÇÃO DOS NÓDULOS POLIMETÁLICOS NA ÁREA

O projeto de “Código de Mineração” da Comissão Preparatória

Conforme visto anteriormente, o Anexo III da CNUDM já dispunha sobre as condições básicas para a prospecção, a exploração e a exploração dos minerais da Área, com base nos termos definidos pelo art. 153 da Convenção. Nesses dispositivos já se continham as distinções básicas entre o regime das atividades de prospecção e o das atividades de exploração e exploração, essas últimas exercidas com direitos de exclusividade e dependentes do vínculo com um Estado patrocinador e da aprovação de um plano de trabalho pela Autoridade, do sistema de reserva de áreas para a Autoridade, e da celebração de um contrato de exploração e exploração.

Na esteira desses dispositivos, a Comissão Especial nº 3 da Comissão Preparatória da Autoridade e do Tribunal encarregou-se da regulamentação dessas atividades na Área, pelo que ficou conhecido como o “Código de Mineração”. O trabalho da Comissão Especial resultou em um esboço de Regulamento de 166 artigos, elaborados entre 1984 e 1993, sob a forma de *working papers*.²⁰³

O advento do Acordo para a Implementação da Parte XI da CNUDM, como também já examinado, introduziu alterações profundas na normativa do Anexo III da Convenção, de maneira que boa parte dos dispositivos do projeto de “Código de Mineração”, calcados no regime original da Convenção de Montego Bay,

²⁰³ LODGE, Michael. *Op. cit.*, p. 10, nota 51. Cf. LOS/PCN/153 (Vol. XIII).

restaram obsoletos ante o novo marco jurídico das atividades na Área.

Uma vez implantada, a Autoridade houve por bem dar início às negociações de um novo projeto de *Regulamento para a Prospecção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos na Área*, adaptado às provisões do Acordo de 1994, ainda que inspirado no trabalho da Comissão Preparatória em muitos aspectos nos quais o Acordo não havia introduzido alterações.

As negociações do Regulamento

Em março de 1997, a Comissão Jurídica e Técnica da Autoridade começou a trabalhar na elaboração do regulamento, com base em um esboço preparado pelo Secretariado, de acordo com as provisões do Acordo e parcialmente inspirado no trabalho da Comissão Preparatória. Ao contrário do projeto da Comissão Preparatória, o projeto da CJT não regulamentava a exploração dos nódulos, o que refletia as mudanças de perspectivas do aproveitamento econômico de seus recursos. Por outro lado, reforçou-se a presença de dispositivos sobre a proteção do meio marinho em relação às atividades na Área, em demonstração do crescimento das preocupações ambientais da sociedade internacional nos anos 1990.²⁰⁴

Em março de 1998, o Conselho passou a tratar do projeto de regulamento apresentado pela CJT, por meio de um debate geral aberto aos membros do Conselho e observadores.²⁰⁵ A proteção ambiental e o sigilo dos dados e informações representaram os principais itens de divergência nas negociações do regulamento no âmbito do Conselho.

Havia grande oposição por parte de países mais vinculados aos interesses dos investidores pioneiros e dos investidores poten-

¹⁹⁴ LODGE, Michael. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁹⁵ LODGE, Michael. *Op. cit.*, p. 12.

ciais à proposta dos Países Baixos de se consagrar o princípio da precaução para as atividades na Área, bem como à proposta chilena, com o apoio do GRULAC, de exigir “garantias ambientais” dos contratantes e de estender sua responsabilidade aos danos ambientais havidos após a fase de exploração.²⁰⁶

A respeito do sigilo de dados e informações, confrontaram-se as posições de alguns Estados mineradores, que pleiteavam ampla autonomia das empresas quanto à definição do caráter confidencial dos dados e informações e manutenção indefinida do sigilo, e as posições da maior parte dos Estados membros da ISBA que pretendiam ao menos impor limites razoáveis a esse sigilo.

Aparadas as últimas arestas das negociações, o texto final do Regulamento para a Prospecção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos na Área foi adotado pelo Conselho, por consenso, em 13 de julho de 2000, na continuação da sexta sessão da ISBA²⁰⁷, tendo sido aprovado sem alterações pela Assembléia na mesma data²⁰⁸.

O Regulamento compõe-se de 40 regras, divididas em nove partes, e quatro anexos. As nove partes do Regulamento disciplinam as atividades de prospecção e exploração dos nódulos, a proteção e a preservação do meio marinho na condução dessas atividades e a proteção do sigilo dos dados e informações, a solução de controvérsias e os procedimentos em caso de localização de recursos minerais que não sejam os nódulos ou de objetos culturais ou arqueológicos. Os Anexos 1 e 2 trazem os formulários utilizados para notificar a Autoridade da intenção de conduzir atividades de prospecção e para apresentar um plano de trabalho de exploração. O Anexo 3 traz um contrato-padrão de exploração. Finalmente, o Anexo 4 contém as condições gerais do contrato de exploração.

¹⁹⁶ LODGE, Michael. *Op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹⁷ ISBA/6/C/12.

¹⁹⁸ ISBA/6/A/18. *Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*.

Definições

O preâmbulo do Regulamento reafirma que os recursos da Área são Patrimônio Comum da Humanidade e que atividades econômicas na Área devem beneficiar a humanidade como um todo. O preâmbulo também define o escopo do código, que se limita à prospecção e exploração de nódulos polimetálicos na Área.

A primeira parte do Regulamento contém uma série de definições fundamentais, que não constavam da CNUDM. Os nódulos polimetálicos são definidos como os recursos da Área que consistem de depósitos ou acúmulos de nódulos, sobre ou imediatamente abaixo da superfície dos fundos marinhos e oceânicos, que contêm manganês, níquel, cobalto e cobre.

O Regulamento também esclarece as distinções entre as três fases da mineração dos nódulos:

a) **prospecção**: a busca por depósitos de nódulos polimetálicos na Área, o que inclui a avaliação da composição, do tamanho e da distribuição dos nódulos, sem direitos exclusivos sobre as áreas pesquisadas;

b) **exploração**²⁰⁹: a busca de depósitos de nódulos polimetálicos na Área, com direitos exclusivos; análise desses depósitos, condução de testes de coleta, transporte, beneficiamento, bem como de estudos ambientais, técnicos, econômicos, comerciais e outros relevantes à atividade de exploração;

c) **aproveitamento** ou **exploração**: a lavra para fins comerciais de nódulos polimetálicos dos fundos marinhos. Embora a definição de exploração conste do Regulamento, o regime dessa atividade não foi objeto de suas normas.

¹⁹⁹ O termo “exploração” pode dar margem a interpretações equivocadas, em português, devido a seu duplo significado. Nos textos jurídicos relativos aos recursos da Área, o termo “exploração” não é sinônimo de aproveitamento econômico ou exploração; significa apenas levantamento ou pesquisa.

Em que pese o esforço do Regulamento para esclarecer as distintas atividades relativas da Área, Michael Lodge observa que não há uma distinção clara entre a atividade de prospecção e a de investigação científica marinha na Área que, nos termos dos artigos 87, 143 e 256 da CNUDM, é livre para todos os Estados, sem que a Autoridade haja recebido competências regulatórias claras sobre a matéria. Dessa forma é possível que as atividades de prospecção menos invasivas sejam conduzidas sob o manto da pesquisa científica.²¹⁰

Prospecção

O Regulamento estabelece que a prospecção deverá realizar-se em conformidade com as normas da UNCLOS e só poderá ter início após registro da notificação de prospecção pelo Secretário Geral da ISBA.

A prospecção não confere direito algum sobre os recursos, mas permite a extração de minerais para testes. Os indivíduos ou entidades que desejam realizar uma prospecção deverão notificar a Autoridade. A notificação deverá incluir, *inter alia*, o compromisso de que os interessados cumprirão os dispositivos da Convenção e respeitarão as outras normas referentes à cooperação em programas de capacitação, bem como as relativas à proteção e preservação do meio ambiente marinho.

A notificação deverá conter as coordenadas da área ou áreas em que se realizarão as pesquisas e uma descrição geral do programa de prospecção, com data de início das atividades e duração aproximada. Cabe ao Secretário Geral da Autoridade examinar a notificação e recusar projetos situados em áreas em que já existam planos de exploração (ou, no futuro, exploração) de qualquer tipo de recurso, em área reservada para a Autoridade ou em região em que o Conselho tenha proibido tais atividades por considerar que existem riscos de danos graves ao meio ambiente marinho.

²⁰⁰ LODGE, Michael. *Op. cit.*, pp. 15-16.

O Secretário Geral informará, periodicamente, a todos os membros da Autoridade a identidade dos prospectores e as áreas em que se realizam as pesquisas sem, no entanto, revelar os pormenores da operação, salvo autorização da entidade responsável pela pesquisa.

O prospector compromete-se a notificar, imediatamente, ao Secretário Geral da ISBA, a ocorrência de acidente relacionado à prospecção e que provoque grave dano ao meio ambiente. O prospector deverá apresentar relatório anual ao SG contendo uma descrição geral da pesquisa e os resultados obtidos.

Não existe limitação de tempo para as atividades de prospecção. O prospector não detém direitos de exclusividade sobre a região em que desenvolve suas atividades, que somente poderá obter mediante contrato de exploração. Dessa forma, dois ou mais prospectores podem atuar numa mesma região da Área.²¹¹ A única obrigação do Secretariado da Autoridade é a de, antes de efetuar o registro da notificação, informar ao prospector a eventual existência de outro prospector com atuação na região pretendida, para o caso de o notificante pretender retirar ou modificar seu pedido de registro.

A possibilidade de que as atividades de prospecção dos nódulos polimetálicos na Área sejam exercidas fora do controle da ISBA sob o marco da pesquisa científica marinha, dada a falta de distinção conceitual clara nesse aspecto, importa em maiores riscos do ponto de vista da preservação ambiental, uma vez que a pesquisa científica marinha está submetida apenas as garantias ambientais gerais previstas no art. 240(d) e na Parte XII da CNUDM, mas não àquelas do Regulamento, que incluem a possibilidade de negação do registro da notificação de prospecção em caso de risco de dano grave ao meio marinho.

²⁰¹ ARTIGAS, Carmem. *Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación*. Santiago de Chile: CEPAL, 2001. p.10. LODGE, Michael. *Op. cit.* loc. cit.

Exploração

A Parte III do Regulamento para a Prospeção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos determina quem pode submeter um projeto de exploração, o conteúdo dos projetos, as taxas cobradas e os critérios de avaliação dos mesmos.

Podem submeter projetos de exploração à Autoridade:

a) A Empresa, isoladamente ou em cooperação com outra entidade – Nesse item, o Regulamento apresentou uma evolução em relação ao Acordo de Implementação da Parte XI, que só permitiu à Empresa exercer atividades de mineração na Área mediante *joint ventures*.²¹² Nos termos do Regulamento, ficou claro que, nas fases anteriores à da exploração, a Empresa pode agir isoladamente;

b) Estados-partes, empresas estatais, pessoas jurídicas ou físicas que possuam a nacionalidade do Estado-parte, ou sejam efetivamente controladas por ele ou seus nacionais, desde que patrocinadas pelo referido Estado.

Cabe ao Estado patrocinador a responsabilidade de fazer cumprir, dentro de seu quadro jurídico interno, os termos do contrato e fazer respeitar a Convenção.

Nos termos do Regulamento, o plano de trabalho de exploração deve conter as seguintes informações:

a) descrição geral do programa de exploração e período de realização previsto, o que inclui estudos ambientais, técnicos, econômicos e outros a serem realizados.

b) descrição de um programa de estudos oceanográficos e ambientais, que permita avaliar os possíveis efeitos sobre o meio ambiente das atividades que se pretende desenvolver.

²¹² Cf. O parágrafo 2 da Seção 2 do Anexo do Acordo para a Implementação da Parte XI.

c) avaliação preliminar dos possíveis efeitos sobre o meio ambiente das atividades de exploração.

d) propostas de preservação e proteção do meio ambiente.

Michael Lodge observa que as obrigações ambientais dos contratantes têm natureza progressiva, uma vez que, durante a fase inicial de exploração (sensoriamento remoto, retirada de pequenas amostras), os impactos ambientais são mínimos, se houver. Apenas com o início das atividades de testes dos sistemas de coleta e processamento dos nódulos os riscos ambientais se evidenciam, quando então o contratante é obrigado a efetuar a avaliação prévia de impacto ambiental e apresentar propostas para sua minimização.²¹³

O proponente de um plano de trabalho deverá assumir o compromisso de cumprir as normas, regulamentos e procedimentos relativos do regime da Área e dar provas de sua capacidade econômica e tecnológica de implementar o plano de trabalho proposto e de cumprir suas obrigações financeiras para com a Autoridade. Essa capacidade deve incluir a prevenção e a redução de danos ao meio marinho.

O projeto de plano de exploração deverá conter as coordenadas geográficas referentes à área a ser explorada, que não será, necessariamente, uma área contínua, mas que deverá comportar, por sua extensão e valor comercial, dois empreendimentos de exploração. O Regulamento mantém, assim, o sistema de reserva de áreas para as atividades da Empresa ou de países em desenvolvimento tal como definido no Artigo 8 do Anexo 3 da Convenção. O solicitante deve indicar as coordenadas que permitam dividir essa área em duas áreas de valor comercial equivalente²¹⁴, cabendo ao Conselho designar uma dessas áreas (a *área reservada*) para o exercí-

²¹³ LODGE, Michael. *Op. cit.*, p. 22. O autor observa ainda que as Recomendações da LTC para orientação dos contratantes listam algumas atividades consideradas não-potencialmente nocivas ao ambiente.

²¹⁴ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, p. 11.

cio de atividades exclusivamente pela Autoridade por intermédio da Empresa ou em associação com países em desenvolvimento.

Uma vez aprovado pelo Conselho, o plano de trabalho deverá ser redigido em forma de contrato entre o solicitante e a Autoridade.

O explorador terá exclusividade na exploração de nódulos polimetálicos na área delimitada pelo contrato, bem como prioridade na exploração da mesma, quando da apresentação de projetos de exploração.

A vigência dos contratos de exploração será de quinze anos. Esgotado o prazo, o prospector, caso já não o tenha feito, deverá solicitar a aprovação de projeto de exploração, a menos que tenha obtido prorrogação do período de exploração ou tenha renunciado a seus direitos na área em questão.

O Regulamento torna permanente o sistema de reversão para a Autoridade de metade da área alocada ao contratante, estabelecido pela Resolução II da III UNCLOS para as atividades pioneiras (art. 1º, alínea e da Resolução II). Dessa forma, a área delimitada pelo contrato de exploração não poderá ultrapassar 150.000 km²; 50% dos quais deverão, gradualmente, ser devolvidos à Autoridade, salvo se a área alocada ao contratante não exceder 75.000 km² ou se, em circunstâncias excepcionais, o Conselho decidir adiar a reversão. A devolução dessa parte da área contratada se dará progressivamente: 20% após o terceiro ano do contrato, 10% após o quinto e 20% após o oitavo ano.

Todos os contratos deverão incluir, em anexo, programa prático de capacitação do pessoal da Autoridade e dos países em desenvolvimento, com ênfase na exploração e com previsão de participação em todas as atividades descritas no contrato. A obrigação de capacitação de pessoal da Autoridade e de países em desenvolvimento já constava do art. 144.2(b) da CNUDM e do art. 15 de

seu Anexo 3, bem como, em relação aos investidores pioneiros, no art. 12(a)(ii) da Resolução II. Durante as controvérsias da III UNCLOS, a questão da obrigação de treinamento de pessoal foi objeto de acirrado debate ao lado da questão da obrigação de transferência de tecnologia. O Acordo para a Implementação da Parte XI, contudo, apesar de haver eliminado todos os dispositivos sobre transferência obrigatória de tecnologia, não fez o mesmo em relação à obrigação de capacitação de pessoal²¹⁵, que permanece como um dos poucos mecanismos obrigatórios que restam para garantir a igualdade de acesso da Autoridade e dos países em desenvolvimento às atividades na Área.²¹⁶

Proceder-se-á a um exame periódico do cumprimento do projeto a cada cinco anos. O Secretário Geral deverá apresentar ao Conselho da Autoridade relatório sobre o cumprimento pelo contratante de suas obrigações referentes à proteção e preservação do meio ambiente.

Proteção e preservação do meio marinho

Nem o art. 145 da CNUDM que trata do princípio da preservação ambiental da Área, nem sua Parte XII, sobre Proteção e Preservação do Meio Marinho trouxeram um regime jurídico detalhado para a preservação ambiental em relação aos impactos das atividades de exploração e exploração dos recursos da Área.²¹⁷ Os dispositivos da Parte XII referentes à proteção ambiental da Área (arts. 209 e 215) apenas afirmam o dever do estabelecimento de normas e procedimentos de prevenção, redução ou controle da poluição do meio marinho proveniente de atividades realizadas na

²⁰⁵ LODGE, Michael. *Op. cit.* p. 27. Cf. ainda o Acordo de Implementação da Parte XI, Anexo, Seção 1, parágrafo 6, alínea (iii).

²⁰⁶ Michael Lodge observa que os investidores pioneiros já cumpriram suas obrigações relativas ao treinamento de pessoal. Cf. LODGE, Michael. *Op. cit.* loc. cit.

²⁰⁷ MARKUSSEN, Jan Magne. *Op. cit.* p.36.

Área e remetem às disposições pertinentes da Parte XI. Por sua vez, da Parte XI constam o princípio da preservação do meio marinho da Área e a competência da Autoridade para adotar as normas, regulamentos e procedimentos para tal.

Desde a adoção da Convenção, contudo, aumentou sensivelmente a preocupação internacional com a proteção do meio ambiente, o que já se demonstrou em algumas disposições do Acordo de 1994, relativas às funções da Autoridade e da Empresa na reunião de conhecimento sobre os impactos ambientais das atividades realizadas na Área e à necessidade de avaliação prévia de impacto ambiental para a contratação de atividades de mineração na Área.²¹⁸

Representam atividades com maior potencial de danos ao meio ambiente da Área:

a) dragagem e coleta de dos nódulos, construção, funcionamento e manutenção de instalações no solo dos fundos oceânicos – que importarão a morte de grande parte da flora e da fauna dos locais da Área em que se realizarem, quer diretamente pela própria condução das atividades, quer indiretamente, pela deposição de camadas sedimentos nas regiões vizinhas. Ainda não se conhecem com precisão as relações da flora e da fauna da Área com aquelas de zonas biológicas oceânicas superiores, havendo a possibilidade de os impactos havidos no ecossistema da Área repercutam também sobre os ecossistemas superiores.

b) descarga dos resíduos de água do navio-mineiro – cujo impacto se dará essencialmente na superfície do mar, com, p.ex., a mistura das águas da Área e da superfície do oceano, de características físico-químicas e biológicas distintas (temperatura, composição química, plâncton, etc.), e a deposição de sedimentos que dificultarão a penetrabilidade da luz, essencial à fauna e flora das zonas oceânicas superiores;

²¹⁸ Acordo, Anexo, Seção 1, art. 5(i), art. 7, Seção 2, art. 1(b).

c) processamento dos nódulos – que tenderão a produzir impactos semelhantes ao do processamento dos minerais terrestres.²¹⁹

Nos termos do Regulamento, A Autoridade e os Estados patrocinadores deverão aplicar o princípio de precaução, nos termos definidos pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento²²⁰. A aplicação do princípio da precaução para as atividades realizadas na Área constituiu um dos pontos mais polémicos das negociações do Regulamento e sua consagração na versão final representou um avanço fundamental no regime jurídico da Área²²¹, compatibilizando-o com os avanços verificados desde a RIO-92.

Nos termos do Regulamento, o contratante deverá ajustar-se a essa normativa para reduzir danos ao meio ambiente marinho derivados da exploração, “na medida em que seja razoavelmente possível e fazendo uso da melhor tecnologia de que dispõe”. Trata-se da fórmula encontrada para conciliar as posições conflitantes durante a negociação do Regulamento. Caberá, no futuro, estabelecer os critérios para a determinação dos limites do “razoavelmente possível” e julgar o uso das melhores opções tecnológicas disponíveis ao contratante.²²²

Entre as condições exigidas para a aprovação de um plano de trabalho e a celebração de um contrato de exploração pela Autoridade, incluem-se, como visto, a avaliação prévia do impacto ambiental das atividades a serem conduzidas na Área, a proposição

²⁰⁹ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, p. 16. MARKUSSEN, Jan Magne. *Op. cit.*, p.33.

²¹⁰ De acordo com o Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, “de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

²¹¹ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, p. 12.

²¹² ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, loc.cit.

de medidas para prevenir ou minimizar esse impacto e a prova da capacidade tecnológica para essa prevenção e controle de danos ao meio marinho. Para poder efetuar a avaliação preliminar dos efeitos de suas atividades sobre a Área, o contratante deverá inicialmente proceder ao levantamento de dados ambientais básicos (*environmental baseline data*) sobre o meio ambiente marinho. Além da obrigação da avaliação preliminar de impacto ambiental, os contratantes têm o dever de monitorar os efeitos de suas atividades sobre o meio marinho e apresentar ao SG da ISBA relatórios escritos anuais sobre a implementação e os resultados desse programa de monitoramento.

As empresas envolvidas em atividades de prospecção e exploração dos nódulos polimetálicos na Área são obrigadas a notificar imediatamente o Secretário-Geral da ISBA em caso de atividades de contratantes na Área que causem dano grave ao meio marinho. O Regulamento também prevê o instituto das **ordens de emergência**, em casos de incidentes que causem ou possam causar danos graves ao meio ambiente, decorrentes de atividades de exploração na Área. Nesses casos, o Secretário Geral da Autoridade deverá publicar um comunicado geral do incidente e notificar, por escrito, o contratante e seu Estado ou Estados patrocinadores. O SG deverá, igualmente, notificar a Comissão Jurídica e Técnica e o Conselho. A competência da ISBA para a expedição de ordens de emergência já estava prevista no art. 162.2(w) da Convenção de Montego Bay.

Enquanto o Conselho estuda as decisões a serem tomadas, o Secretário Geral adotará medidas imediatas e temporárias, “práticas e razoáveis” para prevenir, conter e reduzir ao mínimo o dano ao meio marinho. O Regulamento estabelece que o Conselho poderá expedir ordens de emergência que determinem a suspensão ou modificação das operações.

Caso o contratante solicite, posteriormente, direitos de exploração, deverá definir zonas de referência para efeitos e outras

para preservação. As **zonas de referência para efeitos** são aquelas em que se medirão os efeitos sobre o meio marinho da exploração; estas zonas deverão ser representativas das características ambientais da Área. Já as **zonas de referência para a preservação** são aquelas em que se vedará qualquer atividade mineradora, de modo a permitir que os ecossistemas dos fundos marinhos se mantenham estáveis e para que se possa avaliar as mudanças na flora e fauna.

Ressalte-se, ainda, que nem as disposições da Parte XI da Convenção, referentes à Área, nem os direitos dela derivados afetam as prerrogativas dos Estados costeiros de adotarem medidas necessárias para prevenir, mitigar ou eliminar um perigo grave e iminente para sua costa ou interesses conexos.

Em julho de 2001, a Comissão Jurídica e Técnica da Autoridade elaborou um conjunto de recomendações para orientar os contratantes sobre a avaliação dos possíveis impactos ambientais da exploração de nódulos polimetálicos na Área.²²³, com fundamento nos resultados de um *workshop* realizado pela Comissão Jurídica e Técnica em 1998.

Em junho de 2001, realizou-se outro *workshop*, voltado à padronização da reunião e avaliação de dados sobre atividades de pesquisa e exploração nos fundos marinhos e oceânicos, tanto do ponto de vista do aprofundamento dos conhecimentos sobre os recursos minerais da Área, quanto do ponto de vista das características ambientais da região.

O próximo *workshop* da ISBA, a ser realizado de 29 de julho a 2 de agosto de 2002 em Kingston, tratará das perspectivas para a cooperação internacional na pesquisa científica marinha nos fundos oceânicos, com vistas a um maior conhecimento do

²¹³ ISBA/7/LTC/1/Rev.1 and Corr.1. (*Recommendations for the guidance of the contractors for the assessment of the possible environmental impacts arising from exploration for polymetallic nodules in the Area*).

ambiente dos fundos marinhos e oceânicos, inclusive sua biodiversidade, e dos impactos sobre esse ambiente das atividades relativas aos recursos minerais da Área. Entre os temas a serem discutidos no *workshop*, sobre os quais se buscará maior cooperação científica internacional, estão: *a)* a determinação dos níveis de biodiversidade, abrangência de espécies e taxas de fluxo genético nas províncias de nódulos abissais, particularmente na região da fratura Clarion-Clipperton; *b)* os processos de distúrbio e recolonização que seguem à ressedimentação da pluma de sedimentos causada pela mineração e à criação das faixas de mineração; *c)* os impactos da pluma de sedimentos causada pela mineração nos ecossistemas da coluna d'água (enriquecimento de nutrientes, carga de sedimentos, enriquecimento de ferro e intoxicação por metais pesados); e *d)* a variabilidade natural nos ecossistemas das províncias de nódulos.

Confidencialidade de dados e informações

Outro item polêmico na negociação do Regulamento, a disciplina do sigilo de dados e informações relativas às atividades na Área envolve interesses distintos. Por um lado, os Estados desenvolvidos que detêm a tecnologia para a condução das atividades na Área defendem o sigilo de informações relacionadas à atividade de exploração, devido ao elevado custo da pesquisa e o caráter sensível, do ponto de vista comercial, de grande parte dessa informação. Por outro lado, representantes da Autoridade têm preocupações igualmente legítimas sobre a necessidade de transparência e garantia de acesso a informações e dados necessários ao bom funcionamento dos órgãos da Autoridade, como o Conselho, Secretariado e Comissão Jurídica e Técnica. Ainda, os países em desenvolvimento vêm a difusão de dados e informações relativos às atividades conduzidas na Área como uma forma de facilitar-lhes o acesso às tecnologias necessárias para o desempenho dessas atividades.

Adotou-se uma definição ampla do que deve ser considerado confidencial. O Regulamento estabelece que serão considerados confidenciais os dados que o contratante assim determinar, o que contrasta com o regime original da Convenção de Montego Bay²²⁴. São exceções a essa regra as informações: *a)* de domínio público que possam ser obtidas de outras fontes; *b)* divulgadas previamente pelo proprietário sem a exigência de sigilo; *c)* já disponíveis à Autoridade sem a exigência de sigilo.

O Regulamento estabeleceu um período de 10 anos durante os quais os dados e informações serão considerados confidenciais. Após esse prazo, e a cada cinco anos a partir de então, o contratante e o Secretário Geral revisarão os dados para determinar a necessidade da preservação do sigilo. O critério a ser utilizado na revisão é o de avaliar se haverá risco de sério dano econômico, caso a informação seja divulgada.

Objetos históricos e arqueológicos

O Regulamento estabelece que, em caso de descoberta de qualquer objeto de natureza arqueológica ou histórica no curso de atividades de prospecção ou de exploração da Área, o Secretário-Geral da ISBA deverá ser informado imediatamente do objeto, bem como de sua localização. O Secretário-Geral, por sua vez, transmitirá as informações ao Diretor Geral da UNESCO.

Os contratantes deverão adotar todas as medidas razoáveis para evitar distúrbios ao objeto. O Regulamento não prevê para os prospectores o mesmo dever, o que se afigura lacuna injustificável diante da possibilidade de que as atividades de prospecção, a despeito de seu caráter menos intrusivo, danifiquem objetos de valor histórico ou arqueológico.

²²⁴ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.* loc. cit.

As competências da Autoridade, nos termos do Regulamento, limitam-se apenas a receber as notificações dos prospectores e contratantes e retransmiti-las à UNESCO. O Regulamento parece corroborar a interpretação de que, dado que os objetos de valor histórico ou arqueológico não se enquadram na definição de recursos da Área contida no art. 133 da CNUDM, estariam fora da esfera de competências da ISBA. Dessa forma, reconhece-se a UNESCO o papel fundamental na proteção dos objetos de valor histórico ou arqueológico da Área.

Essa proteção será garantida pela *Convenção da UNESCO sobre Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático*, adotada em 2 de novembro de 2001 pelo plenário da 31ª Conferência-Geral da UNESCO, que entrará em vigor três meses após receber o vigésimo instrumento de ratificação ou adesão. A Convenção da UNESCO preenche um vácuo jurídico até então existente na proteção do patrimônio cultural subaquático, que era protegido apenas por legislações nacionais ou no quadro das normas mais gerais da UNESCO sobre proteção do patrimônio cultural.

As dimensões do presente trabalho impedem uma análise detalhada da Convenção da UNESCO, que em vários de seus dispositivos estabelece vínculos com a CNUDM. Convém ressaltar, contudo, que a Convenção da UNESCO veda a comercialização do patrimônio cultural subaquático, reconhece a prioridade de sua conservação *in situ* e determina aos Estados o dever de impor medidas de *enforcement* para os violadores da proteção desse patrimônio e, no que tange à Área, também consigna a obrigatoriedade de notificação ao Diretor-Geral da UNESCO e ao SG da ISBA da descoberta de objetos do patrimônio cultural subaquático e de sua localização. A Convenção da UNESCO reconhece papel especial aos Estados que tenham um vínculo verificável com os objetos do patrimônio cultural subaquático encontrados na Área, sobretudo em termos de sua origem histórica ou arqueológica, na coordenação da proteção desses objetos (*Estados coordenadores*).

Embora ambos guardem semelhanças importantes – em especial a idéia de preservação e fruição em benefício da *humanidade*, os conceitos de patrimônio comum da humanidade, aplicado à Área, e o de *patrimônio cultural*, surgido e desenvolvido no seio da UNESCO, não devem ser confundidos.

Os primeiros contratos de exploração

A adoção do Regulamento para a Prospecção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos na Área estabeleceu o regime jurídico definitivo para essas atividades, de modo que a ISBA pode finalmente celebrar os contratos de exploração que trouxeram os investidores pioneiros do regime transitório definido na Resolução II da III UNCLOS.²²⁵

Todos os sete investidores pioneiros registrados perante a Comissão Preparatória já assinaram os contratos de exploração de 15 anos com a Autoridade. Os primeiros contratos de exploração foram assinados em 29 de março de 2001, pela Yuzhmorgeologiya, pela Organização Conjunta Interoceanmetal e o governo da República da Coréia. A COMRA concluiu seu contrato de exploração em 22 de maio de 2001, ao passo que a IFREMER/AFERNOD e a DORD o fizeram em 20 de junho de 2001.²²⁶ O último investidor pioneiro a celebrar o contrato de exploração com a Autoridade no regime definitivo foi a Índia, que havia sido a primeira a obter o registro de investidor pioneiro perante a Comissão Preparatória, tendo assinado o contrato de exploração em 25 de março de 2002.

²¹⁵ LODGE, Michael. *Op. cit.*, p. 28.

²¹⁶ Cf. ISBA/7/C/4: *Status of contracts for exploration issued in accordance with the Regulations for prospecting and exploration for polymetallic nodules in the Area.*

CAPÍTULO 10 – OS NOVOS ITENS DA AGENDA: SÚLFURES POLIMETÁLICOS E CROSTAS COBÁLTICAS.

O início das discussões na ISBA

Na sessão do Conselho de 1998, a Rússia solicitou à Autoridade a elaboração de regras sobre os demais recursos minerais da Área, em especial os sulfetos polimetálicos e as crostas de manganês ricos em cobalto. Nos termos do art. 163,º,(ii) da CNUDM, a ISBA teria o prazo de três anos para a adoção dessas regras. Como os esforços da Autoridade estivessem concentrados na conclusão do Regulamento para a Prospecção e a Exploração dos Nódulos Polimetálicos, esse prazo expirou em 17 de agosto de 2001 sem que se houvesse definido o regime jurídico para esses “novos” recursos da Área.

Em junho de 2000, a ISBA realizou um *workshop* sobre recursos minerais na Área, cujos resultados foram apresentados pelo Secretariado no documento “*Considerações relativas ao regulamento para a prospecção e a exploração de sulfetos polimetálicos hidrotermais e crostas de ferro-manganês ricos em cobalto na Área*”, de 29 de maio de 2001.²²⁷ Após discussões iniciais sobre esse documento em 2001, o Conselho prosseguirá o debate sobre as questões relativas ao regime dos sulfetos e das crostas ricos em cobalto na oitava sessão da Autoridade, a ser realizada em agosto de 2002.

Os sulfures polimetálicos

Os sulfures polimetálicos surgem em valas e bacias das regiões de atividade vulcânica, quando do contato de lava com a água

²¹⁷ ISBA/7/C/2. *Considerations relating to the regulations for prospecting and exploration for hydrothermal polymetallic sulphides and cobalt-rich ferromanganese crusts in the Area.*

fria do oceano, o que dá origem a depósitos ricos em zinco, cobre, ferro, prata e ouro. Os sulfures foram descobertos em 1979, na dorsal do Pacífico oriental norte, próximo à costa de Baja Califórnia.²²⁸

Os sulfures constituem verdadeiros respiradouros polimetálicos por onde são expelidos gases sulfurosos a temperaturas de cerca de 400°C (as “*chaminés negras*”). Apresentam altas concentrações de cobre, zinco, ferro, chumbo, ouro e prata. Essas formações minerais servem de substrato para um dos ecossistemas de maior biodiversidade do planeta.

Esses recursos se concentram na extensa área de forte atividade vulcânica do Pacífico, mas também estão presentes no Atlântico. Os sulfures têm tamanhos que podem variar de algumas milhares a cerca de 100 milhões de toneladas.²²⁹

A maioria das jazidas de sulfures polimetálicos conhecidos situa-se em ZEEs, em especial aquelas de Canadá, Equador, Fiji, Japão, Papua Nova Guiné e Tonga. Na Área, encontram-se sulfures polimetálicos na dorsal do Pacífico oriental (entre 0° e 13° de latitude norte) e na dorsal mesoatlântica (entre 12° e 28° de latitude norte).²³⁰

As crostas de ferromanganês ricas em cobalto

As crostas de ferromanganês ricas em cobalto também são encontradas em regiões de atividade vulcânica, mas se localizam, sobretudo, nos flancos mais rasos de ilhas vulcânicas, nos montes submarinos e em dorsais oceânicas, e não em bacias como os nódulos. Uma crosta é considerada rica em cobalto quando tem em sua composição pelo menos 2,5% desse mineral. As crostas cobálticas

²¹⁸ ISBA/7/C/2, p.2.

²¹⁹ HALFAR, Jochen & FUJITA, Rodney. *Precautionary Management of Deep Sea Mining*. Disponível em: <http://www.environmentaldefense.org/documents/736_DeepSeaMining.pdf> Acesso em: <25 mai. 2002> p. 3.

²²⁰ HALFAR, Jochen & FUJITA, Rodney. *Op. cit.* p. 4.

de ocorrem em profundidades que variam de 400m a 4.000m, mas as crostas mais espessas e de maiores teores de cobalto se situam entre 800m e 2.500m de profundidade.²²¹ O cobalto presente nessas crostas tem importância estratégica fundamental, sendo utilizado para a formação de “superligas” utilizadas, por exemplo, na aviação a jato.

Essas crostas podem tornar-se fontes não apenas de cobalto, mas também de outros metais como titânio, níquel, platina, manganês, cério, fósforo, tálio, telúrio, tungstênio, bismuto e molibdênio.

A maioria das crostas cobálticas conhecidas, contudo, está situada no território das ZEEs dos Estados arquipelágicos do Sudeste Asiático e da Oceania, como Micronésia, Kiribati e Ilhas Marshall, além do Havaí e das Ilhas Johnston(EUA).

O regime jurídico cogitado para os sulfures polimetálicos e as crostas de ferromanganês ricas em cobalto

As diferenças das características dos sulfures e das crostas cobálticas em relação aos nódulos demandam técnicas de exploração distintas, com conseqüências para o regime jurídico cogitado.

Os nódulos se situam sobre o leito das bacias submarinas, ou imediatamente abaixo dele, formando extensas “praias” que facilitam sua extração. Nessa perspectiva, os nódulos comportam-se basicamente como recursos bidimensionais. Já nos sulfures e as crostas ricas em cobalto, a dimensão da profundidade passa a ter relevância, revestindo-os de um caráter de tridimensionalidade que demanda técnicas de extração distintas e potencialmente mais agressivas ao meio marinho.²²² Além disso, os sulfures e as crostas cobálticas atualmente conhecidos na Área são de quantidade bem

²²¹ ISBA/7/C/2, p.3.

²²² ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, p. 20.

menor e se distribuem de modo bem mais esparso que os sítios de nódulos.

As discussões preliminares consideram que o regime jurídico da prospecção, exploração e exploração desses recursos deverá manter em linhas gerais o sistema paralelo estabelecido pela CNUDM em relação aos nódulos, com algumas modificações derivadas da natureza dos sulfures e das crostas. Entre essas modificações, estaria a adoção do conceito de contratação pela ISBA de “blocos” da Área que apresentassem esses minerais, que daria a consideração devida à tridimensionalidade desses recursos²³³. Ao invés de um sistema de *site-banking* como o das áreas reservadas em relação aos nódulos, cogita-se a participação da Autoridade nos rendimentos das operações relacionadas aos sulfures e às crostas cobálticas.²³⁴

²²³ ISBA/7/C/2, p. 6.

²²⁴ ISBA/7/C/2, pp. 6-7.

CAPÍTULO 11 – OS NOVOS ITENS DA AGENDA: A BIODIVERSIDADE.

Características da biodiversidade na Área

O assunto de maior atualidade nos debates acerca dos futuros desenvolvimentos do regime jurídico dos fundos marinhos e oceânicos internacionais diz respeito à conservação e gestão dos recursos genéticos da Área. A relevância cada vez mais evidente dos interesses em jogo nessa questão demonstra a necessidade de futuras negociações para a definição de um regime jurídico-internacional apropriado para a biodiversidade da Área.

As profundezas oceânicas apresentam características ambientais únicas, que conduzem a existência de flora e fauna de características todas próprias, adaptadas às condições de luminosidade ausente, pressão altíssima e temperatura baixíssima que nelas predominam. Na zona abissal, por exemplo, que compreende as áreas de profundidades iguais ou maiores 4000m, concentra-se grande número de espécies, embora os números de espécimes dessas espécies sejam pequenos, o que aumenta os riscos de extinção.²³⁵

Uma das características dos ecossistemas dos fundos oceânicos é a presença dos seres bioluminescentes. A ausência de luminosidade levou-os a desenvolverem a capacidade de bioluminescência e, associados a ela, olhos grandes com pupilas grandes, que possibilitam o máximo de absorção de luz. As elevadas pressões dos fundos oceânicos condicionaram esses animais a desenvolverem uma redução dos ossos e da musculatura, tendo uma densidade pouco maior do que a água do mar. Os peixes

²³⁵ MARKUSSEN, Jan Magne. *Op. cit.*, loc. cit.

bioluminescentes são geralmente carnívoros e, para facilitar a alimentação num ambiente de presas escassas, desenvolvem mandíbulas e dentes grandes e nadadeiras dorsais alongadas em forma de “iscas”.²³⁶

Estudo realizado pelo Professor Craig R. Smith sobre o ambiente biológico nas regiões de nódulos de Clarion-Clipperton analisa as características únicas dos recursos biológicos dos fundos marinhos e oceânicos nas regiões de ocorrência de nódulos, seu valor econômico atual e potencial, bem como a probabilidade de extinção de espécies, resultante das atividades de exploração.²³⁷ Em Clarion-Clipperton encontra-se uma fauna endêmica, limitada, essencialmente, a esse meio marinho. Como a região de ocorrência de nódulos polimetálicos é restrita a uma pequena parcela do fundo marinho, caberia indagar se a vida existente nessas zonas subsistiria em outras partes, caso ocorra exploração em toda a extensão da área de nódulos.

As preocupações com a preservação e gestão da biodiversidade nos fundos marinhos e oceânicos se intensificaram com o aumento dos estudos sobre a biodiversidade nos sulfures polimetálicos. Nos sulfures foram descobertas novas formas de vida capazes de sobreviver num ambiente altamente hostil à grande maioria dos seres vivos até então conhecidos, em que além das já severas condições normais dos fundos oceânicos, ocorrem emissões de gases sulfurosos altamente tóxicos a temperaturas de cerca de 400°C. Essas criaturas, cognominadas de *extremófilas* ou *hipertermófilas* apresentam alta resistência à pressão e ao calor, o que desperta grande interesse em suas aplicações industriais. Em virtu-

²³⁶ As condições ambientais condicionaram nesses seres vivos características tão peculiares que levaram a que recebessem denominações igualmente curiosas, quando não bizarras. Tome-se, por exemplo, a “lula vampira do inferno” (*Vampyroteuthis infernalis*, que tem os maiores olhos de qualquer animal, em proporção ao corpo), o “peixe-víbora” (*Chauliodus sloani*), o “peixe-ogro” (*Anoplogaster cornuta*), o “peixe-boca-de guarda-chuva” (*Eurypharynx pelecanoides*) e até o “peixe-bola-de-futebol” (*Furcacauda heintzæ*).

²³⁷ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.*, pp. 21-22.

de da total ausência de luz, as espécies “extremófilas” absorvem energia do próprio ambiente sulfuroso em que vivem, compondo o único ecossistema do mundo completamente *quimiossintético*, com espécies desconhecidas e altamente endêmicas, não encontrados em qualquer outro lugar.²³⁸ Acredita-se hoje que os respiradouros hidrotermais podem ter sido o berço da vida na terra.

Os ecossistemas dos respiradouros hidrotermais representam uma das regiões mais megadiversas do planeta. Antes das descobertas dos sulfures polimetálicos no final dos anos 1970, acreditava-se que a biodiversidade marinha total era de cerca de 200 mil espécies, após a descoberta dos seres “extremófilos”, essas estimativas saltaram para de 10 a 100 milhões de espécies.²³⁹

Essas espécies poderiam dar origem a diversas aplicações, sobretudo em ambientes de pressão elevada ou temperaturas muito baixas. A bioprospecção dessas espécies já se iniciou. Algumas espécies “extremófilas” já estão sendo explotadas para fins de tratamento de resíduos, processamento de alimentos e mineração. Com relação ao valor econômico desses recursos genéticos, estima-se que esteja entre 600 milhões e 3 bilhões de dólares por ano, crescendo rapidamente.²⁴⁰

O estudo do professor Craig Smith cita uma empresa de biotecnologia que isolou bactérias que vivem em restos de baleias em grande profundidade. Essas bactérias, conhecidas como “extremófilas”, por viverem em ambientes extremos do fundo marinho, produzem enzimas que atuam sobre as proteínas e óleos dos ossos das baleias. A empresa planeja comercializar essas enzimas como aditivos.²⁴¹

²³⁸ HALFAR, Jochen & FUJITA, Rodney. *Op. cit.* p. 6.

²³⁹ BORGESSE, Elizabeth Mann. The Search for the Origin of Life. In: *Aventis Future*, nº 3, 2000. Disponível em: <http://212.38.30.154/forum/fut0003/3_2000_ambassador_of_seas_1.htm> Acesso em: <25 mai. 2002>

²⁴⁰ BORGESSE, Elizabeth Mann. *Op. cit.* loc. cit.

²⁴¹ ARTIGAS, Carmem. *Op. cit.* p. 23.

A biodiversidade da Área nos regimes atuais da CNUDM e da CDB

A diversidade biológica dos respiradouros hidrotermais sofre ameaça de duas ordens. De um lado, as técnicas de mineração mais cogitadas para a exploração dos sulfures polimetálicos podem causar danos irreversíveis ao ecossistema local.²⁴² Do outro, a prospecção desregrada dos recursos vivos que têm nesses sulfures seu *habitat* pode comprometer severamente a preservação dessa biodiversidade ainda em grande parte desconhecida, além de concentrar os eventuais benefícios dessa prospecção nas mãos de poucos. Diante desse quadro de ameaças, tanto a Convenção de Montego Bay quanto a Convenção sobre Diversidade Biológica apresentam lacunas preocupantes no que concerne à proteção da biodiversidade nos fundos marinhos e oceânicos internacionais.

Nos termos da Convenção de Montego Bay, a Autoridade tem jurisdição apenas sobre os recursos minerais da Área, os únicos que se enquadram no conceito de 133(a) de recursos que, juntamente com a Área em si mesma, constituem patrimônio comum da humanidade. Todo o regime jurídico da Área definido na Convenção de Montego Bay volta-se essencialmente para a exploração e exploração desses recursos minerais, sobretudo os nódulos polimetálicos. Em termos dos recursos vivos da Área, as competências da Autoridade se situam no quadro mais geral da proteção e preservação do meio marinho, nos termos do art. 145 e da Parte XII da CNUDM.

Não obstante a definição da preservação da biodiversidade como *interesse comum da humanidade* (*common concern of mankind*), a Convenção sobre Diversidade Biológica concentra-se essencialmente na proteção das biodiversidades terrestres nacionais. Não existe qualquer dispositivo que trate das especificidades da biodiversidade marinha e oceânica. A CDB, em seu art.5, ao tratar da biodiversidade

²⁴² HALFAR, Jochen & FUJITA, Rodney. *Op. cit.* p. 7.

em áreas situadas além das jurisdições nacionais, apenas estabelece o dever genérico de os Estados-partes cooperarem diretamente entre si ou por meio de organizações internacionais para a preservação e utilização sustentável de seus recursos biogenéticos.

Tanto a Autoridade quanto o Secretariado da CDB têm procurado agir para suprir essa lacuna no regime da proteção da biodiversidade da Área, mas ainda não existe nada de concreto em termo de um regime de proteção específica e efetiva para os recursos biogenéticos da Área. A bioprospecção na Área permanece sem regulamentação, com o risco de conflitos com outros possíveis usos da Área, o risco de graves danos ambientais e a privação do acesso dos benefícios dessa prospecção para os países em desenvolvimento.²⁴³

No âmbito da CDB, discute-se a proteção da biodiversidade marinha e costeira desde a primeira Conferência das Partes em 1994. Um avanço importante ocorreu em 1995, com a adoção de uma decisão sobre conservação e uso sustentável da diversidade biológica costeira e marinha e do *Mandato de Jakarta sobre Diversidade Biológica Marinha e Costeira*. Na COP-4, em maio de 1998, em Bratislava, estabeleceu-se um programa de trabalho plurianual de conservação e uso sustentável da biodiversidade costeira e marinha. Não existem, contudo, disposições que tratem especificamente da biodiversidade da Área, e a ISBA sequer é objeto de menção expressa entre as organizações internacionais com as quais o Secretariado das CDB procurará cooperar na implementação do programa.

Outro aspecto que convém ressaltar é que apenas recentemente se logrou consenso para adotar as diretrizes sobre acesso e compartilhamento de benefícios aos recursos da biodiversidade. Essas diretrizes têm caráter voluntário e um viés essencialmente de acesso e repartição justa e equitativa de benefícios relativos à biodiversidade *em território de jurisdição estatal*, concentrando-se no

²⁴³ BORGESSE, Elizabeth Mann. *Op. cit.* loc. cit.

relacionamento entre “Estado prospector” e Estado detentor dos recursos biogenéticos. Não se definiu um regime preciso para o acesso e o compartilhamento de benefícios em termos de recursos da biodiversidade de áreas além das jurisdições nacionais, muito menos no caso específico da Área.

Já no âmbito da Autoridade, a preocupação com a questão específica dos recursos vivos da Área, sobretudo aqueles dos ecossistemas dos sulfures, tem se mostrado mais evidente. Embora a Autoridade reconheça o princípio da liberdade da pesquisa científica marinha na Área previsto na CNUDM, observa também que a CNUDM não distingue adequadamente os conceitos de “pesquisa científica marinha”, “prospecção” e “exploração”, nem tampouco entre pesquisa científica pura e aplicada.²⁴⁴ Essa falta de precisão gera problemas diante das recentes descobertas sobre os ecossistemas da Área, em especial os dos respiradouros hidrotermais, com um potencial de conflito entre os interesses da mineração desses sulfures polimetálicos, da bioprospecção dos seres vivos que neles têm seu *habitat* e da preservação e proteção desses ecossistemas.²⁴⁵

O próximo *workshop* da ISBA, já mencionado, tratará justamente das perspectivas para a cooperação internacional na pesquisa científica marinha nos fundos oceânicos, com vistas a um maior conhecimento do ambiente dos fundos marinhos e oceânicos, inclusive sua biodiversidade, em especial a biodiversidade nas “praias” de nódulos e os impactos que poderão advir sobre ela das atividades mineradoras na Área.

A incorporação da biodiversidade da Área ao patrimônio comum da humanidade

Durante o 12º Encontro dos Estados-Partes da CNUDM, realizado em Nova Iorque de 16 a 26 de abril de 2002, o Secretário-

²³⁴ A/57/57, p. 70.

²³⁵ A/57/57, loc. cit.

Geral da ISBA, Satya Nandan, lançou a idéia do que parece ser a solução mais adequada para a definição do regime jurídico da biodiversidade da Área – a sua incorporação ao patrimônio comum da humanidade atualmente composto apenas pela Área em si e seus recursos minerais.

De fato, sobretudo ao se considerar o caso específico dos ecossistemas dos respiradouros hidrotermais, percebe-se a ligação indissolúvel entre os recursos vivos da Área e o leito, o solo e o subsolo dos fundos marinhos. Os recursos vivos e não-vivos da Área compõem uma única realidade ambiental, a qual não deve permanecer artificialmente separada em virtude de uma lacuna jurídico-internacional. Se, no passado, o grande temor era o de uma “corrida aos nódulos” em detrimento do meio marinho e da humanidade como um todo, nos dias atuais se acrescenta o risco de uma “corrida às extremófilas”, igualmente nociva. As espécies extremófilas e todas as outras espécies que dependem do contato com a Área para seus ciclos de vida devem ser submetidas ao regime do patrimônio comum da humanidade, dado que se associam indissolúvelmente à Área, seu substrato e seu *habitat*.

O raciocínio que deve servir de fundamento para a incorporação desses recursos biogenéticos ao patrimônio comum da humanidade é o mesmo que fundamenta a incorporação da *espécies sedentárias* ao regime jurídico da plataforma continental, reconhecido e positivado no art.77.4 da CNUDM. Se em relação às plataformas continentais nacionais, o regime jurídico se estende para abranger não só recursos não-vivos, mas também os recursos vivos que têm no leito do mar ou seu subsolo um elemento fundamental de seu ciclo de vida, nada mais lógico que o mesmo ocorrer em relação ao regime jurídico da Área para as espécies que dela dependam.

A preservação da biodiversidade em geral já constitui interesse comum da humanidade. No caso específico da biodiversidade da Área, sua incorporação ao patrimônio comum da humanidade

só vem a reforçar os princípios de preservação, utilização sustentável e repartição justa e equitativa dos benefícios, previstos no artigo 1º da CDB.

O conceito de interesse comum da humanidade foi consagrado pela primeira vez na Resolução da AGNU nº 43/53, de 6 de dezembro de 1988, em relação à mudança de clima e, posteriormente nas Resoluções nº 44/207 e 45/212 da AGNU sobre a mesma matéria. Não por coincidência, o conceito surgiu por uma proposta da Delegação de Malta, diante das dificuldades da aplicação do conceito de patrimônio comum da humanidade para o problema. Em 1991, o Protocolo sobre Proteção Ambiental ao Tratado da Antártica consagrou o conceito de interesse comum da humanidade em seu preâmbulo, mas o ponto culminante da afirmação desse novo conceito ocorreu durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a RIO-92, na qual o princípio do *common concern of mankind* foi expresso tanto na Convenção-Quadro sobre Mudança de Clima quanto na Convenção sobre Diversidade Biológica.

Ensina Cançado Trindade que o conceito de interesse comum da humanidade envolve os seguintes aspectos: *a)* concentração em questões fundamentais a toda humanidade, desprovidas de conotações proprietárias; *b)* o engajamento necessário de todos os países e sociedades; *c)* a dimensão intergeracional; *d)* a ênfase na proteção, mediante considerações de *ordre public*; *e)* a atenção primária às causas dos problemas, sob um enfoque preventivo; e *f)* a partilha equitativa das responsabilidades.²³⁶

Sabe-se que o surgimento do conceito de interesse comum da humanidade decorreu em parte das controvérsias havidas em relação à aplicação do conceito de patrimônio comum da humanidade para a Área. As conotações proprietárias do conceito de

²³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente – paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1994. pp. 217-219.

patrimônio comum, além de toda a polêmica tida no seio da III UNCLOS, não se adaptavam a questões ambientais como a mudança de clima, a preservação do meio antártico e a preservação da diversidade biológica.²⁴⁷ Consagrar a biodiversidade em geral patrimônio comum da humanidade, por exemplo, contrariaria o princípio da soberania de cada Estado sobre os recursos nacionais dentro de sua jurisdição, consagrado como Princípio 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A adoção do conceito de patrimônio comum da humanidade para os recursos da biodiversidade da Área não representará qualquer retrocesso em relação aos avanços conceituais havidos com o instituto do interesse comum da humanidade. Como o próprio grupo de juristas que debateu o conceito de interesse comum da humanidade reconheceu, os conceitos de interesse comum da humanidade e patrimônio comum da humanidade não são mutuamente excludentes, apenas têm âmbitos de aplicação distintos.²⁴⁸ A biodiversidade da Área, no entanto, representa um dos pontos de cruzamento dos dois conceitos, nela se encontram tanto o interesse comum da humanidade na preservação da biodiversidade em geral quanto o patrimônio comum da humanidade constituído pela Área e seus recursos.

Em relação à gestão dos recursos biogenéticos situados nas áreas sob jurisdição estatal, o regime da CDB consagra o princípio

²³⁷ Cf. a respeito do conceito de interesse comum da humanidade e suas diferenças em relação ao de patrimônio comum da humanidade: ATTARD, David J. (ed.) *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of The Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues. University of Malta, Malta. 13-15 December 1990*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 1991. Report of the II Meeting of the UNEP Group of Legal Experts to Examine the Implications of the "Common Concern of Mankind" Concept on Global Environmental Issues. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *Derechos Humanos, Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente/ Human Rights, Sustainable Development and the Environment/ Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente (Seminário de Brasília de 1992)*. San José de Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Banco Interamericano de Desarrollo, 1992. pp. 327-332.

²³⁸ ATTARD, David J. (ed.) *Op. cit.*, p. 30.

da soberania dos Estados, nos termos do Princípio 2 da Declaração do Rio, o que, como já referido, impede a consagração da biodiversidade em geral como patrimônio comum da humanidade. No caso específico dos recursos da biodiversidade situados além dos limites das jurisdições nacionais, não se apresenta tal obstáculo. A biodiversidade da Área, dessa forma, pode ser incorporada ao patrimônio comum da humanidade de maneira que, além dos princípios de proteção ambiental incorporados no conceito de interesse comum, passe a se submeter aos princípios de exploração em benefício de toda a humanidade que caracterizam o conceito de patrimônio comum. Assim, em relação à Área, toda a humanidade, representada pela ISBA, teria estatuto semelhante àquele que os Estados de origem têm em relação aos recursos biogenéticos situados em seus respectivos territórios.

A se aplicar o regime de patrimônio comum da humanidade à biodiversidade da Área, haveria um reforço ainda maior no princípio da repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos da biodiversidade contido na CDB. Até mesmo porque se poderia estabelecer, para a bioprospecção desses recursos, um regime similar ao atualmente em vigor para a exploração dos nódulos polimetálicos, com as devidas adaptações. Dessa forma, o aproveitamento dos recursos biogenéticos da Área seria submetido ao poder regulatório e fiscalizador da Autoridade e dependeria da aprovação de um plano de trabalho e celebração de um contrato de acesso, da obediência ao princípio da precaução, da concessão de garantias técnicas, econômicas e ambientais, do pagamento de taxas à ISBA, da capacitação de pessoal da ISBA, da adequada participação da ISBA nos *royalties* da exploração desses recursos e da promoção do acesso da Empresa e dos países em desenvolvimento às tecnologias da bioprospecção e da bio-indústria.²⁴⁹

²³⁹ BORGESSE, Elizabeth Mann. *Op. cit.* loc. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cerca de trinta e cinco anos após o discurso de Arvid Pardo na Assembléia-Geral das Nações Unidas e de duas décadas depois da conclusão da Convenção de Montego Bay, os fundos marinhos e oceânicos situados além dos limites das jurisdições nacionais encontram-se na atualidade submetidos a um regime jurídico-internacional altamente complexo. Inicialmente concebido como um meio corrigir as desigualdades da sociedade internacional no que diz respeito ao acesso aos fundos oceânicos e seus recursos – no quadro simultâneo do desenvolvimento do Novo Direito do Mar e da luta do Terceiro Mundo por uma Nova Ordem Econômica Internacional – o regime jurídico efetivamente estabelecido para a Área sofreu graves desvios em relação aos ideais que o originaram. Suas funções distributivas foram esvaziadas ao final da Guerra Fria, com o Acordo para a Implementação da Parte XI da Convenção de Montego Bay, de tal forma que a Parte XI acabou por incorporar justamente as desigualdades internacionais que buscava eliminar.

O princípio do patrimônio comum da humanidade, um dos mais ricos desenvolvimentos do Direito Internacional no século XX, ainda tem na Área o exemplo mais importante de sua aplicação. Entretanto, as injunções das realidades de poder militar, econômico e tecnológico da sociedade internacional retiraram, pelo menos em relação à Área, muito do caráter inovador da idéia de utilização pacífica e sustentável de um patrimônio em benefício da humanidade como um todo. Em última análise, as mudanças havidas na disciplina jurídica dos fundos marinhos e oceânicos internacionais desde a conclusão da Convenção de Montego Bay descaracterizaram o princípio do patrimônio comum da humanidade para aproximá-lo da velha idéia de *res communis omnium*. A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos teve sua capacidade de decisão subordinada aos interesses de grupos minoritários em virtude do fortalecimento do Conselho e da adoção de mecanismos oblíquos de veto no seu processo decisório. A Empresa, peça-chave para a garantia de apro-

veitamento da Área em benefício de toda a humanidade, perdeu várias das prerrogativas que recebera para se tornar técnica e economicamente viável e ainda não se fez realidade. Os países em desenvolvimento tiveram seus mecanismos de proteção ou eliminados ou subordinados aos interesses dos países desenvolvidos, que detêm a maioria absoluta no Comitê de Finanças criado em 1994.

Diante desse panorama, é muito difícil não se ter uma perspectiva pouco otimista dos futuros desenvolvimentos das normas do Direito Internacional Público concernentes à Área. Não se deve, contudo, aceitar o enfraquecimento recente do princípio do patrimônio comum da humanidade em relação à Área de modo que ele venha a se perpetuar e se agravar à medida que avance a regulamentação jurídico-internacional da matéria.

Ao longo da década de 1980, a queda dos preços de boa parte dos minérios de maior interesse econômico na Área, a descoberta de novas fontes terrestres desses minerais e a verificação de que o desafio tecnológico da mineração dos fundos oceânicos havia sido subestimado contribuíram para adiar por alguns decênios as perspectivas de início da produção mineral em escala comercial da Área. Nesse sentido, e refletindo a persistência de enfoques distintos sobre o aproveitamento econômico dos fundos oceânicos internacionais, ainda não se definiram as regras sobre a *exploração* dos nódulos polimetálicos na Área. As atividades relacionadas a recursos descobertos mais recentemente, como os sulfures polimetálicos e as crostas ricas em cobalto, também carecem de regime jurídico definido. Existe ainda a questão candente do estatuto da biodiversidade da Área, que, por sua relação indissolúvel com os recursos não-vivos da Área, deve ser expressamente declarada e regulada como patrimônio comum da humanidade.

O tratamento desses temas pendentes deve ser instrumentalizado para resgatar o verdadeiro sentido e espírito da Convenção de Montego Bay, garantindo a aplicação de todos os

princípios do patrimônio comum da humanidade em sua máxima extensão. Apenas desse maneira, resgatando a humanidade dos tentáculos do mercado e da *Realpolitik*, pode-se, para eliminar o “*monstro suspenso*” sobre o conceito jurídico da Área como um patrimônio comum, preservado e aproveitado em benefício de toda a humanidade.

BIBLIOGRAFIA

ARTIGAS, Carmem. *Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación*. Santiago de Chile: CEPAL, 2001.

ATTAR, Franck. *Le Droit International entre Ordre et Chaos*. 1. ed. Paris : Hachette, 1994.

ATTARD, David J. (ed.) *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of The Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues. University of Malta, Malta. 13-15 December 1990*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 1991.

BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. 1.ed. Buenos Aires : Zavalia Editor, 1999.

BORGESE, Elizabeth Mann. *The Search for the Origin of Life*. In: *Future – The Aventis Magazine*. Schiltigheim, nº 3, 2000. Disponível em:

<http://212.38.30.154/forum/fut0003/3_2000_ambassador_of_seas.htm> Acesso em: <25 mai. 2002>

BROWN, E.D. *The Legal Regime of Deep Seabed Mining: An Overview*. In: *EEZ Technology*, Edition 04, fev./mar., 1999. (pp. 21-24) Disponível em: <<http://www.porttechnology.org/iczjournals/eez.04/index.shtml>> Acesso em: <25 mai. 2002>

CLANCY, Erin A. *The Tragedy of the Global Commons*. In: *Indiana Journal of Legal Studies*. Spring 1998, Vol. 5, issue 2. Disponível em:

<<http://ijgls.indiana.edu/archive/05/02/clancy.shtml>> Acesso em: <02 abr. 2002>.

DANILENKO, Gennady M. *International Jus Cogens: issues of Law Making*. In: *European Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, 1993. pp. 42-65. Disponível em: <<http://www.ejil.org/journal/Vol2/No1/art3.html>> Acesso em: <03 abr. 2002>

DELBRÜCK, Jost. *The Role of the United Nations in Dealing with Global Problems*. In: *Indiana Journal of Legal Studies*. Spring 1997, Vol. 4, issue 2. Disponível em:

<<http://ijgls.indiana.edu/archive/04/02/delbruck.shtml>> Acesso em: <02 abr. 2002>.

DUPUY, Pierre-Marie. *Technologie et ressources naturelles, «nouvelles» et «partagées»*. In: *Droit et Libertés à la fin du XX^e siècle – Influence des données économiques et technologiques – Études offertes à Claude-Albert Colliard*. Paris: Éditions A. Pedone, 1984. (pp. 197-205)

DUPUY, René-Jean. *La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds Marins*. In: *Droit et Libertés à la fin du XX^e siècle – Influence des données économiques et technologiques – Études offertes à Claude-Albert Colliard*. Paris: Éditions A. Pedone, 1984. (pp. 197-205)

_____, René-Jean & VIGNES, Daniel (eds.) *A Handbook on the New Law of the Sea*. Dordrecht/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoof Publishers, 1991.

FIORATI, Jete Jane. *A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados*. In: *Revista de Informação Legislativa*. a.34, n.133. Brasília, Subsecretaria de

Edições Técnicas do Senado Federal, jan.-mar., 1997, pp. 129-154.

_____, Jete Jane. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HALFAR, Jochen & FUJITA, Rodney. *Precautionary Management of Deep Sea Mining*. Disponível em: <http://www.environmentaldefense.org/documents/736_DeepSeaMining.pdf> Acesso em: <25 mai. 2002>

LODGE, Michael W. *The International Seabed Authority's Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*. In: *The CEPMLP Internet Journal*. Volume 10, Article 2. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol10-2.html>> Acesso em: <03 abr. 2002>.

LUAR, Evan. *The control of the sea-bed: a new international issue*. London: Heinemann, 1974.

MARKUSSEN, Jan Magne. *Deep Seabed Mining and the Environment: Consequences, Perceptions and Regulations*. In: BERGESEN, Helge Ole & PARMANN, Georg (eds.). *Green Globe Yearbook of International Co-operation on Environment and Development 1994*. Oxford: Oxford University Press, 1994. (pp. 31-39)

MAROTTA-RANGEL, Vicente. *Direito do Mar: os níveis da política e os fatores em causa*. In: FONSECA JÚNIOR, Gelson & LEÃO, Valdemar Carneiro (orgs.). *Temas de Política Externa Brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão/Editora Ática, 1989. (pp. 195-216)

_____, Vicente. *O Novo Direito do Mar e a América Latina [I]*. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Volume LXXIV, São Paulo: Universidade de São Paulo, jan.-dez., 1979, pp. 97-108.

_____, Vicente. *O Novo Direito do Mar e a América Latina [II]*. In:

Revista da Faculdade de Direito. Volume LXXV, São Paulo: Universidade de São Paulo, jan.-dez., 1980, pp. 41-51.

MATTOS, Adherbal Meira. *O Novo Direito do Mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MWENDA, Kenneth Kaoma. *Deep Sea-Bed Mining Under Customary International Law*. In: *E Law - Murdoch University Electronic Journal of Law*. Vol 7, N° 2, Jun. 2000. Disponível em: < <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n2/mwenda72.html> > Acesso em: <15 mai. 2002>

OXMAN, Bernard H. *The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea*. In: *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 3, 1993. pp. 353-371. Disponível em: < <http://www.ejil.org/journal/Vol7/No3/art1.html> > Acesso em: <03 abr. 2002>

PLATZÖDER, Renate. *Substantive Changes in a Multilateral Treaty Before its Entry into Force: The Case of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*. In: *European Journal of International Law*, Vol. 4, No. 3, 1993. pp. 390-417. Disponível em:

<<http://www.ejil.org/journal/Vol4/No3/art5.html> > Acesso em: <03 abr. 2002>

PONTECORVO, Giulio (ed.). *The New Order of the Oceans – The Advent of a Managed Environment*. New York: Columbia University Press, 1986.

RIBEIRO, Maria Cecília de Goes. *A Autoridade internacional dos fundos marinhos*. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SCHRIJVER, Nicolaas Jaan. *Sovereignty over Natural Resources*:

Balancing rights and duties in an interdependent world. 1995. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Groningen, Groningen.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *Derechos Humanos, Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente/ Human Rights, Sustainable Development and the Environment/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente (Seminário de Brasília de 1992)*. San José de Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Banco Interamericano de Desarrollo, 1992.

_____, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente – paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

UNITED NATIONS. *The law of the sea concept of the common heritage of mankind : legislative history of articles 133 to 150 and 311, 6, of the United Nations Convention on the Law of the Sea*. New York: United Nations, 1996.



**A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1986 SOBRE DIREITO
DOS TRATADOS ENTRE ESTADOS E ORGANIZAÇÕES
INTERNACIONAIS E ENTRE ORGANIZAÇÕES INTERNA-
CIONAIS: ESTADO ATUAL DA MATÉRIA NO DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

Maurício da Costa Carvalho Bernardes (Relator)

Gustavo Teixeira Chadid

Paulo Camargo Carneiro



Introdução

Uma das mais importantes obras jurídicas produzidas ao longo do século XX foi a codificação do chamado Direito dos Tratados, a qual retirou a matéria do âmbito do direito costumeiro, onde havia permanecido durante vários séculos, dando-lhe a segurança e a certeza características do direito positivo. Fruto de um esforço da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a codificação do Direito dos Tratados está materializada nas duas grandes convenções celebradas sobre o assunto: a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados, concluída em 22 de maio de 1969, e a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais, terminada em 21 de março de 1986.

Muito já se escreveu sobre a Convenção de Viena de 1969, sendo um texto legal amplamente conhecido, estudado e divulgado. Trata-se de uma convenção que já vigora desde 1980, quando alcançou o número mínimo de ratificações exigido. Da mesma condição não goza a Convenção de Viena de 1986: pouco se há discutido sobre este instrumento jurídico, que ainda não está em vigor porque não atingiu o número necessário de ratificações. Sua importância, contudo, não é menor do que a de sua análoga de 1969, pois, com a proliferação dos organismos internacionais após a Segunda Guerra Mundial e com o término da Guerra Fria, tem crescido o número de tratados cujo regime jurídico não mais se enquadra nos parâmetros da primeira Convenção de Viena. Por isso, torna-se cada vez maior a necessidade de ratificar a Convenção de 1986 e de dar conhecimento aos operadores do direito do conteúdo das normas contidas nesse acordo²⁵⁰.

²⁴⁰ Embora não esteja em vigor, muitas das normas contidas na Convenção de 1986 possuem já eficácia porque fazem parte do direito costumeiro. Segundo Nicolas de PIÉROLA Y BALTA, “la circunstancia de que la Convención de 1986 no esté todavía en vigor no impide que muchas de sus normas – aquellas de origen consuetudinario – se apliquen en todos los Tratados celebrados entre Estados y Organismos Internacionales, como ocurre *inter alia* en los Convenios de Sede de los Organismos Internacionales”. Las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados: algunas consideraciones. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, vol.43, n.103, p.69, ene./jun.1994

O objetivo principal deste trabalho é, justamente, analisar o estado atual desta Convenção, seu impacto para a sociedade internacional e para o Brasil em particular. Para tanto, será preciso fazer um breve histórico desta Convenção, analisando o caminho para a codificação do direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais. O entendimento da evolução doutrinária sobre os sujeitos de direito das gentes, em virtude do crescimento da importância desses organismos na vida internacional, passa a ser fundamental para a compreensão da importância da Convenção estudada.

Em um segundo momento, busca-se, de forma bastante genérica, a análise das principais disposições da Convenção de 1986, sempre tendo como referência para comparação a Convenção de Viena de 1969. Dessa forma, a visualização dos principais pontos de diferença e congruência entre os dois instrumentos tende a tornar a compreensão do instrumento de 1986 mais claro e preciso. Acredita-se que a análise comparativa realçará os principais objetivos e as particularidades da Convenção de 1986.

Cabe a lembrança de que as duas primeiras partes do trabalho não serão objeto de análise exaustiva. Em virtude da já realização de diversos estudos sobre ambas as convenções e sobre a evolução histórica das organizações internacionais, esses componentes terão a função de dar o mínimo entendimento das características da Convenção de 1986 no intuito de podermos compreender melhor não só o seu estado atual na cena internacional, mas também suas possibilidades práticas de utilização.

Dessa forma, a análise do estado atual da Convenção, baseado em informações da Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, reveste-se de especial importância, uma vez que percebemos uma tendência ao esquecimento desse instrumento, principalmente por parte dos Estados. Igualmente, busca-se entender as principais resistências para o alcance do número mínimo de ratificações entre os Estados, por meio da análise de reservas e objeções à Convenção.

Como bem sabemos, o trabalho do diplomata está cada vez mais vinculado às atividades das organizações internacionais. Sendo o tratado o principal meio formal de externalização da vontade das partes para a consecução de fins comuns, busca-se a análise da utilização da Convenção de 1986 por meio do estudo de diversos casos concretos. Ainda que não haja menção expressa à Convenção, percebe-se que diversos acordos entre Estados e organizações internacionais seguem o arcabouço jurídico da Convenção.

Por fim, o trabalho estaria incompleto se não dedicássemos algumas notas sobre a posição brasileira em relação à Convenção de 1986.

Cabe a lembrança de que o principal objetivo do trabalho é a realização de um estudo bastante prático da Convenção de 1986, em função da sua grande utilidade para o melhor trabalho do diplomata. Embora sem esquecer aspectos doutrinários importantes, acredita-se que inúmeros trabalhos de imensa qualidade já foram escritos sobre o tema. Contudo, os exemplos de estudos que apresentem a utilização prática da Convenção são bastante limitados. Tampouco encontramos muitas referências sobre o estado atual da Convenção em estudo. O trabalho visa a preencher algumas dessas lacunas e fornecer um guia prático para a aplicação da Convenção de 1986.

1. Histórico DA CONVENÇÃO DE 1986

A origem da codificação do direito dos tratados referente aos acordos celebrados entre Estados e organizações internacionais e entre organizações internacionais entre si confunde-se com a origem das próprias organizações internacionais e com os debates e estudos sobre suas diferenças enquanto sujeitos de direito internacional dos sujeitos clássicos, ou seja, os próprios Estados. Assim, a percepção de que as normas jurídicas que regem os tratados celebrados tendo esses entes como uma das partes deveriam ser diferentes das normas jurídicas que regem a celebração dos demais trata-

dos nasceu quando, em primeiro lugar, notou-se que as organizações internacionais eram sujeitos de direito internacional e, em segundo lugar, tinham poder para celebrar tratados.

Não há como separar a história da Convenção de Viena de 1986 da história do estudo da personalidade jurídica e do chamado *treaty-making power*²⁴¹ das organizações internacionais. Uma vez entendido que essas organizações eram sujeitos distintos dos Estados e que, exatamente por isso, não gozavam como estes da faculdade de celebrar todo e qualquer acordo, fez-se premente a necessidade de positivizar as regras que regulariam a produção normativa própria das organizações internacionais.

As discussões sobre a personalidade jurídica das organizações internacionais ganharam fôlego ao tempo da Liga das Nações, não existindo ainda preocupações acerca da capacidade de esse organismo celebrar tratados. Era pacífico entre os juristas a existência da personalidade jurídica da Liga. Embora não houvesse polêmica, os escritos dos doutrinadores da época concordando com a personalidade jurídica daquele organismo serviram como um ponto de partida para as futuras discussões sobre o tema. Com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU), o número de organizações internacionais começou a aumentar rapidamente e uma série de novos problemas envolvendo as agências especializadas da ONU despertaram a atenção dos juristas, que levaram a questão da personalidade jurídica da organização e de sua capacidade para celebrar tratados à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI).

Em 1950, a questão do Direito dos Tratados foi debatida na CDI pela primeira vez. Naquela ocasião, o acadêmico J.G. Starke chegou a afirmar a impossibilidade de aplicar com rigor a regra segundo a qual somente os Estados que preenchessem certos requisitos é que

²⁴¹ A expressão *treaty-making power* apresenta vários sentidos como: capacidade de celebrar tratados, lugar onde se encontra dita capacidade; processo de formação da vontade que determina decisivamente a intenção de um ente de direito internacional de comprometer-se juridicamente com outros. Nesse trabalho, a expressão refere-se ao primeiro sentido acima: de capacidade de celebrar tratados.

poderiam ser partes em tratados, o que abria a possibilidade de que outros sujeitos de direito das gentes pudessem celebrá-los. Os quatro primeiros relatores da matéria, os professores James Brierly, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice e Humphrey Waldock, foram ainda mais além e endossaram a tese de que as organizações internacionais tinham poder de celebrar tratados, mas, curiosamente, nada incluíram no projeto final que viria a ser a Convenção de Viena de 1969. O motivo alegado para tal omissão foi evitar que a Convenção de 1969 se tornasse muito complexa pela inclusão de normas que diziam respeito a um regime jurídico distinto (o das organizações internacionais)²⁵².

Preferiram, então, os responsáveis pela matéria esperar um momento oportuno para discutir o tema de forma exclusiva e aprofundada. De qualquer modo, naquele momento, os estudos e análises sobre a personalidade jurídica internacional e a capacidade de celebrar tratados das organizações internacionais já aumentavam de número, acumulando um patrimônio jurídico precioso para a futura codificação.

Tratou-se de uma decisão acertada da CDI porque, a partir de 1969, o tratamento jurídico das organizações internacionais ganhou importância e a doutrina passou a observar mais atentamente os desenvolvimentos da prática dessas instituições. Prova disso foi, por exemplo, a inclusão da hipótese de tratados celebrados com organizações internacionais entre as competências da União na constituição brasileira de 1967 (art.8º,I), caso não divisado pelo constituinte de 1946, e que encontrou guarida na Carta de 1988 (art.21,I).

Após alguns anos, o assentimento da doutrina e da prática acabou por alterar o ponto de vista contrário à existência do *treaty-making power* das organizações internacionais de alguns juristas como os dos países socialistas, extremamente positivistas. Estes sustentavam a teoria de que as organizações internacionais tinham per-

²⁴² Essa é a explicação de José Henrique Fischel de ANDRADE, O *treaty-making power* das organizações internacionais, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol.32, n.128, out./dez.1995, pág.97

sonalidade jurídica distinta daquelas de seus Estados membros, não contando com poder de celebrar tratados próprios. Exemplo desse pensamento são as lições do professor soviético G. Tunkin, para quem as organizações internacionais eram mera entidades criadas pelos Estados, sendo a personalidade jurídica daquelas uma simples projeção da soma das personalidades jurídicas destes²⁵³.

A mudança dessa posição permitiu que, em 1971, a CDI lan-
çasse as bases de uma nova convenção, desta vez sobre Direito dos
Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Orga-
nizações Internacionais. Até que a Convenção de Viena de 1986 esti-
vesse terminada foram levados ao relator, o professor francês Paul
Reuter, onze relatórios. Decidiu-se que o novo instrumento jurídico
seguiria a mesma estrutura da Convenção de Viena anterior, levando-
se ao debate no plenário apenas os artigos capazes de suscitar dúvidas.

A boa técnica empregada permitiu que os trabalhos fossem
concluídos em 1986, com grande êxito. No texto final, foi consa-
grado o princípio basilar do Direito dos Tratados relativos às orga-
nizações internacionais: o de que a capacidade de celebrar tratados
de uma organização é regida pelas regras da própria organização
(art.6º, Convenção de Viena de 1986). De acordo com esse
posicionamento, a capacidade das organizações depende do direito
peculiar a cada uma, isto é, são os atos constitutivos, as decisões e
resoluções e a própria prática de cada organização que determinam
a capacidade para concluir tratados²⁵⁴.

²⁴³ Essa noção aparece no trabalho de Tunkin, "International Law in the International System", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Haia, v.147, n.IV, 1975

²⁴⁴ De acordo com George Rodrigo Bandeira GALINDO, "A capacidade das organizações internacionais para celebrar tratados se liga à doutrina dos poderes implícitos. Tal teoria se desenvolveu tendo como exemplo a prática da ONU. Todavia, não há qualquer inconveniente em aplicar seus pressupostos às outras organizações internacionais. Afirmo ela que os direitos e deveres de uma entidade como a ONU devem depender de seus propósitos e funções especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática. De tal afirmação, podemos extrair que uma organização tem capacidade para celebrar tratados que apenas se relacionem com seus fins". In: "A capacidade para celebrar tratados (treaty-making power) das organizações internacionais de integração econômica". Online. Available: <http://elologica.br.inter.net/macsdp/inter.html>

2. *Análise Comparativa entre as Convenção de Viena de 1969 e de 1986*

Conforme mencionado anteriormente, a Convenção de Viena de 1986 tem estrutura análoga à sua antecessora, a Convenção de Viena de 1969. Isso facilita o conhecimento e a observância das normas nela contidas porque, em sua maior parte, elas são idênticas. As duas Convenções são uniformes e complementares porque ambas codificam um direito costumeiro cuja base é comum. Não é outro o motivo pelo qual os 72 primeiros artigos de ambos os tratados serem idênticos. A diferença somente aparece nos pontos que dizem respeito à especificidade do *treaty-making power* das organizações internacionais.

Uma comparação entre os principais dispositivos dos dois tratados deixa bem clara a congruência existente entre elas. O artigo 1º de cada uma, por exemplo, cuida da competência em razão da pessoa (*ratione personae*), ou seja, delimita quais os sujeitos de direitos obrigados por suas normas. No caso da Convenção de 1969, o texto é claro ao mencionar somente os Estados. Já a Convenção de 1986 menciona duas hipóteses: tratados celebrados entre Estados e organizações internacionais e tratados celebrados entre organizações internacionais. O artigo 2º de ambas as convenções, por sua vez, cuida da competência *ratione materiae*, definindo o que se deve entender por “tratado”. A Convenção de 1969 define “tratado” como acordo por escrito entre dois ou mais Estados. A definição da Convenção de 1986 é quase idêntica: “tratado” é acordo por escrito entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais ou entre organizações. Da mesma forma, o art.4º dos dois instrumentos jurídicos internacionais cuida da competência *ratione temporis*, prescrevendo a aplicação da convenção desde o momento em que esse texto legal entrou em vigor para o Estado que a assinou, no caso da Convenção de 1969, ou ainda desde o momento que a organização a assinou, no caso da Convenção de 1986.

A similitude entre os textos legais prossegue em vários outros artigos. Os artigos 81 e 82 da Convenção de 1969 define o que se deve entender por “Estado” como aqueles entes capazes de ser membros da ONU ou de algum de seus organismos especializados, bem como os que são membros da Corte Internacional de Justiça e os que forem convidados pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Os artigos 82 e 83 da Convenção de 1986, de outra parte, definem “Estado” de modo muito mais abrangente: como o ente com pleno poder de celebrar tratados, ou seja, gozando de soberania. A segunda Convenção de Viena adotou essa definição baseada no conceito amplo de soberania em razão da própria evolução da comunidade internacional ocorrida entre 1969 e 1986. Nesse interregno, o fenômeno da descolonização generalizou-se e uma série de novos Estados que não eram membros das Nações Unidas nem de seus organismos especializados e muitos menos da Corte Internacional de Justiça, sem também dispor de convite da Assembléia Geral da ONU emergiu²⁴⁵. Criou-se, então, uma situação inusitada de Estados com capacidade para celebrar tratados que estavam fora do âmbito de aplicação da Convenção de Viena de 1969. A Convenção de Viena de 1986, ao incorporar o conceito amplo de “Estados”, procurou contemplar essa hipótese e outras que eventualmente pudessem surgir, prevenindo longas controvérsias jurídicas quanto a sua aplicação futura.

Outros sujeitos de direito internacional são definidos nas convenções. O artigo 3º de ambos os tratados mencionam a existência de outros sujeitos que não sejam Estados, sendo claro que no caso da Convenção de 1969 esses outros sujeitos referem-se às organizações internacionais. Não existe, entretanto, uma definição do que se deveria entender por “organização internacional” na primeira Convenção de Viena. Essa definição, contudo, é expressa na segunda convenção, em seus artigos 2.1 (i) e 84. Ali está estabeleci-

²⁴⁵ O caso mais conhecido a esse respeito e que gerou grande debate na doutrina foi o da Namíbia.

do que uma organização internacional é sempre aquela formada pelo acordo entre Estados soberanos, ou seja, com natureza intergovernamental. Estão excluídas, portanto, as organizações não-governamentais e as empresas multinacionais assim como também não se enquadram na definição as organizações do tipo supranacional, como a União Européia. Igualmente, é exigido das organizações internacionais que estas tenham a capacidade de celebrar tratados, o que permite distinguir uma organização de um mero acordo multilateral. Segundo Cançado Trindade, essa definição restritiva de organização internacional visava à eliminação das organizações não-governamentais do escopo da Convenção, em função da violenta resistência dos Estados. Outra consequência interessante da definição dada pela Convenção é que ao mesmo tempo que possui um caráter restritivo, ela permite que qualquer organização intergovernamental seja considerada como organização internacional, independentemente de elementos doutrinários como a existência de órgãos físicos (sede), vontade independente das dos membros que a compõe e personalidade jurídica.

A novidade da Convenção de 1986 é a referência a novos sujeitos de direito internacional distintos dos sujeitos clássicos. Quando o artigo 3º da Convenção de 1986 remete a “outros sujeitos de direito internacional”, ao contrário da Convenção anterior, ele não está tratando de organizações internacionais, mas de casos não previstos como, por exemplo, as mencionadas organizações supranacionais, alguns entes federados com capacidade de celebrar tratados como os cantões suíços, hipóteses de sujeitos assemelhados a Estados como a Ordem Soberana de Malta, a questão dos beligerantes e dos movimentos de libertação nacional. Mais uma vez, a segunda Convenção de Viena incorporou os avanços da vida internacional, procurando não esgotar o rol de possibilidades que o futuro venha a concretizar. Assim, novos sujeitos de direito internacional atualmente em discussão na doutrina como a pessoa humana ou a humanidade contarão com algum suporte jurídico no momento em que a Convenção de 1986 estiver em vigor.

Outra grande inovação é a positivação do chamado *jus cogens*, um tema que muita polêmica vinha causando entre os doutrinadores. Os artigos 53 e 64 da Convenção de 1969 afirmam a existência de normas cogentes em direito internacional, capazes inclusive de derrogar tratados. O artigo 54 da dita convenção chega até a estabelecer os requisitos²⁴⁶ para que essas normas cogentes e de hierarquia superior possam ser identificadas em meio às demais normas do direito das gentes. Esses mesmos requisitos estão repetidos nos artigos 53 e 64 da Convenção de 1986, o que mostra a coerência da Convenção de Viena mais recente com o ordenamento jusinternacional esboçado desde os primeiros trabalhos da CDI.

Como se vê, as semelhanças predominam nos dois instrumentos legais, mas existem ainda diferenças bastante marcantes. É o caso do artigo 73 da Convenção de 1986, o qual estabelece que, em caso de conflito entre as duas convenções, prevalece a de 1969. Também exclusivo da Convenção de 1986 é o artigo 74.3, o qual prescreve que o tratado assinado por uma organização não obriga os seus membros a não ser que estes aceitem tal tratado. Outra importante diferença reside no mecanismo de solução de controvérsias projetado para a Convenção de 1986. Enquanto as disputas envolvendo a Convenção de 1969 somente poderiam ser resolvidas mediante conciliação ou julgamento da Corte Internacional de Justiça, a de 1986 estabelece, além desses métodos, a possibilidade de que a Corte Internacional de Justiça emita um parecer com força vinculante na hipótese de casos envolvendo organizações e regras de *jus cogens*.

3. Estado Atual da Convenção de Viena de 1986

O principal documento internacional que faz menção recente à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Inter-

²⁴⁶ São alguns desses requisitos: imperatividade, caráter geral e jamais local, aceitação de que a norma não admite acordo em contrário nem possa ser afastada pelas partes.

nacionais de 1986 é a resolução 53/100 adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de janeiro de 1999. Essa resolução é parte integrante da chamada Década do Direito Internacional das Nações Unidas (1990-1999), cujos objetivos eram: a promoção da aceitação e do respeito aos princípios de Direito Internacional; a promoção de meios e métodos para a pacífica solução de controvérsias entre Estados; encorajar o progressivo desenvolvimento e a codificação do Direito Internacional e encorajar o ensino, o estudo, a disseminação e maior apreciação do Direito Internacional.

Nesse sentido, a resolução 53/100 lembra que a Convenção de Viena de 1986 é um dos instrumentos adotados sob a égide das Nações Unidas que codifica a lei dos tratados, reafirmando o positivo impacto prático dessa convenção no convívio entre Estados e organizações internacionais. Cabe a lembrança de que a Secretária-Geral das Nações Unidas, por intermédio de seu Secretário-Geral Javier Pérez de Cuellar, assinou a Convenção de Viena de 1986 em nome da Organização das Nações Unidas.

No artigo 6 do relatório do Grupo de Trabalho do Sexto Comitê, o seu presidente autoriza ao Secretário-Geral o depósito, em favor das Nações Unidas, do ato formal de ratificação da Convenção de Viena de 1986, de acordo com o seu artigo 83. Além disso, o relatório encoraja Estados e organizações internacionais a ratificar, depositar ou assinar a Convenção no espaço de tempo mais breve possível.

A confirmação formal da Convenção de Viena de 1986 pela Nações Unidas deu um novo impulso no esforço de ratificações desse instrumento jurídico. Logo após a conclusão dos debates sobre a Convenção em 21 de março de 1986, percebe-se um grande número de assinaturas por parte dos Estados, já que dos 41 países que assinaram a Convenção, 35 o fizeram entre 1986 e 1987.

Apesar do bom número de assinaturas nos dois primeiros anos de existência da Convenção, o esforço de ratificação dos países signatários apresentou-se bastante mais complicado. A maioria dos instrumentos de ratificação, acesso ou confirmação formal foram depositados nas Nações Unidas até 1992. Entre 1992 e 1999, houve uma espécie de “limbo” no esforço de ratificação da Convenção, em função do baixo número de depósitos realizados. Croácia, Dinamarca e Holanda foram os três únicos países a ratificarem o documento nesse período.

Algumas razões são apresentadas para o baixo número de ratificações no período indicado. Primeiramente, em função da utilidade prática do instrumento, cujo arcabouço jurídico já era posto em prática entre Estados e organizações internacionais mesmo antes da Convenção de 1986, muitos Estados julgaram desnecessário empreender grandes esforços em seus legislativos para a aprovação do instrumento. Cabe a lembrança de que o processo de solução judicial, arbitragem e conciliação proposto pela Convenção gera insatisfação em muitos legislativos, da mesma forma que impede a ratificação até da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 em diversos países, inclusive no Brasil. Dessa forma, a utilização tácita dos artigos da Convenção de 1986 e o pouco número de controvérsias na interpretação de tratados entre Estados e organizações internacionais impediram que os executivos nacionais realizassem uma gestão política mais efetiva no sentido da aprovação da Convenção. Assim, os esforços políticos foram canalizados para instrumentos jurídicos de aprovação mais urgentes e com conteúdos mais polêmicos, ao contrário da Convenção de 1986, segundo.

Outro motivo alegado para o período de “esquecimento” da Convenção é a preferência da informalidade de muitas organizações internacionais, principalmente nos acordos entre si. Com exceção dos tratados de sede das organizações internacionais e Estados, cuja elaboração é bastante cuidadosa e detalhada, percebe-se um

tratamento mais simples nas demais decisões acordadas entre Estados e organizações internacionais.

Contudo, após as recomendações da resolução 53/100 da Assembleia Geral das Nações Unidas, as ratificações receberam um novo impulso, principalmente entre organizações internacionais vinculadas à ONU. Após a ratificação da Organização das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1998, a AIEA (Agência Internacional de Energia Atômica), a OACI (Organização da Aviação Civil Internacional), a INTERPOL (Organização de Polícia Criminal Internacional), a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a OMI (Organização Marítima Internacional), a OPAQ (Organização para a Proibição de Armas Químicas), a UNIDO (Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial), a OMS (Organização Mundial da Saúde) e a OMPI (Organização Mundial para Propriedade Intelectual) depositaram seus instrumentos de ratificação ou confirmação formal na sede das Nações Unidas em Nova Iorque.

Nada mais coerente que na Década do Direito Internacional das Nações Unidas houvesse um esforço para que as organizações internacionais vinculadas à ONU fizessem parte do quadro da Convenção de Viena de 1986, consoante as orientações do sexto grupo de trabalho da Assembleia Geral. Além disso, o artigo 63 da Carta das Nações Unidas determina que esses órgãos especializados estão vinculados às ações da ONU, além do exercício das funções de coordenação e cooperação por meio do Conselho Econômico Social, conforme o artigo 60 da própria Carta. Cabe a lembrança de que a participação de organizações internacionais outras que não as vinculadas à ONU é praticamente inexistente. Se cabe críticas aos Estados pela dificuldade de ratificação dos instrumentos assinados ou pela não-acessão ao instrumento, as organizações internacionais também não colaboram ou não demonstram qualquer esforço no sentido de dar maior segurança as suas relações com os Estados por meio da adesão à Convenção de 1986.

3.1. Quais os Estados e Organizações Internacionais que são partes na Convenção de 1986 ²⁵⁷

Segundo o artigo 85 da Convenção de 1986, esta entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir a data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão pelos Estados ou pela Namíbia, representada pelo Conselho das Nações Unidas para a Namíbia. De acordo como o parágrafo primeiro do artigo 85, os instrumentos de confirmação formal depositados pelas organizações internacionais não contam para a entrada em vigência da Convenção.

A Convenção foi aberta para assinatura para todos os Estados, Namíbia e Organizações Internacionais convidadas para a Conferência, até 31 de dezembro de 1986 no Ministério das Relações Exteriores da República da Áustria, e, posteriormente, na sede das Nações Unidas em Nova Iorque. Até o dia 10 de maio de 2002, 41 Estados tinham assinado ou foram sucessores da assinatura da Convenção de Viena de 1986, quais sejam: 1) Argentina, 2) Austrália, 3) Áustria, 4) Bielo-Rússia, 5) Bélgica, 6) Benin, 7) Bósnia e Herzegovina, 8) Brasil, 9) Bulgária, 10) Burkina Faso, 11) Costa do Marfim, 12) Croácia, 13) Chipre, 14) República Checa, 15) República Democrática do Congo, 16) Dinamarca, 17) Egito, 18) Estônia, 19) Alemanha, 20) Grécia, 21) Hungria, 22) Itália, 23) Japão, 24) Liechtenstein, 25) Malawi, 26) México, 27) Marrocos, 28) Holanda, 29) República da Coreia, 30) Moldova, 31) Senegal, 32) Eslováquia, 33) Espanha, 34) Sudão, 35) Suécia, 36) Suíça, 37) Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, 38) Uruguai, 39) Yugoslávia, 40) Zâmbia e 41) Estados Unidos da América.

Apesar do número suficiente de assinaturas para a entrada em vigência da Convenção de Viena de 1986, somente 26 dos 41 Estados depositaram seus instrumentos de ratificação nas Nações

²⁴⁷ Fundamentado em informações fornecidas pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty.

Unidas, quais sejam: 1) Argentina, 2) Austrália, 3) Áustria, 4) Bielo-Rússia, 5) Bélgica, 6) Bulgária, 7) Croácia, 8) Chipre, 9) República Checa, 10) Dinamarca, 11) Estônia, 12) Alemanha, 13) Grécia, 14) Hungria, 15) Itália, 16) Liechtenstein, 17) México, 18) Holanda, 19) Moldova, 20) Senegal, 21) Eslováquia, 22) Espanha, 23) Suécia, 24) Suíça, 25) Reino Unido, 26) Uruguai. Dessa forma, a Convenção não está em vigência formal em virtude da insuficiência do número mínimo de ratificações.

Em relação a Organizações Internacionais, houve 15 assinaturas, principalmente entre as Agências vinculadas às Nações Unidas. A honrosa exceção fica por conta do Conselho Europeu – a única Organização Internacional intergovernamental não vinculada à ONU que assinou a Convenção em maio de 1987, embora não tenha ratificado o instrumento. Além do Conselho Europeu, a FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura), a UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura), a UIT (União Internacional de Telecomunicações) e a OMM (Organização Meteorológica Mundial) não depositaram a confirmação formal da Convenção nas Nações Unidas. Portanto, a Convenção tem 36 partes entre Organizações Internacionais e Estados.

3.2 Principais Resistências para a ratificação e assinatura da Convenção de 1986

A principal resistência para um maior número de ratificações entre os Estados, conforme preliminarmente abordado, é a dificuldade de aceitar o processo de solução judicial, arbitragem e conciliação previstos no artigo 66 da Convenção. Como bem sabemos, há grande resistência por parte de diversos Estados acerca da aceitação da jurisdição ou até mesmo dos pareceres da Corte Internacional Justiça – órgão previsto pelo artigo 66 para dirimir os conflitos. Contudo, já no início dos anos 80, a Corte Internacional era

responsável por dirimir questões de interpretação de acordos entre Estados e organizações internacionais, como no caso da retirada da Organização Mundial de Saúde (OMS) de território egípcio. Nesse caso, o parecer da Corte favorável ao Egito, em virtude do não-cumprimento, por parte da OMS, de suas obrigações no tocante à extinção da obrigação contratual firmada e ratificada em 1951, apesar de permitir a mudança da sede do organismo internacional. A ponderada decisão da Corte, neste caso, somente demonstra que o receio dos Estados em submeter tais questões à Corte é infundado.

Além disso, as particularidades na aplicação de regras de *jus cogens* para a nulidade do tratado (artigo 53) ou para a extinção do tratado por advento de norma de *jus cogens* superveniente (artigo 64) são alvos de reservas por parte de muitos Estados. Resek chega a afirmar que a teoria do *jus cogens* é francamente hostil à idéia do consentimento como base necessária do direito internacional, sendo um perigo à idéia de soberania estatal, uma vez que tais regras imperativas estariam ainda em processo de formação²⁵⁸. Embora consideremos o entendimento de Rezek anacrônico e desatualizado, em função de uma realidade internacional perversa que requer a utilização de normas de direito das gentes que se imponham objetivamente aos Estados, no sentido da reafirmação do conceito de justiça, muitos Estados utilizam-se desse ponto para denegar a assinatura ou ratificação da Convenção de 1986.

Por fim, ainda impera, entre alguns Estados, a ideia de que as Organizações Internacionais intergovernamentais são fruto da vontade dos Estados, sendo suas decisões vinculadas aos seus desígnios. Dessa forma, a organização internacional não poderia afetar o Estado pelo estabelecimento de obrigações e direitos em virtude de um tratado no qual a organização é parte, a contrário senso do artigo 74.3 da Convenção. Ora, conforme analisado na primeira parte deste trabalho, esse tipo de posição nega a própria essência de

²⁴⁸ Resek, J. Francisco – Direito Internacional Público – Curso Elementar, pág. 121.

uma organização internacional, que é a sua capacidade de agir por meio de vontade própria, diferentemente da vontade estatal, ou seja, uma personalidade internacional independente da de seus membros. Talvez ainda por influência do direito socialista, defensor desse tipo de abordagem hermenêutica, a Bulgária ratificou a Convenção de Viena com reservas ao artigo supracitado, alegando que a organização internacional da qual a Bulgária seja parte somente pode estabelecer obrigações se o Estado membro expressar seu consentimento prévio em cada caso individual. Na opinião do grupo, tal anacronismo deveria ser sujeito a severa objeção por parte dos outros países que já ratificaram a Convenção, uma vez que se trata de uma posição flagrantemente contrária e incompatível com o espírito e o objeto da Convenção de 1986. Entretanto, sabemos que esse tipo de concepção doutrinária de organizações internacionais, infelizmente, é bastante presente entre diversos Estados, impossibilitando, pois, um maior número de ratificações e assinaturas da Convenção de Viena de 1986.

4. Tipos de Tratados em que a Convenção de 1986 pode ser evocada

Uma das principais vantagens de se conhecer de maneira mais aprofundada a Convenção de Viena de 1986 é utilidade prática de seus instrumentos e de seu arcabouço jurídico para atividade cotidiana do diplomata. Como bem sabemos, o fenômeno das organizações internacionais adquire grande relevo no Século XX, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, sendo parte importante da organização temática de qualquer chancelaria no mundo. O próprio Itamaraty dispõe de uma Subsecretaria-Geral de Assuntos Políticos Multilaterais, responsável pela coordenação de diversas divisões como a Divisão da Organização dos Estados Americanos, a Divisão das Nações Unidas, o Departamento de Organismos Internacionais, a Divisão de Acordos Multilaterais Cultu-

rais, todas com seus trabalhos voltados diretamente ao trato de questões vinculadas a organismos internacionais. Não esquecendo também da Divisão Jurídica e da Consultoria Jurídica, que trabalham diretamente com pareceres de acordos internacionais entre o Brasil e as organizações internacionais. As complexas relações internacionais contemporâneas e a crescente atuação dos Estados no âmbito multilateral – surgidas em virtude do fortalecimento das organizações internacionais – tornam necessários não só o conhecimento jurídico-doutrinário da teoria das organizações internacionais, mas também o entendimento sobre os modos de relacionamento entre os Estados, cuja representação internacional é feita principalmente por diplomatas, e tais organizações.

Por certo, o instrumento básico de relacionamento entre sujeitos de direito das gentes é o tratado, em função das garantias formais que proporcionam às partes, colocando a vontade jurídica dos mesmos em produzir efeitos jurídicos dentro de um arcabouço codificado, principalmente, pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (em vigência desde janeiro de 1980). Contudo, a ênfase dada aos tratados entre Estados, prejudica a efetiva aplicação das normas da Convenção de Viena de 1969 em relação aos acordos assinados entre Estados e organizações internacionais. A Convenção de Viena de 1986 surge com o intuito de solucionar essa lacuna com o gradual aumento da participação das organizações internacionais na vida internacional, codificando uma relação costumeira e, de fato, já existente.

Apesar da Convenção de 1986 não estar ainda em vigência, vários acordos entre Estados e organizações e entre as próprias organizações internacionais já utilizam claramente seu arcabouço jurídico. O objetivo do trabalho, a partir desse momento, é apresentar alguns exemplos práticos dessa utilização, analisando a diversidade de possibilidades na aplicação da Convenção na esfera jurídica internacional, por meio de estudos de casos específicos.

4.1 Acordos de Sede

O exemplo mais comum de tratados entre Estados e organizações internacionais é o acordo para o estabelecimento de sede de uma organização internacional em um Estado. Além de ser o paradigma mais comum, um completo acordo de sede permite a análise de uma série de outros instrumentos previstos na Convenção de 1986.

Como exemplo para o estudo em tela, utilizaremos o acordo de sede firmado entre o governo português e a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Os artigos 1º e 2º do acordo de sede fazem reconhecimento da CPLP como organização intergovernamental, consoante Declaração Constitutiva dos Chefes de Estado e Governo de 1996, e reafirmam a sua capacidade jurídica de celebrar tratados. Assim, estão atendidos os artigos 1º, 2º, 3º e 6º da Convenção de 1986, que, respectivamente, tratam da competência em razão da pessoa; das definições de Estado e organizações internacionais, e, por exclusão, dos acordos internacionais excluídos do âmbito da Convenção de 1986; além do reconhecimento da capacidade de uma organização internacional concluir tratados.

Os artigos 7º (atribuição de plenos poderes), artigo 10 (autenticidade do texto pela assinatura dos instrumentos), o artigo 14 (consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela ratificação ou ato de confirmação), o artigo 16 (previsão da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação) e o artigo 24 (entrada em vigor) da Convenção de 1986 estão contemplados nesse acordo de sede quando esta afirma que: “*Em testemunho do que os abaixo assinados, devidamente autorizados para esse efeito assinaram o Acordo Suplementar*” e “*O presente Acordo entrará em vigor 30 dias a partir da data da publicação no Diário da República do Aviso de troca dos instrumentos de ratificação*”.

O artigo 14 do acordo de sede da CPLP dispõe que “As consultas respeitantes à modificação deste Acordo serão encetadas a pedido de qualquer das partes, devendo tais modificações ser estabelecidas por mútuo consentimento”, atendendo o artigo 39 da Convenção que trata da regra geral relativa à emenda dos tratados. Da mesma forma, a extinção do acordo da CPLP segue determinação do artigo 54 (extinção ou retirada de um tratado em virtude de suas disposições ou por consentimento das partes) e do artigo 61 (impossibilidade do cumprimento do objeto jurídico do tratado) da Convenção quando declara que: *“Este Acordo deixa de vigorar: por mútuo consentimento das partes; ou se a Sede da CPLP for transferida do território português, excepto no que diz respeito à boa conclusão do exercício das funções do Secretariado Executivo e da disposição dos seu bens”*. Ainda que redundante, cabe a lembrança de que a impossibilidade jurídica do tratado de sede apresenta-se na transferência da CPLP do território português.

Embora esse acordo específico não trate de regras de interpretação, os acordos de sede da Organização Mundial de Comércio e do Comitê Internacional da Cruz Vermelha regulam como deve ser estabelecida a solução de controvérsias, conforme o artigo 66 da Convenção de 1986, inclusive com a possibilidade de intervenção da Corte Internacional de Justiça, como depreendemos do artigo 22 de ambos os acordos.

Como podemos perceber, a análise de alguns tratados de sede aleatórios trazem uma série de elementos constantes da Convenção de Viena de 1986, ainda que não haja expressa menção. Nota-se, contudo uma certa constância nos elementos constitutivos dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais que seguem os padrões determinados pela Convenção, fazendo com que o conhecimento de sua estrutura torne-se relevante mesmo que ainda não esteja em vigência.

4.2 Acordos de Privilégios e Imunidades

Os acordos de privilégios e imunidades normalmente estão inseridos no corpo dos acordos de sede, embora possamos afirmar que, em virtude da diferença de objetos, trata-se de um tratado complementar no sentido de facilitar o pleno exercício do acordo principal. Nada impede, porém, que acordos especiais de privilégios e imunidades sejam assinados separadamente por ocasião da participação de representantes de organizações internacionais em missões transitórias ou em lugares em que a organização não pretende usufruir de uma sede permanente ou transitória.

Tratados mais complexos contemplam uma série de imunidades e privilégios como: a inviolabilidade do local da sede, incluindo prédios e terrenos de propriedade da organização; inviolabilidade dos arquivos; imunidade de jurisdição e execução; liberdade para publicações próprias; isonomia em questões de comunicação oficial do país sede *vis-a-vis* outras organizações; identificação de veículos estrangeiros com placas do país sede ou placas especiais; regime fiscal próprio, exonerando os representantes da organização do pagamento de impostos do país sede; regime previdenciário próprio; acesso a mercado de trabalho para familiares; extensão de privilégios e imunidades a familiares; regime aduaneiro especial; livre disposição de fundos, etc.

4.3 Instalação de Órgãos Vinculados à Organização Internacional em Estados

Um exemplo clássico dessa modalidade de acordo entre Estados e organismos internacionais é o acordo entre as Nações Unidas e o Reino da Holanda para a instalação da sede do Tribunal para o Julgamento de Pessoas Responsáveis por Sérias Violações de Direito Humanitário Internacional cometidos na ex-Iugoslávia desde 1991, em Haia.

Nesse caso, as Nações Unidas, organismo internacional com personalidade jurídica internacional, firma tratado com a Holanda para o estabelecimento de um órgão subsidiário, nos termos do artigo 29 da Carta das Nações Unidas, em Haia. Além disso, o estabelecimento do Tribunal deve-se a resoluções do Conselho de Segurança (resoluções 808 e 827/1993), também órgão das Nações Unidas.

Vale notar que, no intuito de facilitar não só a concessão de privilégios e imunidades aos componentes do tribunal, mas também as suas atividades de manutenção, o acordo estabeleceu plena personalidade jurídica para o tribunal. Contudo, a plena personalidade jurídica somente se aplica ao país anfitrião.

Outra possibilidade interessante nesse ponto é o envio de missões de paz da ONU ou de efetivos militares de organizações internacionais (OTAN) a Estados, uma vez que esse envio requer a anuência do Estado que recebe auxílio militar.

4.4 Realização De Encontros E Promoção De Cooperação Entre Organizações Internacionais

As possibilidades nesse quesito são quase infinitas, apesar da ainda baixa intensidade. Contudo, percebe-se que recentemente o número de acordos de cooperação entre organizações internacionais vem aumentando a sua importância, principalmente quando há complementariedade de objetivos entre esses organismos.

Nesse sentido, a OIT é grande responsável pela promoção de uma série de encontros com outros organismos internacionais no intuito de explicitar a relevância de seu trabalho e difundir padrões mínimos de condições trabalhistas para os trabalhadores vinculados a uma determinada organização. Assim, a OIT organizou encontro com a OACI na busca de escutar as reivindicações dos trabalhadores da aviação civil e mediar alternativas de consenso entre empresas aéreas, governos e trabalhadores, que passaram a enfrentar grandes

dificuldades com os ataques de 11 setembro de 2001.

No caso específico do Brasil, é provável imaginar a assinatura de acordos para a participação da UNESCO em projetos culturais e sociais do MERCOSUL e da OEA, ou a cooperação da OIT na padronização da legislação trabalhista (esforço que já vem sendo realizado) no âmbito do MERCOSUL ou do Tratado de Cooperação Amazônica, entre muitas outras alternativas.

4.5 realização de conferências de organizações internacionais em estados

Outro expediente muito usual no trabalho das chancelarias. Muitas vezes a chancelaria tem particular interesse em algum tema e oferece instalações em seu Estado para a realização de determinada conferência. Como caso a servir de exemplo, selecionou-se o acordo entre o México e a Organização das Nações Unidas para a realização a Conferência Internacional sobre o Financiamento do Desenvolvimento, ocorrida em Monterrey entre os dias 18 e 22 de março de 2002, com a participação de chefes de Estado e de Governo, Ministros e outras organizações internacionais como o FMI, BID, BIRD e OMC. Outro exemplo interessante encontrado na pesquisa é o acordo entre o governo de Mali e a organização intergovernamental AFRISTAT (responsável por estatísticas do continente) para a promoção de encontros.

Os preparativos desse tipo de conferência exigem a determinação de responsabilidades de ambas as partes no acordo de sede, a estipulação de credenciamento, de regime aduaneiro, dos assuntos a serem debatidos, do fornecimento de infra-estrutura, entre outros temas. A complexidade da organização de uma conferência necessita um acordo formal bastante detalhado no intuito de esclarecer as responsabilidades do organizador principal e do Estado que fornecerá a infra-estrutura.

Por fim, cabe a lembrança de que as possibilidades da utilização da Convenção de 1986 nos acordos entre Estados e organizações internacionais tendem a aumentar vertiginosamente. A proliferação de organismos internacionais está exigindo que os Estados façam o reconhecimento expresso de seus estatuto jurídicos e de sua personalidade jurídica, a fim de evitar o aparecimento de pseudo-organizações e de dar segurança aos acordos firmados.

5. A Posição do Brasil sobre a Convenção de Viena de 1986

A posição brasileira sobre a Convenção de Viena de 1986 encontra-se sintetizada em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, complementado por um Adendo²⁴⁹. De acordo com esses documentos, há três questões básicas concernentes à convenção em tela que devem ser objeto de reflexão mais cuidadosa e que refletem as preocupações da posição brasileira. São elas: a igualdade dos Estados e a desigualdade das organizações internacionais, a conjunção do direito das organizações internacionais com o direito dos tratados e, por fim, a capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados.

Conforme o referido parecer, “no âmbito do direito internacional geral situam-se os Estados em um plano de *igualdade soberana* em relação uns com os outros. Por outro lado, as organizações internacionais diferem umas das outras, em razão das amplas variações de suas funções, individualmente definidas”²⁵⁰. Desse modo, em virtude da igualdade jurídica dos Estados, a sua capacidade de

²⁴⁹ Cf. Parecer CJ/10, de 17 de janeiro de 1986, e Adendo CJ/11, de 21 de março de 1986, ambos de autoria do então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Prof. A. A. Cançado Trindade, *in* Trindade, A. A. Cançado, *Direito das Organizações Internacionais*, Escopo Editora, 1ª ed., Brasília, 1990, pp. 161-200.

²⁵⁰ *Op. Cit.*, p. 163.

celebrar tratados é plena e não está sujeita a restrição alguma, uma vez que tal capacidade é “a expressão de sua igualdade soberana”²⁵¹. Todavia, o mesmo não ocorre no que diz respeito às Organizações Internacionais, pois elas se caracterizam por sua *desigualdade fundamental*.

Assim sendo, a capacidade de celebrar tratados de cada Organização Internacional será determinada pelas próprias regras que regulam a sua criação e funcionamento. Em outras palavras, de conformidade com os termos do parecer, “é o *direito de cada Organização Internacional* que rege em última análise a questão de sua capacidade internacional”²⁵². Esse direito compreende o instrumento constitutivo da Organização e a prática estabelecida por ela na celebração de tratados, ou seja, segundo a perspectiva brasileira, o costume também assume papel relevante na definição das regras que disciplinam a capacidade das Organizações Internacionais.

Pode-se afirmar, dessa forma, que as Organizações Internacionais não estão sujeitas a nenhuma limitação formal em sua capacidade de celebrar tratados, mas se sujeitam apenas a limitações *materiais* ou *funcionais*. Não é outra a posição brasileira sustentada no parecer, pois nele se afirma, em favor de tal interpretação, que “a capacidade das Organizações de celebrar tratados é limitada, determinados os critérios de tal extensão funcional pelos propósitos e funções das Organizações, previstos em seus atos constitutivos; a extensão dessa capacidade das organizações encontra-se não raro definida nas decisões de seus órgãos, dado que os textos básicos não podem tudo prever e as Organizações – como ‘entidades vivas’ – defrontam-se no transcorrer de sua existência com problemas novos, não previstos no momento de sua criação, e a requererem soluções”²⁵³.

²⁵¹ *Op. Cit.*, p. 164.

²⁵² *Op. Cit.*, p. 165.

²⁵³ *Op. Cit.*, pp. 170-171.

A esse respeito, convém lembrar também a importância conferida, segundo a interpretação constante do parecer, à doutrina dos “poderes implícitos” – tal como formulada pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça – na conformação da capacidade das Organizações Internacionais. No parecer, é transcrita uma passagem, extraída de um estudo de Rosenne sobre a matéria, em que se observa que “as Organizações seriam automaticamente competentes para concluir quaisquer tratados que correspondessem a suas funções e seus propósitos e o instrumento constitutivo da Organização teria que incluir uma proibição explícita a fim de limitar a capacidade da Organização”²⁶⁴. Vê-se, por conseguinte, que a doutrina dos “poderes implícitos” retém sua utilidade, segundo a posição brasileira, na exegese dos dispositivos que compõem a Convenção de Viena de 1986.

Em resumo, conclui-se que dentro da perspectiva brasileira a capacidade para celebrar tratados é, em geral, reconhecida às Organizações Internacionais. O art. 6º da Convenção de Viena de 1986, sem pretender enfrentar a questão do fundamento jurídico dessa capacidade, confirma-a claramente ao remeter as condições de seu exercício para o direito interno de cada Organização (cf. também art. 7º).

Sobre as matérias em que essa capacidade de contratação internacional pode ser exercida, cada Organização Internacional, evidentemente, subordina-se a limitações *materiais* ou *funcionais*. Os instrumentos constitutivos, porém, nem sempre são explícitos quanto à capacidade de celebrar tratados – limitando-se freqüentemente a sugerir-la mediante referência aos tipos de acordos que cada Organização, por meio de um ou outro de seus órgãos, está habilitada a concluir. Os tratados a que se faz referência neste estudo dizem respeito apenas às convenções celebradas pelas Organizações Internacionais entre si ou entre uma Organização e outro Estado, ou conjunto de Estados.

²⁶⁴ *Op. Cit.*, p. 171.

Outro aspecto relevante quanto à posição do Brasil relativamente à Convenção de 1986 refere-se ao procedimento legislativo previsto para a sua incorporação definitiva ao direito interno brasileiro. De conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, requer-se a aprovação do texto convencional em ambas as casas do Congresso Nacional para que se edite o decreto legislativo determinando a sua publicação pelo Poder Executivo, quando o texto da Convenção passará a vigor em nosso ordenamento. Esse processo, todavia, ainda não teve início, pois o Poder Executivo federal ainda não enviou mensagem ao Congresso Nacional solicitando a apreciação da matéria com vistas à deliberação final e subsequente aprovação ou rejeição do texto convencional. Neste particular, deve-se censurar a omissão do Poder Executivo, pela qual vem-se retardando injustificadamente a ratificação dessa importante matéria, com reflexos negativos no âmbito das relações internacionais do Brasil.

Conclusão

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais de 1986 é um instrumento jurídico de grande atualidade e utilidade prática no cotidiano da prática do diplomata. Ainda que a Convenção não esteja em vigência, é fundamental o conhecimento doutrinário e teórico do instrumento em função da grande interação entre chancelarias – representantes dos Estados – e organizações internacionais.

Contudo, percebemos certa displicência por parte dos Estados e das organizações internacionais em assinarem e ratificarem a Convenção. Além de algumas controvérsias jurídicas, percebe-se a falta de interesse político dos governos em finalmente colocar a Convenção de 1986. É pertinente uma crítica particular ao caso brasileiro, que, apesar de assinar a Convenção em 21 de março de

1986, até hoje sequer enviou mensagem ao Congresso Nacional para análise e debates.

Apesar das dificuldades para a entrada em vigência do instrumento, a construção da Convenção fundamentada em muitos princípios costumeiros de direito internacional faz com que ela se torne presente em muitos tratados entre Estados e organismos internacionais mesmo que não haja expressa menção. A presença de fato retoma a sua importância e atualidade no âmbito das relações internacionais.

Portanto, acreditamos que o esforço de pesquisa de acordos entre Estados e organismos internacionais apresentados neste trabalho possa servir como uma espécie de manual para os profissionais que atuam nessa área. Além disso, o esforço de resgatar o Estado atual de uma convenção, injustamente esquecida pelos governos e organismos internacionais, possa chamar atenção para a sua atualidade e relevância na segurança das relações jurídicas internacionais.

Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE MELLO, Celso – *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ANDRADE, Jose Henrique Fischel de. *O treaty-making power das organizações internacionais*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.32, n.128, 10p., out./dez. 1995
- BENNET, A. Le Roy – *International Organizations: Principles and Issues*. New Jersey: Prentice Hall, 1984.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo, 1990.

DORMOY, Daniel. *Droit des Organisations Internationales*. Paris, Dalloz, 1995.

DUPUY, René Jean e alii. *Manuel sur les Organisations Internationales*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *A capacidade para celebrar tratados (treaty-making power) das organizações internacionais de integração econômica*. Online. Disponível em: <http://elologica.br.inter.net/macsdip/inter.html>

PIEROLA Y BALTA, Nicolas de. *Las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Algunas Consideraciones*. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, v.43, n.103, 27p., ene./ jun. 1994

REUTER, Paul. *Institutions Internationales*. Paris, PUF, 1972.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.



**DO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Juliana Soares Santos (Relatora)

Alexandre Mendes Nina

Carlos Eduardo de Carvalho Pachá

Clarissa Souza Della Nina

Daniel Augusto Rodrigues Ponte

Gustavo Sénéchal de Goffredo Junior

Sérgio Aguiar Viana de Carvalho



I. Introdução:

O Órgão De Solução De Controvérsias²⁶⁵

a) Apresentação

O presente trabalho visa a analisar o funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a apresentar algumas de suas vicissitudes. Inicia-se com breve exposição a respeito de seus procedimentos, a partir da qual se faz estudo analítico de três casos examinados pelo sistema, quando algumas das insuficiências do OSC são indicadas. Elenca-se, em seguida, propostas concretas para sua revisão, especialmente aquelas levantadas durante a Conferência de Doha. A monografia conclui por ressaltar a importância do mencionado órgão, bem como a necessidade de sua reforma como meio de lhe conferir maior eficácia no tratamento das disputas que afetam o comércio internacional.

Os casos aqui estudados, nesse contexto, permitem vislumbrar aspectos gerais do procedimento do Órgão de Solução de Controvérsias e problemas que se têm suscitado ao longo de sua curta existência. Especial destaque merece a forma como o sistema multilateral de solução de controvérsias comerciais vem lidando com a relação entre comércio internacional e meio ambiente. Se, por um lado, a liberalização do comércio não pode ocorrer a despeito da proteção nacional e internacional do meio ambiente, esta, por outro lado, não pode ser invocada como oportunismo de países que desejam simplesmente manter fornecedores externos fora de seu mercado.

²⁶⁵As informações desta seção foram extraídas das seguintes fontes: LAFER, Celso. “A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira?”. *Coleção Direito e Comércio Internacional*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Overview of the WTO Dispute Settlement System*. Curso de Política Internacional, Vol 21.1, Genebra, 2001. THORSTENSEN, Vera. *Organização Mundial do Comércio – As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais*, São Paulo, Edições Aduaneiras Limitada, 2001.

O caso sobre a morte incidental de golfinhos na pesca de atum, que opôs México e União Européia aos Estados Unidos, é exemplo de como o sistema pode se pronunciar favoravelmente à preservação ambiental. Foi resolvido anteriormente à instituição do OSC/OMC, no antigo GATT (Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas). Serve, portanto, para ilustrar imperfeições do GATT, que foram corrigidas no sistema atual, além do importante debate ambiental. O segundo caso que envolveria meio ambiente, já na era do OSC/OMC, teve Brasil e Venezuela contra os Estados Unidos em função de exigências desse último para padrões de poluição para gasolina importada. Neste, os Estados Unidos teriam utilizado a questão ambiental para de fato favorecer os produtores domésticos de gasolina.

Finalmente, o caso Embraer-Bombardier entre o Brasil e o Canadá é extensivamente tratado graças à sua repercussão e significado para a credibilidade do próprio sistema da OMC e para o Brasil. É relevante porque envolve quantias vultosas de dinheiro em uma indústria limitada a poucos produtores e com mercados de importância crescente em todo o mundo, a de jatos regionais. É um dos casos mais complexos da história do sistema OSC/OMC, portanto ilustra bem as várias facetas do processo e apelações. Além disso, a disputa Embraer-Bombardier é emblemática porque opõe um país em desenvolvimento a um desenvolvido, tipo de situação que vem colocando em xeque a capacidade do sistema de fazer justiça.

b) O Órgão de Solução de Controvérsias e seus princípios básicos

O mais importante resultado da Rodada Uruguai foi a criação da Organização Mundial de Comércio em 1995. O que se buscava então era conferir maior grau de institucionalização ao sistema multilateral de comércio. Essa mudança refletiu-se na criação de um Órgão de Solução de Controvérsias em substituição ao anti-

go mecanismo que ocupava-se das lides comerciais entre os Estados.

A solução de controvérsias tem por objeto alegações de descumprimento de normas e princípios inscritos nos acordos constitutivos da OMC e anexos. A verificação da procedência dessas alegações e a tomada de providências cabíveis surgem como a principal forma de assegurar a integridade das normas previstas nos acordos e proteger a vontade dos Estados-membros.

As normas e procedimentos relativos à solução de controvérsias representam aspecto importante da institucionalização que se procurou conferir ao sistema multilateral de comércio. O fundamento de sua aplicabilidade reside na renúncia dos Estados em adotar medidas unilaterais como resposta ao que considerem violação das regras do comércio internacional. Como consequência, há o compromisso de recorrer ao sistema de solução de controvérsias e aceitar a solução determinada por ele. Essa sistemática reflete a primazia do multilateralismo sobre o unilateralismo, um dos princípios basilares do sistema.

Assim, as normas procuram privilegiar a crescente institucionalização na resolução de conflitos de natureza comercial e aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade em termos de aplicação das normas relativas ao comércio internacional. É o “adensamento de juridicidade”, conceito formulado por Celso Lafer.

Para administrar o novo sistema de solução de controvérsias da OMC foi criado o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que controla o processo e zela pela implementação das decisões. O Órgão de Solução de Controvérsias aplica o Entendimento sobre Solução de Controvérsias, cujo objetivo é estabelecer regras e procedimentos para solução de contenciosos comerciais.

Os contenciosos deverão ser solucionados com base na aplicação das regras sobre a solução de controvérsias negociadas na

Rodada Uruguai. Em alguns acordos, contudo, também negociados na rodada, existem dispositivos especiais sobre a solução de controvérsias. As regras do entendimento geral ficam, então, sujeitas às regras e procedimentos especiais adicionais contidos em cada um desses acordos. Dispositivos especiais existem nos seguintes acordos: medidas sanitárias e fitossanitárias; têxteis; barreiras técnicas; “anti-dumping”; valoração aduaneira e subsídios.

O sistema de solução de controvérsias criado na Rodada Uruguai representou avanço considerável em relação ao mecanismo vigente anteriormente. O sistema anterior do GATT, previa, em casos de conflitos comerciais, um processo de consultas e depois o estabelecimento de painéis de especialistas, que elaboravam um relatório sobre a controvérsia. No entanto, dentro desse antigo esquema, o relatório tinha de ser aprovado pelo Conselho Geral do GATT por consenso. Assim, bastava a parte perdedora não aceitar o relatório para que todo o processo fosse bloqueado — situação que ocorreu no caso Atum-Golfinhos analisado em seguida. Outro problema era a ausência de prazos definidos, o que podia fazer com que o processo se prolongasse demasiadamente. Além disso, o sistema de então não tinha como garantir resultados. A recomendação final não tinha caráter mandatório, não cabendo sanção em caso de não cumprimento, o que desincentivava a obediência.

O novo sistema é mais forte porque o relatório do Grupo Especial passa a ser obrigatório e exige que o Órgão de Solução de Controvérsias derrube a decisão por consenso, o que é muito mais difícil de ser conseguido. Trata-se do chamado “consenso negativo”. O novo sistema também reduz o recurso de resolução de conflitos a uma única instância, o Tribunal Permanente de Apelação, já que, ao contrário do antigo GATT, não leva os casos para os Comitês. Estabeleceu-se um duplo grau de jurisdição. Além disso, o fato de as demandas não serem mais sujeitas à apreciação dos Comitês diminuiu o grau de politização dos processos. Por fim, o novo sistema prevê prazos bem definidos para cada etapa do processo, ao

contrário do que ocorria anteriormente, de modo a garantir sua previsibilidade e efetividade.

c) O Funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias

A primeira fase do mecanismo é a de consultas formais entre os governos dos países envolvidos. As consultas são instaladas uma vez feita reclamação por um ou mais países em relação a outro. Durante as consultas, o reclamante expõe seus argumentos e menciona os prejuízos que a medida contestada lhe traz, enquanto o reclamado procura justificar sua medida. Já nessa fase podem ser feitas propostas para resolver a questão.

Caso as partes falhem em chegar a um acordo, há ainda a possibilidade de levar o caso ao Diretor-Geral da OMC, a quem o Órgão de Solução de Controvérsias dá competência para utilizar os bons ofícios, a conciliação ou a mediação de forma a contribuir para a solução entre as partes. Esses recursos poderão ser empregados a qualquer tempo no decorrer do processo.

Se as partes não chegarem a um acordo no prazo de 60 dias e os esforços do Diretor-Geral não produzirem resultados, o reclamante poderá pedir a instalação de Grupo Especial ou “panel”, dando início assim à segunda fase do processo.

Cabe observar que a instalação do Grupo Especial se dá quase automaticamente, porém ela pode vir a não ocorrer caso haja um consenso nesse sentido. Após iniciado o processo, serão estabelecidos os termos de referência do Grupo Especial que orientarão a análise da questão. Os termos de referência seguem um conteúdo padrão, explicando o objeto do processo, o acordo desrespeitado, as partes e outras informações relevantes.

A instalação do Grupo Especial dar-se-á após a sua constituição. Os Grupos Especiais serão compostos por indivíduos qualificados, pertencentes ou não aos governos. Em regra, os GE são

compostos por três membros, podendo chegar a cinco membros, caso haja pedido das partes. Cabe ao Secretariado sugerir nomes de possíveis integrantes, com base em uma lista de pessoas qualificadas. A sugestão só pode ser recusada por “motivos imperiosos”. A atuação dos integrantes do GE dar-se-á a título pessoal e não como representantes governos.

O OSC estabelece o procedimento que deve orientar as atividades do Grupo Especial. Os integrantes devem estabelecer um cronograma de trabalhos. As partes envolvidas deverão apresentar suas argumentações por escrito antes da primeira reunião, na qual o reclamante apresenta seu caso e o reclamado sua defesa e terceiros podem manifestar-se. As réplicas são feitas na segunda reunião; a parte descritiva do relatório é submetida à apreciação das partes, que têm duas semanas para solicitar a revisão. A revisão não se estenderá por mais do que duas semanas, prazo após o qual ocorre a emissão do relatório final.

Em geral, o relatório final, com as conclusões do Grupo Especial, deve ser dado ao conhecimento das partes em seis meses. Caso haja urgência, como quando estiverem em questão bens perecíveis, o prazo pode ser reduzido para três meses. A regra estabelece que esse prazo não poderá exceder nove meses, o que, conforme foi dito, aumenta a previsibilidade e confiabilidade do sistema.

No caso de a medida analisada ser considerada inconsistente com o acordo em questão, o Grupo Especial recomenda que ela seja adequada a seus termos, podendo sugerir formas de implementar a recomendação. Não havendo recurso, o relatório será adotado pelo OSC em 60 dias.

Se houver recurso, ele deverá ser encaminhado ao Órgão Permanente de Apelação. O Órgão de Apelação é composto por sete pessoas com reconhecida competência e experiência em direito e comércio internacional, não vinculadas a governos. Os juízes são nomeados por um período de quatro anos e atuam num meca-

nismo de alternância, sendo três atuantes em cada caso. Conforme versa o Entendimento sobre Soluções de Controvérsias, os recursos devem limitar-se a abordar questões de direito, que tenham sido contempladas pelo relatório do Grupo Especial, ou questionar a interpretação legal dada por este. Entretanto, na prática, muitas vezes acaba sendo examinada também a matéria do caso. Para a apreciação dos recursos, não se deverá exceder o limite de noventa dias. O OSC adotará o relatório do Órgão de Apelação em trinta dias, a partir do início da circulação do documento entre seus membros, a menos que se decida, por consenso, não se adotar o relatório, o qual deverá ser incondicionalmente aceito pelas partes.

Quando um Grupo Especial ou Órgão de Apelação concluir que uma medida é inconsistente com um acordo, ele deve recomendar que os membros envolvidos alterem a medida. Tanto o Grupo Especial quanto Órgão de Apelação podem sugerir meios de implementação das recomendações.

Dentro de trinta dias após a adoção dos relatórios do Órgão de Solução de Controvérsias, a parte sucumbente deverá informar ao órgão suas intenções de implementar as recomendações e decisões tomadas no processo. Se esta não puder ocorrer imediatamente, será designado prazo razoável. No caso de não-implementação das recomendações e decisões dentro de um prazo razoável, as compensações e a suspensão de concessões ou outras obrigações passam a ser medidas temporárias disponíveis.

Em não sendo respeitado o prazo, o sucumbente deverá reunir-se com o reclamante para acertar uma compensação aceitável, como a redução de tarifas em determinado segmento. Caso não se chegue a um acordo, o reclamante poderá pedir autorização ao OSC para suspender concessões ou obrigações que ele, parte beneficiada pela decisão do Grupo Especial, tenha para com reclamante, se a decisão tiver sido desfavorável a esse. Essas concessões ou obrigações deverão ser preferencialmente do mesmo setor comercial de

que trata controvérsia. Se isto não for praticável, a medida poderá ser tomada em outro setor.

Os dispositivos sobre compensações devem ser aplicados somente se a retirada imediata da medida foi impraticável, e devem ser aplicadas como medidas temporárias, dependendo da retirada da medida inconsistente. O último recurso será a possibilidade de um membro vir a suspender concessões ou outras obrigações com base discriminatória com relação ao outro membro.

II. Estudo De Caso: Atum-golfinhos (México E União Européia X Estados Unidos)²⁶⁶

a) Introdução

Este caso, chamado de caso Atum-Golfinhos (“Tuna-Dolphin Case”), é provavelmente o mais conhecido na área de comércio e meio-ambiente na história do GATT/OMC. Envolve um conflito entre políticas ambientais para a proteção de espécies e as regras do sistema de comércio. Na verdade, são dois casos, um sendo a reclamação feita pelo México e o outro correspondendo a uma reclamação posterior da União Européia. Ambos se referem à Lei de Proteção de Mamíferos Marinhos dos Estados Unidos (“Marine Mammal Protection Act” – MMPA).

b) Os fatos: golfinhos, atum e a MMPA

Por muitos anos, os conservacionistas chamaram atenção para a questão das mortes incidentais (“incidental mortality” ou “bycatch”) nas redes de pesca em larga escala. Um desses problemas era a morte de milhares de golfinhos todos os anos em redes de pesca de atum. A Lei de Proteção de Mamíferos Marinhos dos EUA

²⁶⁶ As informações sobre esse caso aqui contidas foram extraídas das páginas da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, da FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL e da AMERICAN UNIVERSITY, todas na Internet. As referências completas encontram-se ao final deste trabalho (BIBLIOGRAFIA).

exige que o governo daquele país tome medidas para reduzir a morte incidental de mamíferos marinhos causada por pescadores, tanto nacionais como estrangeiros. Um caso relevante era a morte dos golfinhos em redes de arrasto de pescadores de atum. As mortes causadas por barcos americanos estão hoje por volta de 1.000/ano, enquanto barcos estrangeiros, incluindo mexicanos, excedem 50.000 mortes por ano.

A lei americana, conseqüentemente, exige que o governo proíba a importação de atum de países cuja taxa de mortalidade incidental fosse maior que a americana. Os EUA, então, restringiram a importação de atum procedente de países como o México.

c) A primeira reclamação e a sentença

Em 1991, o México contestou a lei americana (MMPA) no GATT, argumentando que seu direito de vender atum aos EUA havia sido violado. O Grupo Especial do GATT concluiu que a proibição americana violava os Artigos III (exigência de tratamento nacional) e XI (adoção de restrições quantitativas para importações). Os Estados Unidos argumentaram que as restrições eram regulamentações internas permitidas pelo GATT. Este argumento foi rejeitado pelo Grupo Especial, com base no fato de que essas restrições deveriam ser aplicadas apenas a “produtos”, e não a “processos” pelos quais os produtos fossem produzidos.

O Grupo Especial também decidiu que a taxa de mortes de referência aplicada pelos EUA não era apropriada, pois era determinada de forma retroativa. Em outras palavras, o Grupo Especial argumentou que era injusto que os EUA usassem como referência o número de golfinhos mortos por pescadores americanos num dado ano, pois esta taxa variava anualmente e os pescadores estrangeiros não tinham como saber qual era a taxa de referência até que a temporada de pesca americana terminasse e os números fossem publicados.

Os EUA argumentaram que as restrições seriam permitidas pelo Artigo XX, mas o Grupo Especial decidiu que estas não eram justificáveis pelo Artigo, pois recursos naturais, vida selvagem e exceções de saúde (“health exceptions”) não poderiam ser aplicados unilateralmente ou extra-jurisdicionalmente.

Os EUA negociaram um acordo com o México, evitando que o caso fosse levado ao Conselho do GATT para ratificação.

d) A segunda reclamação e a sentença

Três anos mais tarde, o tema foi novamente trazido à tona. A União Européia, aparentemente insatisfeita com o fato do México não ter insistido na ratificação integral de sua vitória no Grupo Especial, contestou outra parte da lei americana (MMPA). O caso, chamado de Atum-Golfinhos II (“Tuna-Dolphin II” ou “Son of Tuna-Dolphin”), girava em torno do embargo secundário dos EUA a importações de países que comercializassem atum com um país embargado (como o México). A UE solicitou que o Conselho do GATT condenasse as restrições americanas argumentando que o tema da proteção aos golfinhos deveria ser tratado de forma multilateral.

O caso foi tratado por outro Grupo Especial, e chegou a uma conclusão ligeiramente diferente. Da mesma forma que o primeiro Grupo Especial, decidiu que as restrições americanas violavam o Artigo XI. No entanto, o segundo Grupo Especial decidiu que o Artigo XX não continha medidas para a proteção de recursos fora de sua própria jurisdição. Por outro lado, insistiu que as restrições americanas não eram “necessárias para a proteção da vida animal ou da saúde no sentido do Artigo XX (b)”.

Basicamente o Grupo Especial decidiu que os embargos não ajudavam os objetivos americanos de conservação. Apesar dessa decisão, o Grupo Especial admitiu que “o texto do Artigo XX não era explícito quanto a essa questão”.

A decisão do segundo Grupo Especial chegou ao Conselho do GATT, mas de acordo com as regras antigas de solução de controvérsias – que requeriam consenso para aceitação de uma decisão ao invés de consenso para rejeitá-la, como acontece atualmente – os EUA conseguiram bloquear a ratificação.

Como nos dois casos as decisões dos Grupos Especiais não foram adotadas pelo Conselho do GATT, nenhuma delas tem valor como precedentes para o GATT/OMC. Entretanto fornecem uma clara indicação de como as regras de comércio serão interpretadas em casos relativos a meio ambiente, e foram mencionadas em pelo menos um relatório de Grupo Especial posterior.

Os EUA finalmente tentaram resolver o assunto mudando as exigências de rotulagem (“labelling”) de atum. Em 4 de janeiro de 2000, anunciaram novos padrões de rotulagem para atum “dolphin-free”, permitindo a importação de atum pescado em redes de arrasto contanto que nenhum golfinho fosse ferido ou morto no processo.

No entanto, grupos de ecologistas americanos contestaram esta decisão alegando que as novas regras feriam o Programa Internacional de Conservação de Golfinhos (“International Dolphin Conservation Program”). Estes grupos processaram o Departamento de Comércio americano em 8 de fevereiro, e em 11 de abril um juiz federal decidiu que o Departamento havia agido contra a lei. O embargo americano original ainda não foi suspenso.

e) Conclusão: pontos importantes levantados pelos dois casos

Há grande ambigüidade nas decisões. A primeira sugere que um país não pode, sob as regras da OMC, usar medidas comerciais para forçar outros países a adotarem políticas internas (no caso ambientais). O Grupo Especial da primeira reclamação concluiu que um país só pode controlar a produção ou consumo de um recurso natural se a produção se dá em sua própria área de jurisdição. Embora muitos problemas ambientais ultrapassem os limites das

fronteiras, esta decisão interpreta o Acordo Internacional de Comércio como sendo o único meio capaz de lidar com assuntos em nível nacional. A segunda decisão sugere que os países podem tomar medidas sobre problemas fora de sua jurisdição, contanto que estas sejam “necessárias”, um termo que só pode ser definido caso a caso, por meio dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC.

O primeiro Grupo Especial decidiu que os EUA não podem implementar medidas unilaterais para influenciar atividades que prejudiquem o meio ambiente global fora de sua jurisdição. Porém o Artigo XX não diz nada sobre o uso de medidas de comércio unilaterais, ou multilaterais ou ainda extra-jurisdicionais. Em ambos os casos, os Grupos Especiais se referiram aos princípios básicos do GATT, para chegar à interpretação do Artigo XX.

A questão dos padrões extra-jurisdicionais é duvidosa. Por um lado, alguns argumentam que as punições (“sticks”) de política comercial (em oposição aos incentivos – “carrots”) são parte importante dos instrumentos de políticas. Outros apontam que isto significa uma imposição dos valores de um país sobre o outro, também chamado de “eco-imperialismo”, o que poderia levar a uma série de medidas unilaterais impostas com o objetivo de conseguir diversos objetivos de política interna, e resultando na distorção do comércio internacional.

III. Estudo De Caso: Gasolina Reformulada-gasolina Convencional (Brasil E Venezuela X Estados Unidos)²⁶⁷

a) O início do caso

O Brasil e a Venezuela pediram consultas aos Estados Unidos, em 1995, para discutir os novos padrões de gasolina introduzi-

²⁶⁷ As informações sobre esses casos aqui contidas foram extraídas dos documentos oficiais sobre os mesmos na página da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO na Internet. As referências completas encontram-se ao final deste trabalho (BIBLIOGRAFIA).

dos pela “Environmental Protection Agency” (EPA) em 15 de dezembro de 1993. No dia 10 de abril de 1995, a Venezuela solicitou um Grupo Especial para a solução da controvérsia invocando o Artigo XXII:1 do GATT-94, o Artigo 14-1 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (BTC) e o Artigo 4 do Entendimento sobre as Regras e Procedimentos que Governam o Órgão de Solução de Controvérsias. O Brasil entrou com pedido idêntico em 19 de maio de 1995. O OSC decidiu, com o consentimento de todas as partes, unificar os dois procedimentos. O diretor do OSC relembrou o Artigo 9.2 que afirma: “os direitos que as partes possuiriam, caso houvesse dois Grupos Especiais diferentes, estão asseguradas”. A data de início do caso foi mantida em 10 de abril de 1995. Austrália, Canadá, Comunidade Européia e Noruega tomaram parte com países interessados. O resultado foi anunciado em 17 de janeiro de 1996.

b) Os fatos: a média de poluentes contida na gasolina, a gasolina reformulada e a gasolina convencional

O “Clean Air Act” de 1963 sofreu uma emenda em 1990. O Congresso norte-americano deu poderes para a EPA promulgar novas regulamentações determinando a composição da gasolina. Buscava-se alterar as propriedades do combustível de forma a reduzir a emissão de gases poluentes, particularmente em nove grandes centros urbanos gravemente afetados. A gasolina passou a ser classificada em duas modalidades. A primeira, a gasolina “reformulada”, seria vendida nas áreas poluídas a partir do primeiro de janeiro de 1998. A segunda, a “convencional”, seria vendida no resto dos Estados Unidos. Além da nova especificação para a gasolina reformulada, foi criado um padrão para a gasolina convencional, que deveria ser tão ou menos poluente do que a produzida em 1990. Esse mecanismo serviria de proteção, evitando que as refinarias transferissem os poluentes, proibidos pelo padrão mais restritivo, para a gasolina vendida no resto do país.

Para assegurar que as refinarias locais cumprissem esta meta, cada uma deveria calcular a média de elementos poluentes contidos em sua gasolina, com base em dados de 1990. Foram disponibilizados três métodos para calcular esta média. O primeiro utilizaria dados de qualidade e volume. O segundo seria baseado na análise do modo de produção e da qualidade mistura dos diversos combustíveis. Já o terceiro modelaria o tipo de gasolina produzido em 1990 usando dados posteriores, ajustando para mudanças feitas na refinaria.

No caso dos importadores e dos “misturadores”, eles deveriam usar a média estabelecida pela EPA, que era a média dos produtores americanos, a não ser que conseguissem calcular a própria média utilizando o primeiro método. De acordo com a EPA, eles não poderiam empregar as outras formas porque os dados não seriam confiáveis ou, no caso dos importadores, os segundo e terceiro métodos seriam aplicáveis apenas para refinarias. A exceção à regra ocorria para importadores que fossem donos de refinaria e que comprassem pelo menos 75% do volume vendido de suas refinarias. Neste caso, a “regra dos 75%”, os importadores teriam os mesmos direitos que os refinadores norte-americanos.

Entre 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 1998, entrou em vigor o modelo simplificado. Nesse período, as refinarias domésticas ajustaram uma parte dos poluentes contidos em sua gasolina de acordo com as normas da EPA e a outra parte de acordo com suas médias de 1990. Os importadores, no entanto, foram obrigados a se adequar totalmente ao padrão estabelecido pela EPA. Só em 1998, com o modelo complexo, todos passaram a seguir a mesma regra, quando o padrão da EPA também passou a valer integralmente para os produtores locais.

Com a gasolina convencional os importadores receberam como meta a média estabelecida pela EPA. Já os produtores americanos usavam a sua própria média. Neste caso, mesmo com a entrada em vigor do modelo complexo, não haveria a harmonização

das regras. A gasolina convencional não era afetada por este modelo, e a média estabelecida para cada um visava unicamente a manter o padrão do combustível. Assim os produtores estrangeiros estariam sujeitos à média da EPA indefinidamente.

c) Os argumentos das partes e o resultado

O Brasil e a Venezuela pediram ao OSC para considerar que a “regra da gasolina” (1) estava em desacordo com os Artigos I e III do GATT 94; (2) não estava coberta pelas exceções do Artigo XX do GATT 94; (3) era contrária ao Artigo 2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

Os Estados Unidos argumentaram que a “regra da gasolina” (1) era consistente com os Artigos I e III do GATT 94; (2) estava amparada pelo Artigo XX (b), (d) e (g) do GATT 94; (3) era consistente com o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

O Grupo Especial estabeleceu que a disputa advinha do “Clean Air Act”, que buscava diminuir a poluição do ar nos EUA. Este “Clean Air Act” continha uma regulamentação, a “regra da gasolina”, que impunha alguns padrões para o combustível. A partir de 1º de janeiro de 1995, permitia apenas que a gasolina reformulada fosse vendida em certas áreas com altos graus de poluição. Nas outras, a gasolina convencional poderia ser vendida, mas apenas se não fosse mais poluente do que era em 1990. Pela “regra da gasolina” alguns níveis de poluentes seriam fixos enquanto outros seriam expressos em termos de não degradação. Isto é, não poderiam exceder o limite estabelecido pelos níveis de 1990. Para as refinarias domésticas, o limite seria a média calculada com base em sua produção de 1990. Os importadores que não pudessem fazer esta avaliação com base no primeiro método seriam designados à média calculada pela EPA, que seria a média americana para o período. Existia a exceção para importadores que comprassem mais de 75% de uma refinaria subsidiária. Neste caso seriam tratados como nacionais.

O Grupo Especial procedeu para examinar se a “regra da Gasolina” feria o Artigo III:4. Este afirma:

Os produtos, do território de qualquer parte contratante, importados para o território de qualquer outra parte contratante, devem ser submetidos a tratamento não menos favorável do que o acordado aos produtos similares de origem nacional no que diz respeito às leis, às regulamentações e aos requerimentos que afetam a venda interna, a capacidade de venda, de compra, de transporte, de distribuição ou de uso.

Era, portanto, estabelecer se “regra da Gasolina” era uma lei e se tratava produtos importados de maneira menos favorável que os nacionais. O Grupo Especial concordou que a “regra da Gasolina” era uma lei. A questão passou a ser se a gasolina estrangeira era um produto similar ao nacional. O OSC decidiu que gasolinas quimicamente idênticas, importada ou doméstica, eram produtos similares de acordo com Artigo III:4 do GATT 94. Examinou-se, então, se havia tratamento diferenciado. O OSC concluiu que o produtor doméstico se beneficiava da média individual. Produtos idênticos, com média superior à média estabelecida pela EPA, teriam tratamento diferente. O importado não poderia ser comercializado. Já o nacional poderia caso estivesse de acordo com a média da refinaria americana. Isso dava vantagem para o produto americano.

O OSC prosseguiu examinando o argumento americano de que a gasolina importada era tratada de forma similar à gasolina produzida por refinarias locais em situação similar. O OSC rejeitou este argumento. O Artigo III:4 não permite que um produto seja tratado de forma menos favorável porque o produtor detém determinadas características ou tipos de dados. Qualquer outra interpretação levaria a um terreno pantanoso, onde produtos não são mais comparados de acordo com similaridades, mas, sim, de acordo com critérios subjetivos e externos aos produtos.

O OSC não achou necessário examinar as violações ao Artigo III:1, pois este é mais geral que o Artigo III:4 e a “regra da gasolina” já não estava em conformidade com o último.

O OSC também não acreditou ser preciso examinar a “regra dos 75%” com relação ao Artigo I:1 uma vez que ela não teve efeito e não seria renovada.

O OSC examinou, então, se os métodos inconsistentes com o Artigo III:4 poderiam ser justificados pelo Artigo XX parágrafo (b). Para tanto, os EUA deveriam provar que a regra (1) foi desenhada para proteger a vida humana, animal e vegetal ou a saúde; (2) era necessária para cumprir o objetivo; (3) estava em conformidade com a cláusula introdutória do Artigo XX.

O OSC consentiu que os EUA provaram o primeiro item, mas não conseguiram evidenciar que a maneira com que a gasolina importada era impedida de se beneficiar de condições favoráveis de venda era necessária para se atingir as metas da “regra da Gasolina”.

Ao examinar o Artigo XX parágrafo (d) o OSC estabeleceu que os EUA deveriam provar que a “regra da gasolina” (1) assegurava, como medida de exceção, o cumprimento de uma lei que não é, por sua vez, incompatível com as regras do GATT 94; (2) era necessária para assegurar o cumprimento da lei; (3) estava em conformidade com a cláusula introdutória.

O OSC acreditou que a manutenção da discriminação não assegurava o cumprimento da lei. Ela era apenas uma regra para o estabelecimento de médias individuais.

Quanto ao Artigo XX (g). Os EUA deveriam provar que (1) a regra geral estava relacionada à conservação de um recurso natural finito; (2) a medida em particular, que feriu as regras do GATT

94, estava relacionada à conservação de um recurso natural finito; (3) ambas foram postas em prática em conjunto com restrições domésticas de produção ou consumo; (4) estavam em conformidade com a cláusula introdutória.

O OSC decidiu que ar limpo era um recurso natural que poderia acabar. Uma política que conservasse este recurso estaria abrigada pelo Artigo XX (g) e os métodos considerados inconsistentes com o Artigo III:4 estavam relacionados à conservação do ar puro. As médias, menos favoráveis para produtos estrangeiros, não estavam, contudo, diretamente relacionadas à conservação do ar puro. O OSC não encontrou uma conexão entre a discriminação de produtos quimicamente idênticos e a preservação do ar.

Em vista das conclusões acima, o OSC achou que não era necessário examinar os argumentos levantados com base no Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio.

d) Conclusão

As conclusões do Grupo Especial no caso da gasolina reformulada-gasolina convencional refletem a idéia de que não é o papel do OSC examinar a necessidade ou não de se implementar leis que protejam o meio ambiente. Embora os Estados Unidos tenham procurado convencer o Grupo Especial que um produto importado estaria violando uma lei doméstica de proteção ambiental, este resolveu que não era a questão ambiental que estava em jogo. O que estava em jogo era o tratamento nacional do produto importado, ou seja, a avaliação sobre a adequação do produto à lei de proteção ambiental deveria ser compatível para a gasolina nacional e a importada. Não se questionou a lei ambiental, mas que a implementação das regras ambientais discrimine produtos importados.

IV. Estudo de Caso: Embraer-bombardier (Brasil X Canadá)

a) Introdução

A disputa entre Brasil e Canadá reveste-se de grande importância por vários motivos. Primeiro, envolve as maiores cifras da história da OMC. Segundo, mostra todas as possibilidades de acusação e defesa que podem acontecer em uma disputa na OMC, em particular no caso do Canadá contra o Brasil – não existe outra disputa tão complexa e que tenha se prolongado por tanto tempo. Terceiro, opõe um país em desenvolvimento a um país desenvolvido, mostrando as principais falhas tanto no Acordo de Subsídios quanto no Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC. Em suma, a disputa mostra claramente os limites do multilateralismo para países em desenvolvimento como o Brasil.

Há, na verdade, três casos na OMC que envolvem o Brasil e o Canadá e suas respectivas indústrias de jatos regionais.²⁶⁸ O primeiro é o caso do Canadá contra o Brasil, que se estendeu de 1996 a 2001, o qual será discutido em detalhe nesta seção. Como resultado, o Brasil introduziu repetidas alterações no sistema de equalização de juros sob o PROEX até que o OSC o considerasse compatível com as normas do Acordo de Subsídios. Em 1997 foi a vez do Brasil questionar os subsídios canadenses, em caso encerrado em 1999. Mais recentemente, em 2001, iniciou-se um novo caso do Brasil contra o Canadá, concluído em junho de 2002, quando o

²⁶⁸ As informações sobre esses casos aqui contidas foram extraídas dos documentos oficiais sobre os mesmos na página da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO na Internet. O caso do Canadá contra o Brasil, aqui analisado em detalhe, é o DS46 e os casos do Brasil contra o Canadá são o DS70 e o DS222. As referências completas encontram-se ao final deste trabalho (BIBLIOGRAFIA).

Brasil ganhou o direito de retaliar devido à não-implementação das recomendações do Grupo Especial por parte do Canadá.²⁶⁹

b) O caso canadense contra o Brasil

A disputa Embraer-Bombardier envolvendo o PROEX teve início em 21 de junho de 1996, quando o Canadá oficializou seu pedido de consultas com o governo brasileiro junto à OMC. As consultas bilaterais aconteceram em duas ocasiões (22 de julho de 1996 e 25 de julho de 1996 em Genebra), mas as duas partes não chegaram a nenhum acordo. Assim, o governo Canadense pediu a formação de um Grupo Especial junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 17 de setembro de 1996. Esse pedido foi retirado logo em seguida, tendo o Canadá optado por tentar resolver a disputa bilateralmente. Várias consultas bilaterais foram realizadas até que o Canadá voltou a pedir a constituição de um Grupo Especial em 13 de julho de 1998. O OSC estabeleceu o Grupo Especial em 28 de outubro de 1998, indicando sua composição (não houve acordo entre as partes acerca dos nomes que o comporiam) e as terceiras partes interessadas, os Estados Unidos e a Comunidade Européia. O relatório final do Grupo Especial foi entregue às partes em 12 de março de 1999.

²⁶⁹ Para se ter uma idéia das idas e vindas, segue breve descrição das etapas desse caso: O caso iniciou-se em 25 de janeiro de 2001, quando houve pedido de consultas. Prosseguiu com pedido de Grupo Especial em 1º de março, uma vez que as partes não haviam resolvido as suas divergências nas consultas realizadas em Genebra. O Grupo Especial foi estabelecido na reunião do OSC de 12 de março e o Diretor-Geral da OMC indicou os membros do Grupo Especial em 11 de maio de 2001. A Austrália, as Comunidades Européias, os Estados Unidos e a Índia entraram no processo como terceiros. O relatório final do Grupo Especial, público em 28 de janeiro de 2002, considerou inadequados os subsídios canadenses a companhias aéreas em ações específicas no valor de US\$ 4 bilhões, embora não tenha condenado os programas de créditos a exportações em si. O Canadá não apelou e o OSC adotou o relatório em sua reunião de 19 de fevereiro de 2002. O Canadá tinha até 19 de maio de 2002 para retirar os subsídios condenados e não o fez. O Brasil pediu autorização para retaliar e já foi autorizado o montante em junho de 2002.

c) Aspectos básicos sobre a disputa: o PROEX

O objeto de reclamação do Canadá foi o componente de equalização de juros usado pelo Programa de Financiamento às Exportações (PROEX) no setor de aviação regional. O PROEX tem duas vertentes: financiamento direto ao exportador (não foi questionado) e o mecanismo de equalização de juros. É importante conhecer bem como funciona o programa para que se possa compreender o julgamento do Grupo Especial mais a seguir. O PROEX é administrado pelo Comitê de Crédito às Exportações do Ministério da Fazenda. O Banco do Brasil é o gestor do programa em suas operações diárias, possuindo autonomia de decisão para aprovação de financiamentos até US\$ 5 milhões. Todos os financiamentos que ultrapassem este valor devem ser aprovados pelo Comitê por meio de uma carta de compromisso.

A operação de equalização começa quando a empresa produtora dos aviões, no caso, unicamente a Embraer, requer a aprovação deste financiamento junto ao Comitê, estabelecendo os termos do financiamento antes de fechar o acordo com a empresa que comprará os aviões. O pagamento deste financiamento pelo governo se dá depois que a aeronave é exportada, no momento em que há a compra do aparelho pela empresa. O pagamento é feito por meio da emissão de Notas do Tesouro Nacional Série I (NTN-I) para a instituição financeira que financiará diretamente a compra. Este pagamento vai servir para cobrir a diferença entre as taxas de juros usadas no contrato da Embraer com seus clientes e o custo de captação de recursos da Embraer.²⁷⁰ Com esse pagamento, os clientes estrangeiros da Embraer assinam com os agentes financiadores

²⁷⁰ O que acontece é o seguinte: o banco financiador cobra dos clientes da Embraer suas taxas de juros normais, e acaba recebendo o pagamento de duas fontes: do cliente e do Governo do Brasil, que paga 3.8% dos juros cobrados pelo banco ou (a) (2) há qualquer forma de renda ou apoio de preços no sentido do Artigo XVI do GATT 1994 e (b) um benefício é assim conferido.

contratos de financiamento a juros mais baixos do que eles conseguiriam normalmente. Isso tem o efeito de baixar o preço das aeronaves para os compradores estrangeiros, configurando assim um nítido subsídio tal como previsto no Artigo 1 do Acordo sobre Subsídios: há uma contribuição financeira do governo, e esta contribuição confere um benefício ao exportador.²⁷¹ Graças a este subsídio, a Embraer teria conseguido tornar-se um ator preponderante no mercado de jatos regionais.

d) O primeiro Grupo Especial

A argumentação canadense se baseava no fato de que o PROEX violaria o Artigo 3 do Acordo Sobre Subsídios da OMC, o qual proíbe a utilização de subsídios que estejam associados à

²⁶¹ Artigo 1 do Acordo Sobre Subsídios e Compensações:

Definição de Subsídio

1.1 Para os propósitos deste Acordo, um subsídio existe quando:

(a) (1) há contribuição financeira por parte do governo ou de qualquer órgão público em território de um Membro (referido neste Acordo como “governo”), i.e. onde:

(i) a prática do governo envolve transferência direta de fundos (por ex. doações, empréstimos e aportes de capital/*equity infusion*), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações financeiras/*liabilities* (por ex. garantias para empréstimos);

(ii) arrecadação do governo devida é perdoada ou não-recolhida (por ex. incentivos fiscais como créditos tributários);

(iii) o governo fornece bens ou serviços daqueles destinados a infra-estrutura geral ou compra bens;

(iv) o governo faz pagamentos a mecanismo de financiamento ou determina que órgão privado desempenhe um ou mais dos tipos de funções ilustradas em (i) a (iii) acima, que seriam normalmente governamentais, e a prática, *in no real sense*, diferem de práticas normalmente seguidas por governos;

ou

(a) (2) há qualquer forma de renda ou apoio de preços no sentido do Artigo XVI do GATTT 1994

e

(b) um benefício é assim conferido.

performance exportadora.²⁷² O argumento canadense se antecipa a provável resposta brasileira ao afirmar que o parágrafo primeiro do Item K do Anexo I do Acordo Sobre Subsídios,²⁷³ Item (k) da Lista

²⁷² Artigo 3 do Acordo Sobre Subsídios e Compensações: 3.1 Exceto como determinado no Acordo sobre Agricultura, os seguintes subsídios, conforme definição do Artigo 1, devem ser proibidos: (a) subsídios ligados, de fato ou de direito, seja individualmente ou como uma entre várias outras condições, ao desempenho exportador, inclusive aqueles ilustrados no Artigo 15; (b) subsídios ligados, seja individualmente ou como uma entre várias outras condições, ao uso de bens domésticos em detrimento de produtos estrangeiros. 3.2 Um Membro não deverá fornecer ou manter subsídios referidos no parágrafo 1. Primeiro parágrafo A dotação por governos (ou instituições especiais controladas por e/ou agindo sob a autoridade de governos) de créditos para exportações com taxas abaixo daquelas as quais eles de fato deverão pagar pelos fundos assim empregados (ou teriam que pagar se emprestassem em mercados financeiros internacionais para obter fundos com a mesma maturidade e outros termos de crédito e denominados na mesma moeda em que o crédito para exportações), ou o pagamento por eles do total ou de parte dos custos arcados por exportadores ou por instituições financeiras para a obtenção de créditos, contanto que sejam utilizados para assegurar vantagem material no campo de termos de créditos para exportações. Segundo parágrafo Se, entretanto, um Membro é parte de empreendimento internacional sobre créditos oficiais para exportações para a qual pelo menos doze Membros originais deste acordo são partes em 1º de janeiro de 1979 (ou empreendimento de sucessor que fora adotado por aqueles Membros originais), ou se na prática um Membro aplica provisões de taxas de juros do empreendimento relevante, uma prática de créditos para exportações que esteja em conformidade com aquelas provisões não deverá ser considerada um subsídio para exportações proibido por este Acordo....

²⁷³ Item (k) da Lista Ilustrativa de Subsídios para Exportações, do Anexo 1 do Acordo sobre Subsídios e Compensações.

Primeiro parágrafo

A dotação por governos (ou instituições especiais controladas por e/ou agindo sob a autoridade de governos) de créditos para exportações com taxas abaixo daquelas as quais eles de fato deverão pagar pelos fundos assim empregados (ou teriam que pagar se emprestassem em mercados financeiros internacionais para obter fundos com a mesma maturidade e outros termos de crédito e denominados na mesma moeda em que o crédito para exportações), ou o pagamento por eles do total ou de parte dos custos arcados por exportadores ou por instituições financeiras para a obtenção de créditos, contanto que sejam utilizados para assegurar vantagem material no campo de termos de créditos para exportações.

Segundo parágrafo

Se, entretanto, um Membro é parte de empreendimento internacional sobre créditos oficiais para exportações para a qual pelo menos doze Membros originais deste acordo são partes em 1º de janeiro de 1979 (ou empreendimento de sucessor que fora adotado por aqueles Membros originais), ou se na prática um Membro aplica provisões de taxas de juros do empreendimento relevante, uma prática de créditos para exportações que esteja em conformidade com aquelas provisões não deverá ser considerada um subsídio para exportações proibido por este Acordo.

Ilustrativa de Subsídios para Exportações, do Anexo 1 do Acordo sobre Subsídios e Compensações.

não poderia ser interpretado de forma a permitir a concessão pelos governos de créditos à exportação com taxas de juros subsidiadas, desde que tais créditos não sejam utilizados a fim de se obter “vantagem material” (“material advantage”) no que diz respeito a termos de crédito à exportação. Ou seja, o Item K não poderia ser usado como exceção ao Artigo 3. Primeiro, a natureza das operações via PROEX é diversa, pois não serve para ajudar nos custos que o exportador incorre, tendo em vista que o financiamento vai direto para o agente financiador externo. Ademais, mesmo que o Item K representasse uma exceção ao Artigo 3, segundo o governo Canadense, o PROEX continuaria ilegal, tendo em vista que proporciona uma vantagem material no campo de termos de crédito à exportação.

Ainda se antecipando ao Brasil, o Canadá diz que o Brasil não se enquadra no Artigo 27.2, o qual prevê que países em desenvolvimento poderiam usar subsídios para seu desenvolvimento econômico por um período de 8 anos ainda. O Brasil não se enquadraria porque não satisfaria as condições para isso estabelecidas no

Artigo 27.4, ou seja, não estaria em processo de “phase out” de seus subsídios e não estaria deixando de aumentar os subsídios.²⁷⁴

Segundo o governo canadense, o argumento brasileiro de que o PROEX apenas equalizava taxas de juros devido ao “risco Brasil” é falso. Primeiro, porque o que o programa faz é diminuir as taxas de juros a serem pagas pelo cliente estrangeiro da Embraer, não guardando nenhuma relação com taxas de juros internas vigentes no país. Assim, ao invés de equalizar taxas, o PROEX na verdade reduziria as taxas de juros para valores abaixo daqueles que seriam negociados internacionalmente pelos clientes da Embraer junto a agentes financiadores que nem sequer são brasileiros.

A contra-argumentação brasileira foi, portanto, previsível. Antes de iniciá-la, o Brasil procurou bloquear o andamento do

²⁷⁴ Artigo 27

Tratamento Especial e Diferenciado para Países-Membros em Desenvolvimento

27.1 Os membros reconhecem que subsídios podem possuir papel importante em programas de desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento.

27.2 A proibição do parágrafo 1(a) do Artigo 3 não deverá se aplicar a:

- (a) Países-Membros em desenvolvimento referidos no Anexo VII.
- (b) Outros Países-Membros em desenvolvimento por um período de oito anos a partir da data de entrada em vigor do Acordo da OMC, sujeito a cumprimento com as provisões no parágrafo 4.

...

27.4 Os países-membros mencionados no parágrafo 2(b) deverão extinguir seus subsídios à exportação no período de oito anos, de preferência de maneira progressiva. Entretanto, um país-membro em desenvolvimento não deverá aumentar o nível de seus subsídios à exportação e deverá eliminá-los em período menor que aquele indicado neste parágrafo quando o uso desses subsídios à exportação forem inconsistentes com as suas necessidades de desenvolvimento. Se um país-membro em desenvolvimento acreditar que seja necessário aplicar tais subsídios além do período de oito anos, ele deverá consultar até um ano antes da final do prazo o Comitê, que determinará se uma extensão do período é justificada, após examinar todas as necessidade econômicas, financeiras e de desenvolvimento do país-membro em desenvolvimento em questão. Se o Comitê decidir que a extensão é justificada, o país-membro em desenvolvimento em questão deverá manter consultas anuais com o Comitê para determinar a necessidade de manter os subsídios. Se não houver essa determinação do Comitê, o país-membro em desenvolvimento deverá extinguir o restante os subsídios à exportação no prazo de dois anos a partir do final do período autorizado.

Grupo Especial ressaltando que muitas das operações do PROEX postas em questão pelo governo foram tomadas depois do período que os países tiveram para consultas, não podendo, portanto, fazer parte do Grupo Especial.

O Brasil aceitou que de fato o PROEX é um incentivo ligado à exportação. No entanto, o Brasil considerava o Item K como sendo uma exceção ao Artigo 3 e acreditava que o Artigo 27 isentava o PROEX das restrições da OMC.

Com relação ao Item K, o Brasil argumentou que a palavra “financial institution” não indicava se ela deveria ser nacional ou estrangeira, nada havendo de errado em se canalizar recursos para agentes financeiros estrangeiros. Ademais, o Brasil argumentou que não se tratava em hipótese alguma de “vantagem material”, tendo em vista que o PROEX simplesmente: a) esvaziava o “risco Brasil”; b) servia para igualar os subsídios concedidos pelo Canadá para a Bombardier por meio do “Export Development Corporation” (EDC), “Canada Account”, “Technology Partnerships Canadá” e do Governo do Québec.

Quanto ao “risco Brasil”, o governo brasileiro contra-argumentou que, de fato, quando o agente financiador se localiza fora do Brasil, ele não incorre em risco adicional. No entanto, a empresa brasileira continua com o risco brasileiro a ela associada, que se manifesta nos maiores custos de se conseguir crédito para seus clientes fora do Brasil. A empresa nacional não pode se dissociar do risco soberano a ela ligado (argumento que, segundo os canadenses, não vale para a Embraer, pois ela conta com fornecedores estrangeiros e investidores que a ajudam; além disso, a Embraer é uma companhia muito bem estabelecida no mercado, maior do que fabricantes de países desenvolvidos, como a Fairchild Dornier).

Ainda com relação ao Artigo 27, o Brasil argumenta que o phase out não é necessariamente progressivo, mas “preferencialmente”, segundo os termos ao acordo. Além disso, não vem au-

mentando os subsídios, como diz o Canadá. Isso causou grande controvérsia, pois tinha-se que analisar, para ter isso claro: qual ano seria o benchmark para comparação; qual seria o melhor indicador de subsídio (desembolsos efetivos ou alocação orçamentária).

e) Conclusões do Grupo Especial: canadenses ganham

1) O Grupo Especial não considerou a objeção brasileira de que levava em consideração assuntos não debatidos antecipadamente em consultas bilaterais, tendo em vista que a natureza dos assuntos foi sempre a mesma, créditos à exportação.

2) O Grupo Especial não considerou a argumentação brasileira de que o PROEX seria permitido de acordo com o Item K do Anexo I. O Brasil não conseguiu provar que não há vantagem material no campo de créditos à exportação. A idéia brasileira, de considerar vantagem material em termos relativos (tendo que analisar também o “risco Brasil” e os financiamentos da Bombardier) não encontra respaldo no Acordo sobre Subsídios, variando bastante da interpretação que normalmente se atribui ao termo. A idéia de comparar com os financiamentos alheios desencadearia resultados absurdos, ou seja, antes de se conceder um subsídio, um país teria então que verificar como todos os outros países fornecem subsídios, o que seria impraticável. O Grupo Especial considerou que um pagamento previsto no Item K é usado para assegurar vantagem material quando resultar em disponibilidade de crédito a termos mais favoráveis do que aqueles que poderiam ser obtidos de outra forma no mercado. É importante, ainda, que a definição de vantagem material no campo de subsídios de créditos à exportação acabou gerando jurisprudência na OMC.

3) Segundo o Grupo Especial, o Brasil não se enquadraria no Artigo 27, tendo em vista que vem aumentando seus subsídios (levando-se em consideração o ano de 1994 como referência e desembolsos efetivos como medida de valor, exatamente como queri-

am os canadenses). O Grupo Especial não concordou com a interpretação brasileira do termo “phase out”, dizendo que seria atribuir à palavra um sentido bem mais restrito do que ela tem.

4) Portanto, o PROEX é incompatível com o Artigo 3 sobre subsídios. O Grupo Especial recomenda a retirada dos subsídios “without delay” – o que é interpretado pelo Grupo Especial com sendo 90 dias (pois não haveria na OMC experiência anterior com relação ao que seria um prazo razoável para eliminação de subsídios).

f) O Brasil recorre ao Órgão de Apelação

No dia 3 de Maio de 1999, o Brasil notificou sua intenção de recorrer ao Órgão de Apelação da OMC. O Órgão emitiu o seu relatório no dia 2 de Agosto. O Brasil questionou os seguintes itens:

1) A decisão do Grupo Especial de ignorar a alegação brasileira de que o Grupo Especial inicial levava em consideração assuntos não debatidos bilateralmente;

2) A decisão do Grupo Especial de não considerar alocação orçamentária como medida para avaliar o tamanho do subsídio, centrando-se apenas no quesito desembolsos efetivos;

3) A conclusão de que o subsídio se dá no momento em que a aeronave é exportada;

4) A idéia de que o PROEX confere vantagem material no campo de termos de crédito à exportação;

5) A decisão de que o Brasil teria apenas 90 dias para retirar seus subsídios.

Após o pedido brasileiro, o Canadá apresentou os temas que gostaria que o Grupo Especial revisse. As partes interessadas também levantaram alguns pontos, ainda que não pudessem apelar.

Os pontos levantados pelo Brasil tiveram a seguinte argumentação:

1) O Brasil lembrou que o Artigo 4.7 do OSC diz que um país pode requerer um Grupo Especial desde que as consultas bilaterais falhassem na tentativa de se solucionar o caso;

2) O Brasil insiste que o item K do Anexo I permite o uso do PROEX, que é usado tão somente para acabar com o “risco Brasil” e para compensar os subsídios canadenses. De acordo com o Brasil, a interpretação do Grupo Especial de que há uma vantagem material quando as são oferecidas condições de crédito melhores do que as que seriam obtidas no mercado na verdade tornaria o Item K sem efeito, tendo em vista que todos os pagamentos concedidos naturalmente melhoram as condições de crédito;

3) O Brasil reitera que no Artigo 27 do Acordo de Subsídios não indica que deveria haver uma base definida para o cálculo do subsídio;

4) Para o Brasil, o Grupo Especial errou ao não considerar que o subsídio começaria a existir no momento em que há a aprovação do entendimento entre a Embraer e o Comitê de Crédito. Segundo o Grupo Especial, o subsídio começa a existir quando há a emissão de NTN-I. O Canadá obviamente concorda com esse argumento, e diz que, ademais, se a idéia brasileira prevalecer, apenas estará o país violando o Artigo 3 do Acordo de Subsídios mais cedo;

5) O Brasil não concorda que o Grupo Especial tenha estabelecido o prazo de 90 dias porque, de acordo com o Artigo 4.12 do Acordo de Subsídios, quando prazos específicos não são definidos pelo Artigo 4, os prazos a serem aplicados pelo OSC devem ser de metade dos prazos normalmente utilizados pelo OSC – o que dá 7 meses e meio, a metade dos 15 meses previstos (Artigo 21.3c do Acordo do OSC). O Canadá contra-argumenta dizendo que o Arti-

go 4.12 do Acordo de Subsídios diz que, uma vez identificados, subsídios devem ser suspensos “without delay”;

O relatório do Órgão de Apelação (OA) deu razão ao Canadá em tudo:

1) O OA reitera que as consultas tardias entre Brasil e Canadá não trouxeram nada de novo que alterasse a natureza do assunto já clarificado em consultas anteriormente e propriamente examinados pelo Grupo Especial, qual seja, o aporte de subsídios por meio do PROEX às exportações de aeronaves;

2) O OA concorda com o Grupo Especial em que o ponto de referência para análise de subsídios seja o volume de recursos efetivamente canalizados;

3) O OA também concorda com o Grupo Especial no que tange ao fato de que o subsídio começa a existir quando há emissão de NTN-I – a carta de compromisso assinada com o Comitê de Subsídios não vale como subsídio para os propósitos do Artigo 27.4 do Acordo de Subsídios porque o contrato de venda da aeronave ainda não existe;

4) Segundo o OA, o Brasil não conseguiu demonstrar que não existe vantagem material com o uso do PROEX nem o OA concorda com a sua interpretação do que seja vantagem material. Aqui o OA introduz a idéia da CIRR/OCDE como referência: “Nós acreditamos que o Acordo da OCDE pode ser apropriadamente visto como um exemplo de acordo internacional que possui uma referência específica para comparar se os pagamentos feitos pelo governo, nos termos do Item K, são usados ou não para assegurar vantagem material no campo de termos de crédito às exportações.”;

5) O OA concorda com o Grupo Especial em que os subsídios devem ser extintos em 90 dias, tendo em vista que a invocação do Brasil do Artigo 4.12 do Acordo de Subsídios não cabe aqui. O

Artigo 4.7 do Acordo de Subsídios é que deve ser aplicado, e ele define sim um prazo: “without delay”, que foi seguido a risca pelo Grupo Especial.

Em 6 de Setembro de 1999, o OSC notificou que adotava as recomendações tanto do Grupo Especial quanto do OA. Em 16 de Setembro, o Brasil anunciou que seguiria as recomendações do OSC. Em 24 de Novembro de 1999, o Brasil comunicou que alterara sua legislação de modo a cumprir as recomendações do OSC. O cumprimento total viria com a Medida Provisória 1892-32, de 22 de Outubro de 1999, que dizia o seguinte: “Nas operações de financiamento com recursos da programação Especial das Operações Oficiais de Crédito, vinculadas à exportação de bens ou serviços nacionais, o Tesouro Nacional poderá pactuar encargos financeiros compatíveis com os praticados no mercado internacional, no âmbito do PROEX.” Apenas dois dias depois, no entanto, o Canadá entrou com um “request for determination of consistency of implementation measures”, (de acordo com o Artigo 21.5 do OSC) dizendo que não havia nada na comunicação brasileira que indicasse que o Brasil estaria disposto a retirar os subsídios relativos a aeronaves a serem entregues depois de 19 de Novembro de 1999, relativas a contratos assinados antes dessa data. Surge uma grande controvérsia entre Brasil e Canadá quanto ao cumprimento do que fora estabelecido pelo OSC. Segundo o Artigo 21.5, não se trata de um novo Grupo Especial, mas sim de uma volta ao Grupo Especial original (inclusive são os mesmos os juízes).

Em Maio de 2000, o Grupo Especial publicou seu novo relatório.

Os argumentos canadenses se baseavam em dois pontos:

1) A questão dos subsídios aos aviões ainda não entregues; o Brasil não pode continuar emitindo NTN-Is relativas a compromissos assumidos anteriormente.

2) O Brasil continua a dar subsídios, uma vez que mesmo com as alterações, o PROEX ainda continua conferindo vantagem material à Embraer.

No que diz respeito à questão 1, O Brasil argumenta que o subsídio do PROEX existe quando há um comprometimento do Governo com o fornecimento do benefício, o que aconteceu no passado com as cartas de aprovação do Comitê. Para o Brasil, o subsídio começa a existir com o sentido do Artigo 1 do Acordo de Subsídios quando há uma contribuição financeira do governo e um benefício é então concedido – o que acontece no momento em que há o compromisso com uma “potencial transferência de fundos”. Interpretar que o subsídio apenas existe quando ocorre a entrega dos aviões pode levar a uma situação absurda: toda a parte III do Acordo de Subsídios, relativa a subsídios acionáveis, seria inútil, porque o impacto do suposto dano causado pela Embraer à sua concorrente no mercado não seria possível de se medir, nenhum subsídio existiria anteriormente e, portanto, nenhuma medida compensatória poderia ser pensada até que a aeronave fosse efetivamente exportada. Além disso, o Brasil argumenta que se sente legalmente obrigado a cumprir as cartas de aprovação, sob pena de sofrer acusações de quebra de contrato.

O Grupo Especial, entretanto, manteve sua decisão de que o subsídio começa a existir quando há a emissão de NTN-I, ou seja, quando há transferência de recursos, e não apenas o compromisso de se transferir recursos. Na visão do Grupo Especial, tratava-se não de um julgamento retroativo, mas “the obligation to cease performing illegal acts in the future is a fundamentally prospective measure”.

O Grupo Especial também rejeitou o argumento brasileiro sobre a quebra dos contratos. Se esse argumento fosse válido, um país poderia tornar uma decisão da OMC inútil ao assumir enormes compromissos no futuro. O que não é uma possibilidade remota, pois no próprio caso da Embraer, trata-se de 300 aviões.

Com relação à questão 2, o Brasil afirma que cumprira todas as determinações do OSC porque, além da medida provisória acima descrita, adotou também a Resolução 2667 de 19 de novembro de 1999, que diz o seguinte:

In the financing of aircraft exports for regional aviation markets, equalisation rates shall be established on a case by case basis and at levels that may be differentiated, preferably based on the US Treasury Bond 10-year rate, plus an additional spread of 2% per annum, to be reviewed periodically in accordance with market prices.

O Brasil voltou a insistir na tecla de que o Item K do Anexo I pode indicar que um subsídio ligado à exportação como o PROEX é legal, tendo em vista que o programa brasileiro não confere vantagem material para a Embraer. Aqui o Brasil tentou incrementar a sua defesa com relação a Grupos Especiais anteriores, centrando na clivagem desenvolvidos X países em desenvolvimento.

De acordo com o Brasil, o segundo parágrafo do Item K traz um “safe heaven” para práticas de crédito que sigam as determinações do “Arrangement 5.1” da OCDE.²⁷⁵ Isso porque o segundo parágrafo do Item K só pode significar que se trata da OCDE, pois não existe nenhuma outra organização com essas características.

O problema é que, segundo o Brasil, países em desenvolvimento não conseguem cobrar a taxa CIRR por causa de seus mais elevados custos de captação, não podendo assim se beneficiar do

²⁶⁵ O objetivo do Arranjo, tal como descrito em sua Introdução, é “fornecer uma moldura para o uso ordenado de créditos com apoio oficial” e “encorajar a competição entre os exportadores dos países da OCDE com base na qualidade e preços de bens e serviços ao invés de nos termos mais favoráveis de apoio oficial”. O Arranjo possui certas regras em relação aos termos e condições dos créditos de exportação com apoio oficial, incluindo taxas de juros mínimas para créditos de exportação – CIRR (Commercial Interest Reference Rates). Há uma CIRR para a moeda de cada participante do Arranjo, construída com base nos rendimentos de ações de longo prazo para aquele participante mais uma margem fixa (que é 1% para a maior parte das moedas).

“safe heaven” do segundo parágrafo do Item K. Então, os países em desenvolvimento mereceriam usufruir desse “safe heaven”, o que apenas poderia ser feito se houvesse uma interpretação de que, de acordo com o primeiro parágrafo do Item K, certos subsídios ligados à exportação são permitidos. O argumento é que o Brasil não pode adotar as mesmas condições de crédito do Canadá e dos outros países ricos sem violar as regras da OMC – trata-se de uma desvantagem “estrutural e permanente” dos países em desenvolvimento. O mais grave é que os países ricos podem captar dinheiro a taxas de juros inferiores à CIRR, e portanto podem fornecer financiamentos a taxas também mais baixas que a CIRR. Isso se torna possível em virtude de uma interpretação corrente do acordo da OCDE, segundo a qual os créditos à exportação fornecidos por algumas agências de crédito não constituem apoio oficial e portanto não são enquadradas no Acordo, propiciando uma considerável “market window” para os países desenvolvidos.

Além disso, o Brasil argumentou que o principal defeito que o Grupo Especial havia identificado no PROEX era a ausência de uma referência para suas taxas de juros. Para o Brasil, o Grupo Especial havia apenas sugerido a CIRR como exemplo de uma referência; o Brasil preferiu usar outro referencial, baseado igualmente na prática de mercado. O Canadá, ao contrário, interpretou que o Grupo Especial havia sim estabelecido a CIRR como referência, e que o novo PROEX utiliza taxas de juros abaixo dela.

Mais uma vez, o Grupo Especial deu ganho de causa ao Canadá. Disse que o Brasil se negou a dar as informações precisas sobre as taxas de juros pagas pelos clientes de Embraer caso-a-caso, e que portanto não havia como compará-las com a CIRR. Os termos utilizados no Acordo colocam no Brasil o ônus da prova:

We recall that the benchmark established by Brazil in respect of export credits supported by PROEX payments is below the relevant CIRR, and we note in

addition that Brazil has presented no evidence that export credits at fixed interest rates in respect of regional aircraft are being provided in the commercial market to any borrower at the benchmark rate of 10 year US Treasury Bonds plus 20 basis points established by Brazil. We recall that, because Brazil is seeking to assert an “affirmative” defense, and it bears the burden of demonstrating entitlement to that defense. (...) **In respect of that information which is in the exclusive possession of Canada, Canada has categorically stated that, with the exception of one Canada Account transaction which is clearly not commercial, all fixed interest rate export credit financing provided by Canadian government agencies, including EDC export credits at rates below CIRR, has been at rates “well above” the Brazilian benchmark. We cannot assume bad faith on the part of Canada and therefore we must accept the veracity of these statements.** [grifos nossos]

Além disso, com relação ao segundo parágrafo do Item K, o Grupo Especial fez algo inovador: interpretou um acordo de outra Organização Internacional:

At the present, the only generally applicable minimum interest rate under the Arrangement is the CIRR. Thus, an export credit which is provided through “market window” at an interest rate below CIRR cannot be said to be in conformity with the interest rate provisions of the Arrangement and thus cannot benefit from the safe harbour provided for in that paragraph.

Segundo o Grupo Especial, portanto, “as properly interpreted”, o Item K estabelece sim “a level playing field” para todos os membros da OMC.

g) Retaliações canadenses e apelação do Artigo 21.5

Logo depois das conclusões finais do Grupo Especial, o Canadá anunciou que entraria com pedido de autorização para impor as medidas de retaliação contra o Brasil, em conformidade com o Artigo 22.2 do OSC, no valor total de Can\$ 700 milhões por ano. O Canadá anunciou que pretendia retaliar o Brasil por meio das seguintes medidas:

- Suspensão das obrigações assumidas no âmbito do Acordo de Têxteis relativas restrições quantitativas às importações de produtos têxteis provenientes do Brasil;
- Suspensão das obrigações previstas no “Agreement on Import Licensing Procedures” relativas a “licensing requirements” de importações do Brasil;
- Suspensão das obrigações tarifárias previstas no Acordo de GATT 1994 por meio de uma sobretaxa de 100% em uma lista de produtos brasileiros (já mostrava a lista completa dos produtos);
- Suspensão do Brasil da lista de países elegíveis para o “General Preferential Tariff Treatment” canadense.

O Brasil reagiu de duas formas. Primeiro, resolveu apelar contra a decisão do Grupo Especial que definiu que o PROEX alterado não cumpria as determinações do OSC, ancorado pelo Artigo 16.4 do OSC. Segundo, entrou com um pedido de arbitragem com relação às medidas de retaliação propostas pelo Canadá, consideradas absurdas e totalmente arbitrárias. O Brasil também dizia que os procedimentos previstos no Artigo 22.3 não estavam sendo seguidos. O pedido do Brasil se baseava no Artigo 22.6 do OSC.

A apelação brasileira não surtiu efeito, e o OA confirmou as decisões do Grupo Especial quanto ao não-cumprimento, por parte do Brasil, das recomendações do OSC com o novo PROEX,

repetindo exatamente os mesmos motivos. Já o pedido de arbitragem, analisado pelos mesmos juízes do Grupo Especial original, resultou em um valor de retaliação consideravelmente menor do que aquele proposto pelo Canadá, ainda que bem maior também do que o proposto pelo Brasil.

Basicamente, a metodologia de cálculo do Canadá considerava a média de subsídio proibido embutida em todas as exportações da Embraer. Com isso, chegou à cifra de CND\$ 700 milhões, ou US\$ 480 milhões. Já o Brasil partia de um ponto de vista totalmente diverso: considerava apenas quantas vendas de aviões a Bombardier teria ganhado caso não existisse o PROEX. Com isso, deveria ser levado em consideração o fato de que as empresas não são competidoras, por exemplo, no mercado de jatos com 37 lugares, em que só a Embraer atua. Também deveriam ser levados em consideração outros aspectos que inviabilizariam a concorrência da Bombardier, como certos detalhes técnicos. Com essa metodologia, o Brasil chegou à conclusão que deveria indenizar o Canadá apenas pela venda de 8 aviões por ano.

Outra diferença de interpretação: o Brasil achava que o montante de subsídio considerado proibido para efeitos de cálculo de retaliação deveria ser apenas aquele percentual que ultrapassa o subsídio permitido, estabelecido pela CIRR. Mas os árbitros concordaram com o Canadá em que todo o subsídio deveria ser levado em consideração, porque se o Grupo Especial original pensasse diferente, teria explicitado isso no texto.

Essas diferenças expressavam uma discordância maior quanto ao Acordo de Subsídios. O Canadá achava que as retaliações deveriam corresponder ao montante total do subsídio, ao passo que o Brasil achava que elas deveriam apenas corresponder ao dano causado à indústria aeronáutica canadense. O Grupo Especial concordou com o Canadá: não deveria se ver referência a danos no Artigo 4 do Acordo de Subsídios porque

the purpose of Article 4 is to achieve the withdraw of the prohibited subsidy. In this respect, we consider that the requirement to withdraw a prohibited subsidy is of a different nature than removal of specific nullification or impairment caused to a member by the measure. The former aims at removing a measure which is presumed under the WTO Agreement to cause negative trade effects, irrespective of who suffers those trade effects and to what extent. The latter aims at eliminating the effects of a measure on the trade of a given member.

O Grupo Especial de arbitragem concluiu que, na medida em que os subsídios no setor aeronáutico trazem grande efeito multiplicador (i.e., quando uma empresa vende para um mercado, depois não sai mais), um cálculo baseado no dano à indústria apenas seria ineficiente, limitando bastante o escopo das retaliações.

Em consequência dessa definição, o Grupo Especial decidiu que todas as vendas de aviões deveriam ser levadas em consideração, independentemente de haver competição ou não com a Bombardier. No entanto, deveriam ser excluídas do cálculo todas as vendas de aviões que não contaram em nenhum momento com a ajuda do PROEX. Usando cálculos bastante complexos, o Grupo Especial, apesar de concordar com quase todos os argumentos canadenses, chegou a uma cifra menor: C\$ 433,2 ou US\$ 233,5 milhões. O Grupo Especial concordou que todas as medidas de retaliação propostas pelo Canadá eram apropriadas de acordo com o Artigo 4.19 do Acordo de Subsídios. O Grupo Especial apenas conclui lembrando que as retaliações devem ser temporárias, até que a medida que causou tudo seja removida. Embora o Canadá não tenha ainda implementado as medidas de retaliação, anunciou que reserva o seu direito de adotá-las quando quiser.

No entanto, embora já tenha ganhado o direito de retaliar, o Canadá ainda não se deu por contente e recorreu de novo ao Artigo

21.5, pedindo que o Grupo Especial avaliasse que as novas alterações no PROEX ainda não estavam de acordo com as recomendações estipuladas pelo OSC. O novo Grupo Especial emitiu seu relatório em 26 de julho de 2001.

Durante o Grupo Especial, o Brasil argumentou que as novas mudanças em seu programa de financiamento, agora apelidado de PROEX III, cumpriam todas as determinações do OSC. Em particular, o Artigo 1, parágrafo 1 da Resolução do Banco Central 2799, dizia o seguinte:

When financing exports of regional aviation aircraft, interest rate equalisation shall be established on a case-by-case basis, at levels that may vary according to the characteristics of each operation, complying with the Commercial Interest Reference Rate (CIRR) published monthly by the OECD corresponding to the currency and maturity of the operation. E o Artigo 8, parágrafo 2, dizia o seguinte: “In the process of analysing received request for eligibility, [the Export Credit Committee] shall have as reference the financing terms practiced in the international market.

O ataque canadense dizia que a) o PROEX III ainda era um subsídio ligado à exportação, e portanto, proibido de acordo com o Artigo 3.1 do Acordo de Subsídios; b) não estava em conformidade com as regras da OCDE; c) e portanto não poderia usufruir do “safe heaven” descrito no segundo parágrafo do Item K.

A defesa brasileira baseava-se no fato de que: a) O PROEX III não era um subsídio ligado à exportação (visto que comprovadamente adota taxas de juros de mercado); b) mesmo que fosse, o segundo parágrafo do Item K o isentaria de proibição na OMC; c) e também o primeiro parágrafo o isentaria, já que ele não confere vantagem material.

Quando ao primeiro item, o Grupo Especial dessa vez julgou que o PROEX III não é necessariamente “contingent upon export” devido à grande discricionariedade.²⁷⁶ Os panelistas dizem que poderiam então encerrar aí, sem analisar os outros itens, mas preferiram analisar tudo para facilitar o trabalho do OA caso houvesse uma apelação.

Então, trata-se agora de analisar se o PROEX III está ou não em conformidade com as regras da OCDE. O segundo parágrafo do Item K diz o seguinte:

Provided, however, that if a Member is a party to an international undertaking on official export credits to which at least twelve original Members to this Agreement are parties as of 1 January 1979 (or a successor undertaking which has been adopted by those original Members), or if in practice a Member applies the interest rates provisions of the relevant undertaking, an export credit practice which is in conformity with those provisions shall not be considered an export subsidy prohibited by this Agreement.

Surgiu uma controvérsia entre Brasil e Canadá neste ponto, que, embora não fosse capaz de alterar o resultado do Grupo Especial, trouxe consequências jurídicas importantes. O Brasil argumentava que, em função da frase “or a successor undertaking which has been adopted by those original Members”, ficava óbvio que o Acordo de Subsídios se referia ao “Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits from the OECD”, de 1992,

²⁶⁶ “On the basis of all the foregoing considerations, we find that PROEX interest rate equalisation payments are financial contributions within the meaning of Article 1.1 and that they are contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of the SCM Agreement. However, we further find that Brazil maintains the discretion to limit the provision of PROEX III interest rate equalization payments to circumstances where a benefit is not conferred in respect of regional aircraft. Accordingly, we conclude that Brazil is not required by the PROEX III scheme to provide, in respect of the export of regional aircraft, a subsidy within the meaning of Article 1.1 of the SCM Agreement which is contingent upon exportation in the sense of Article 3.1(a).”

pois fora o último sucessor do acordo de 1979 da OCDE sobre o assunto antes que o Acordo de Subsídios entrasse em vigor, em 1995. Já o Canadá argumentava que o Acordo de Subsídios se referiria sempre ao mais recente acordo da OCDE, portanto, o de 1998, tendo em vista que, se as pessoas que escreveram o Artigo quisessem congelar este ponto, teriam escrito explicitamente o ano de 1992. O Grupo Especial concordou com a interpretação canadense, ignorando um importante argumento brasileiro: com isso, a OMC estava não apenas aceitando as regras de outra organização, mas abrindo a possibilidade que os membros dessa outra organização alterassem as regras sobre subsídios a qualquer momento, em proveito próprio. A justificativa do Grupo Especial para adotar essa postura foi absurda:

We do not agree that the interpretation of the second paragraph of item K which we found to be the correct one and which is based on Article 31 of the Vienna Convention of the Law of 'Treaties' 'leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable' within the meaning of Article 32 of the Vienna Convention. It is true, under our interpretation, the Participants of the OECD Arrangement could modify the 1998 OECD Arrangement, and thus effectively [alter] the scope of the safe haven in the second paragraph of item K, without members' consent.(...) **We consider, however, that the drafters of the second paragraph could well have considered that such a 'delegation' was justifiable. They could have reached that conclusion on the basis, for instance, that the Participants, at that time, had greater expertise in the area of officially supported export credits. Similarly, they could have considered that it was inappropriate to 'freeze' the scope of the safe haven in the light of the fact that the OECD Arrangement was – and still is – in a process of evolution.** [grifos nossos]

Trata-se, então, de examinar se o PROEX III está em conformidade com o Acordo de 1998 da OCDE. Em primeiro lugar, o Canadá argumentou que a frase “in accordance with” the CIRR, usada pelo documento brasileiro, não era suficiente para assegurar que, em alguns casos, devido a alta discricionariedade do programa, o governo adotasse taxas menores do que a CIRR. O Grupo Especial não concordou com o Canadá.

O Canadá disse ainda que não havia nada na nova legislação brasileira que indicasse que o PROEX deveria se limitar a termos máximos de 10 anos, como diz a OCDE. Além de não estar claro o prazo máximo de 10 anos, o Canadá invocou declarações na imprensa de autoridades brasileiras para dizer que o Brasil não intencionava seguir essas determinações (até então o PROEX III não havia sido utilizado). O Grupo Especial determinou no entanto que declarações públicas de autoridades não configuram prova de que o comportamento do governo será diferente do esperado.

h) Conclusão

Apesar de ter dado razão ao PROEX III, a decisão de incorporar regras da OCDE à OMC deve ser considerada uma anomalia. A OCDE congrega apenas 20 nações, que são as mais ricas do planeta. A OMC, por sua vez, é uma organização internacional de vocação universalista, com mais de 100 países-membros, com associados que vão dos mais desenvolvidos aos em piores condições de desenvolvimento. Isso significa que os mais ricos estão determinando as condições de competição para todos, o que é frontalmente contrário aos princípios que regem o sistema multilateral de comércio. Não menos absurdo é o agravante de se utilizar sempre a última versão do arranjo da OCDE, pois confere àqueles 20 países o poder de alterar as regras sempre que lhes for conveniente.

Nas palavras de Roberto Azevêdo, “as normas do Consenso [da OCDE] reflete, naturalmente, as realidades econômicas e inte-

resses comerciais de seus participantes, um grupo reduzido de países homogêneos, com baixos custos de captação de recursos e que dispõem de um sistema financeiro sofisticado e sólido.”²⁷⁷ Mesmo que a jurisprudência eventualmente evolua no sentido de corrigir essas distorções, pode ser tarde demais para a Embraer e para um país como o Brasil. A criação e a manutenção da competitividade dos países em desenvolvimento em vários setores não é tarefa simples. O sistema multilateral de comércio deveria apoiá-los de forma rápida e eficiente, pois a lógica dos mercados internacionais, com apoio de regras questionáveis e de lenta evolução, pode facilmente enfraquecer ou destruir setores dinâmicos das economias em desenvolvimento.

V. REFORMA DO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS²⁷⁸

a) Os desafios da reforma do Mecanismo de Solução de controvérsias e o mandato negociador de Doha

Na Ata de Marraquesh, documento que instituiu a OMC, na parte em que dispõe sobre o mecanismo de solução de controvérsias já havia a previsão de fazer-se uma reforma para aperfeiçoar esse instrumento com base na experiência de sua implementação. Essa reforma teria seu início programado para a Reunião Ministerial de Seattle.

O malogro em termos absolutos da reunião realizada nos EUA adiou a possibilidade de estabelecer-se um mandato negocia-

²⁶⁷ AZEVEDO, Roberto. “O contencioso da Embraer e o mercado virtual”, *Gazeta Mercantil, Análises e Perspectivas*, 29/01/2001. Reproduzido no relatório 005/2001, 30/01/2001, do boletim eletrônico RelNet <www.relnet.org/main/RelNet.htm>.

²⁶⁸ As informações aqui contidas foram extraídas das seguintes fontes: Página da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO na Internet. CAMERON, James e GRAY, Kevin R., “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”. *International and Comparative Law Quarterly* 50 (2), British Institute of International and Comparative Law, Abril 2001, p. 248-298. Entrevistas com Conselheiro Roberto Carvalho e Secretário Antônio Otávio Sá Ricarte entre março e abril de 2002. As referências encontram-se ao final deste trabalho (BIBLIOGRAFIA).

dor para que os Estados-membros da OMC pudessem levar a cabo a iniciativa de reformar o sistema de solução de controvérsias.

Foi necessário que se esperasse cerca de dois anos para que o tema pudesse ser novamente encaminhado. Na Declaração Ministerial aprovada ao fim da Conferência de Doha (9 a 13 de novembro de 2001), ficou definido o seguinte no parágrafo 30 de seu plano de ação:

30. We agree to negotiations on improvements and clarifications of the Dispute Settlement Understanding. The negotiations should be based on the work done thus far as well as any additional proposals by members, and aim to agree on improvements and clarifications not later than May 2003, at which time we will take steps to ensure that the results enter into force as soon as possible thereafter.

Embora seja hoje um consenso na OMC a necessidade de empreender-se uma reforma do mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental observar que o fato de haver regras claras, objetivas e isonômicas para balizar as disputas entre os membros da Organização possibilita aos países em desenvolvimento defender em grau de igualdade o respeito das regras multilaterais de comércio contra as violações eventualmente empreendidas pelos países desenvolvidos, como no caso apresentado sobre a gasolina em que a Venezuela e o Brasil conseguiram mudar a legislação interna dos EUA.

Não se pode, contudo, deixar de assinalar que a evidente disparidade no nível de desenvolvimento econômico entre os países membros da OMC leva a que os mais abastados consigam mobilizar mais recursos para defender sua posição junto aos Grupos Especiais, para os quais são contratadas firmas de advocacias especializadas com o objetivo de preparar as petições ou contestações a serem apresentadas perante o Órgão de Solução de Controvérsias.

Essa assimetria estrutural entre ricos e pobre apresenta-se como um dos maiores problemas para que se configure uma situação de real equidade nos pleitos junto ao mecanismo de solução de controvérsias.

Em termos gerais, as preocupações dos países em desenvolvimento no que tange à reforma do mecanismo de solução de controvérsias são de dois tipos:

1. As provisões em seus regulamentos que tratam da preocupação com as condições socioeconômicas dos países em desenvolvimento são vagas ou estão mal-articuladas.
2. Os recursos econômicos de que dispõem os países em desenvolvimento são insuficientes para defender seus interesses no sistema de solução de controvérsias.

Até 1999, a Divisão de Treinamento e Cooperação Técnica da OMC contava apenas com dois assessores jurídicos e dois consultores externos para auxiliar os países em desenvolvimento a confeccionar seus pleitos a serem levados ao órgão de solução de controvérsias.

Já em Seattle, um grupo de países desenvolvidos e em desenvolvimento tentou articular a criação de um centro de consultoria sobre as normas que regem a OMC para prover assessoria legal aos que necessitarem, independentemente dos órgãos ligados ao Secretariado da organização. Resta saber quais serão os critérios para a alocação de recursos e fornecimento de ajuda utilizados pelo Centro.

Em termos específicos, após o lançamento do mandato negociador ao final da conferência ministerial de Doha, foram organizadas coalizões de países em torno de propostas para o aperfeiçoamento do mecanismo de solução de controvérsias. Curiosamente, embora existam temas que interessam em específico aos países em

desenvolvimento, não ocorreu uma articulação que expressasse essa clivagem.

Foi apresentada proposta específica por parte de um grupo de países heterogêneo, a Proposta Suzuki, endossada pelo Japão, Canadá, Chile, Costa Rica, Coréia, Nova Zelândia, Suíça, Peru etc. Esta defende alterações significativas nos Artigos 21.5 e 22.6, que tratam de “sequencing issues”; preconiza a redução geral dos prazos do procedimento; é a favor da ampliação dos direitos das terceiras partes. Em consultas informais, os apoiadores dessa proposta manifestaram o interesse em aumentar o número de membros do Órgão de Apelação.

Alguns países resolveram enviar propostas específicas para determinados artigos, como foi o caso da Turquia, Malásia e Tailândia.

A União Européia apresentou, em separado, uma lista extensa de propostas de aperfeiçoamento do mecanismo do sistema de solução de controvérsias. O leque apresentado pela Europa comunitária é extenso. Algumas das propostas são: a criação de um corpo permanente de “Grupo Especialistas” (“Standing Group Especial Body”); uma revisão do mecanismo de implementação das decisões dos Grupos Especiais e a tentativa de fazer da compensação uma alternativa mais realista de implementação de uma decisão; o aumento da transparência das decisões ao facultar às partes a prerrogativa de oferecer ao público e à sociedade civil organizada os resultados mesmo que parciais sobre a disputa, fornecidos pelo órgão de solução de controvérsias ou pelo órgão de apelação etc.

Já os EUA querem basicamente a inclusão de dispositivos que assegurem a maior transparência do processo, como a participação de ONGs nas reuniões como observadores e gostariam de poder submeter “amicus curiae briefs” nas disputas, ou seja, flexibilizar a intervenção de terceiros interessados.

b) A posição do Brasil sobre a reforma do mecanismo de solução de controvérsias

A avaliação da Chancelaria brasileira é de que o mecanismo de solução de controvérsias tem apresentado resultados satisfatórios em sua versão atual. Por esse motivo, a posição brasileira é relativamente conservadora no que tange à reforma. O Brasil guia-se pelas seguintes diretrizes:

1. “Sequencing issue”: Ao Brasil interessa que se alcance uma resolução definitiva acerca dos procedimentos expressos nos Artigos 21.5 e 22.6, que decidem a ordem de implementação das medidas derivadas do relatório final dos Grupos Especiais.
2. Direito de apelação: O Brasil sempre foi favorável ao direito de apelação à resolução do Grupo Especial, de acordo com o Artigo 17 do DSU.
3. “Compliance Panel”: O Brasil apóia a possibilidade de rever a composição do “panel” a pedido de uma das partes e, talvez, com recurso ao secretário-geral da organização.
4. Transparência: O Brasil é favorável à circulação ampla e ágil de documentos após o fim do caso, procurando-se diminuir o tempo com traduções ou outros procedimentos.
5. Direitos das Terceiras Partes: O Brasil não vê com bons olhos o aumento da participação ampliada de terceiras partes. A experiência acumulada sobre o tema demonstra que esse tipo de ação tende a beneficiar somente aos EUA, EU e Japão, pois apenas esses atores possuem recursos para manter a participar como terceiras partes nos contenciosos.
6. “Amicus Curiae Briefs”: O Brasil não é muito otimista em relação a esta possibilidade de que terceiras partes passem a agir como terceiro interessado, em particular na instância de apelação.

7. “Registry”: O Brasil é a favor de que se haja maior transparência no acesso a documentos por meio de incorporação de relatório a todas as petições. Por outro lado, não é a favor da criação de um “registry”.

8. Participação das ONGs: O Brasil é absolutamente contra esta proposta e insiste no caráter intergovernamental do sistema da OMC. A idéia visa a evitar pressões indevidas no local das reuniões. Isso não vale para as empresas que prestam assessoria jurídica externa às empresas envolvidas.

9. Aceleração dos prazos: o Brasil acredita que prazos muito reduzidos tendem a favorecer os membros da OMC que detêm maior aparelhamento funcional. O Brasil aceitaria que fosse estabelecido um Grupo Especial na primeira reunião do OSC desde que o reclamado fosse um país desenvolvido.

10. Procedimento: O Brasil é a favor da eliminação do “descriptive report”, desde que se incorpore em todas as fases do procedimento ao relatório final. O Brasil ainda favorece a eliminação do “interim report”.

11. O Brasil considera as legislações tipo a carrossel contrárias à letra e ao espírito do mecanismo de solução de controvérsias, pois sua aplicação tende a estimular a “retaliação” em lugar de medidas que favoreçam o comércio, como as compensações.

12. “Standing Panel Body” ou a criação de grupos de “panelistas” permanentes. Uma das razões para rechaçar essa proposta é a de que esse corpo permanente de “panelistas”, além de custar caro, poderia levar a uma complexidade cada vez maior dos procedimentos e a um excesso de formalismo jurídico. O Brasil defende a proposta de que a instância do “panel” deva ser mais técnica e executiva o possível.

13. Alterações no órgão de apelação: regime de tempo integral e residência em Genebra – Essa matéria não constitui preo-

cupação para o Brasil desde que não implique em aumento significativo dos custos de contribuições dos membros da OMC.

c) Conclusão

Os casos avaliados ilustram uma série de imperfeições do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, além de várias outras indicadas na seção introdutória e na presente. Todos eles envolvem países desenvolvidos e países em desenvolvimento em lados opostos, mas com a ressalva de que os representantes dos últimos são dos em melhores condições em seu grupo. Brasil, México e Venezuela não possuem a mesma capacidade institucional, financeira e política que Estados Unidos e Canadá, mas certamente possuem condições de constituir uma defesa razoável em comparação com a maior parte do mundo em desenvolvimento.

O caso do Canadá contra o Brasil é importante nesse sentido, pois mostra que não é apenas o conhecimento das regras e o acesso a recursos que possibilitem uma defesa consistente que fazem a diferença entre ricos e pobres. O simples fato de países desenvolvidos poderem ditar regras por possuírem condições de constituir tais regras anteriormente à OMC — como no Arranjo da OCDE, acima mencionado, que elaborou a taxa CIRR — já é diferencial que muda completamente o jogo na solução de contenciosos comerciais.

É crucial, portanto, atuar nas várias frentes que podem estabelecer maior igualdade de condições no sistema do OSC/OMC. Inquestionavelmente deve-se investir em treinamento e assessoria para países em desenvolvimento capacitarem-se como contendores de peso significativo no sistema. Essa é uma preocupação, ao menos em princípio, em grande parte das propostas de revisão do sistema. Tem que resultar em ações concretas e eficazes no prazo mais curto possível. Além disso, em função da universalidade do sistema multilateral de comércio e de seus princípios básicos, a OMC deve

respaldar-se em regras próprias ou de universalidade compatível e não utilizar grupos restritos, como a OCDE, por referência.

No debate sobre a reforma da OMC, ressalta-se, ainda, a questão sobre participação de ONGs no mecanismo de solução de controvérsias da OMC. É compreensível o temor do governo brasileiro de que isso cause pressões indevidas e o argumento de que a OMC possui caráter intergovernamental. Em uma época em que o protecionismo ocorre cada vez menos em forma de tarifas e crescentemente por meio de barreiras técnicas, ambientais, trabalhistas, humanitárias etc., ONGs que defendem determinadas causas podem ser instrumentais contra países em desenvolvimento. É possível imaginar, por exemplo, ONGs ambientais interferindo equivocadamente em caso como o da Gasolina Convencional-Gasolina Adulterada acima analisado.

Não obstante, talvez possa ser do interesse de países como o Brasil que ONGs tenham algum acesso aos processos, pois muitas delas podem contribuir com apoio técnico, estudos, expertise e mesmo pressão que auxilie os países em desenvolvimento ao invés de piorar a sua situação. O cerne da questão estaria em como incorporar as ONGs de forma que não dominem o processo ou mesmo interfiram de forma a descaracterizar o caráter intergovernamental da OMC. O universo das ONGs é bastante diverso. A recusa em interagir com esses atores de modo geral pode resultar em antagonismos com uma gama deles que certamente poderia constituir parcerias construtivas — não apenas no âmbito da OMC.

Em que pesem os problemas apontados neste trabalho, o simples fato de existir um organismo como o Órgão de Solução de Controvérsias, ao qual todos os países-membros da OMC possuem acesso em condições iguais (pelo menos idealmente), cujas determinações são mandatórias e do qual participam as nações mais poderosas do planeta é avanço indiscutível nas relações comerciais e mesmo nas relações internacionais de modo geral.

VII. BIBLIOGRAFIA

a) Apostilas

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Overview of the WTO Dispute Settlement System. Curso de Política Internacional, Vol 21.1, Genebra, 2001.

b) Artigos em periódicos

CAMERON, James e GRAY, Kevin R.. “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”. International and Comparative Law Quarterly 50 (2), British Institute of International and Comparative Law, Abril 2001, p. 248-298.

LAFER, Celso. “A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira”. Coleção Direito e Comércio Internacional. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.

c) Internet

AMERICAN UNIVERSITY. <www.gurukul.ucc.american.edu/ted/TUNA.HTM>

_____. <www.gurukul.ucc.american.edu/ted/TUNA2.HTM>

FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL. <www.foei.org/trade/activistguide/tunaban.htm>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft. Report of the Appellate Body. Documento 99.3216. WT/DS46/AB/R. 2 de agosto de 1999. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm>

_____. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft. Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU. Report of the Panel. Documento 00-1749. WT/DS46/RW. 9 de maio de 2000.

www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft. Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU. AB-2000-3. Report of the Appellate Body. Documento 00-2990. WT/DS46/AB/RW. 21 de julho de 2000. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft. Report of the Panel. Documento 99-1402. WT/DS46/R. 14 de abril de 2001. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Brazil - Export Financing Programme for Aircraft. Second Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU. Report of the Panel. Documento 01-3570. WT/DS46/RW/2. 26 de julho de 2001. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Canada – Export Credits Guarantees for Regional Aircraft. Report of the Pannel. Documento 02-0153. WT/DS222/R. 28 de janeiro de 2002. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft. Report of the Pannel. Documento 99-1398. WT/DS70/R. 14 de abril de 1999. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft. AB-1999-2. Report of the Appellate Body. Documento 99-3221. WT/DS70/AB/R. 2 de agosto de 1999. www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm

_____. Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft. Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU. Report of the Pannel. Documento 00-1750. WT/DS70/RW. 9 de

maio de 2000. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm>

_____. Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft. Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU. AB-2000-4. Report of the Appellate Body. Documento 00-2989. WT/DS70/AB/RW. 21 de julho de 2000. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm>

_____. United States – Restrictions on Imports of Tuna (“Tuna-Dolphin” case). Case brought by Mexico. Ruling not adopted. 3 de setembro de 1991. <www.wto.org/wto/english/tratop_e/envir_e/edis00_e.htm>

_____. United States – Restrictions on Imports of Tuna (“Son of Tuna-Dolphin” case). Case brought by European Union. Ruling not adopted. 16 de junho de 1994. <www.wto.org/wto/english/tratop_e/envir_e/edis00_e.htm>

_____. United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. Report of the Panel. Documento 96-1592. WT/DS2/R. 29 de janeiro de 1996. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm>

_____. United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. AB-1996-1. Report of the Appellate Body. Documento 96-0326. WT/DS2/AB/R. 29 de abril de 1996. <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_wto_members1_e.htm>

d) Jornais e revistas

AZEVEDO, Roberto. “O contencioso da Embraer e o mercado virtual”, *Gazeta mercantil, Análises e Perspectivas*, 29/01/2001. Reproduzido no relatório 005/2001, 30/01/2001, do boletim eletrônico RelNet (<www.relnet.org/main/RelNet.htm>).

e) Livros

THORSTENSEN, Vera. Organização Mundial do Comércio –
As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negoci-
ações Multilaterais, São Paulo, Edições Aduaneiras Limitada, 2001.

Tradição e Modernidade na obra de Hugo Grócio

Felipe Flores Pinto



RESUMO

Tenta identificar, nas contribuições de Hugo Grócio ao pensamento jurídico, o germe conceitual de instituições jurídico-estatais da modernidade. Relaciona a obra de Grócio com o quadro histórico-cultural de sua época. Tenta identificar a inserção de Grócio na tradição e seu papel na elaboração conceitual do direito natural moderno. Secundariamente, analisa prováveis implicações epistemológicas do sistema estabelecido na obra grociana na transição do medievo para a modernidade.

1 Introdução

A obra de Hugo Grócio (Huigh de Groot, latinizado *Grotius*, 1583-1645), desempenha um papel original na história do Direito no Ocidente, nem sempre reconhecido, ou mesmo identificável com facilidade. Posicionada fronteiriçamente entre a tradição do medievo e o espírito da idade moderna, apresenta um caráter híbrido, aliando uma sólida fundamentação na escolástica e na tradição da antiguidade clássica aos paradigmas revolucionários da ilustração.

Grócio teve uma existência particularmente atribulada. Nasceu no ano de 1583 em Delft, nos Países Baixos, desde muito cedo se dedicou aos estudos humanísticos, debruçando-se, posteriormente, sobre os temas jurídicos e teológicos. Participou ativamente da vida política holandesa, dilacerada àquele tempo por violentas lutas religiosas. Esteve encarcerado por motivos políticos, evadindo-se de maneira novelesca. Refugiou-se na França e, depois viver alguns anos na Suécia (chegou ser comissionado embaixador da Suécia em Paris), morreu em Rostock, na Alemanha, pouco após ter sobrevivido a um naufrágio.

O lugar-comum mais utilizado na referência a Grócio é a de “pai do moderno Direito das Gentes” ou “pai do direito natural”

moderno e secularizado, ao menos no que se refere a uma de suas vertentes. O legado de sua obra oferece, no entanto, uma riqueza de possibilidades que em muito transcende o superficialismo dos clichês²⁷⁹.

Grócio concebe um sistema que legitima uma nova forma de razão, um novo paradigma do conhecimento, que terá sua manifestação mais pura e ideal no pensamento de Descartes, mas que não se limita apenas a isso: proclama de forma incrivelmente sintética e sistematizada idéias que servirão de fundamento e contribuirão futuramente para que se estabeleça, no essencial, os limites, a conformação e principais significados, não somente do Direito internacional público, mas da experiência jurídica moderna como um todo.²⁸⁰

Não se pretende com isso imputar uma relação de causa e efeito totalmente determinante entre as idéias de Grócio e todo o pensamento jurídico posterior ao seu, nem afirmar a aceitação integral de seus conceitos por seus contemporâneos²⁸¹, e, muito menos, fazer uma interpretação autêntica de sua obra, de maneira a procla-

²⁶⁹ HAGGENMACHER, Peter. Le droit de la guerre et de la paix de Grotius. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v.32, 1978. p. 48: "Il y aurait de nos jours à coup sûr quelque témérité à vouloir proclamer Grotius purement et simplement 'père du droit des gens'. Cette qualification allait pourtant autrefois tellement de soi qu'elle en avait presque acquis valeur de lieu commun. On ne l'admettrait plus guère à l'heure actuelle sans une précision et plusieurs réserves."

²⁷⁰ REALE, Miguel. Hugo Grócio e sua posição na Escola de Direito Natural. In: *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1977. p.113: "Seria, entretanto, injusto circunscrever os méritos de Grócio ao campo do Direito internacional, quando a influência de sua obra se exerceu em todos os setores da ciência jurídica, marcando o início de um novo período na história da filosofia do Direito."

²⁷¹ AGO, Roberto. Le droit international dans la conception de Grotius. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 4, 182, 1983. p. 175: "On voit mal en effet la pensée juridique de notre époque considérer un philosophe et juriste non pas comme un être humain qui réfléchit sur la réalité juridique extérieure et qui s'attache à la connaître et à la décrire, mais comme le créateur de cette réalité, comme celui qui forgerait le système de règles devant régir en fait les relations d'une société déterminée."

mar um *evangelium grotianum*, alçando-a à condição de revelação, alfa e ômega do Direito moderno.

Grócio representa a figura do homem europeu diante de sua maior encruzilhada histórica desde a queda do Império Romano do Ocidente. Vê-se diante de uma realidade cultural irremediavelmente fragmentada pela Reforma, o que elimina qualquer possibilidade de um consenso moral entre os povos europeus sobre um fundamento religioso comum.

No plano político, as questões polêmicas envolvendo as relações de soberania entre o Império e a Igreja traduzidas na experiência jurídica medieval, tanto pela disputa entre os decretistas e os partidários da tese marsiliana e demais simpatizantes da causa imperial, quanto pela celeuma gerada pelas posições das ordens mendicantes em relação ao século, deixam de apresentar a mesma relevância. Vive-se o momento de formação e consolidação dos estados nacionais, intensificado pelo caráter nacional que vão assumindo as igrejas reformadas, segundo o princípio *cuius regio eius religio*, definitivamente adotado após o término da Guerra dos Trinta Anos. A transição de um sistema econômico essencialmente dominial e agrário para uma economia fundada no capital, os grandes descobrimentos geográficos com suas conseqüências políticas e econômicas e a centralização do poder sobre a esfera pública por parte das grandes monarquias promovem a passagem histórica para uma nova Europa laicizada, com suas unidades políticas agora não mais hierarquizadas por relações de poder honorárias, mas formada por um conjunto igualitário de estados soberanos, realidade que será definitivamente reconhecida e consolidada pouco depois da morte de Grócio, com a paz celebrada pelos tratados de Vestfália (1648).²⁸²

Por meio da presente exposição, a partir da análise das duas mais significativas, entre as dezenas de obras de Grócio, *De Iure Praede* e *De Iure Belli ac Pacis*, intenciona-se, se não lançar novas

²⁸² Idem, *ibidem*.

luzes, ao menos proceder-se ao exame de aspectos da obra de Hugo Grócio não muito evidentes a uma primeira vista.

O objetivo principal aqui é identificar nas contribuições de Grócio o germe conceitual de instituições que desempenham uma função nuclear na estrutura e na dinâmica da experiência jurídica moderna, ou, melhor ainda, compreender por que a reflexão grociana sobre noções jurídicas já conhecidas a seu tempo provou ser tão aprofundada e fecunda²⁸³, a ponto de lançar bases sólidas e determinantes para as construções doutrinárias do futuro. Procurar-se-á ainda refletir sobre a concepção de direito natural que Grócio pretendeu construir e o sentido que pretendeu conferir a essa idéia.

Paralelamente, como objetivo secundário — dado o grau de complexidade do tema e de incerteza da hipótese — buscar-se-á aqui compreender melhor o papel da obra de Grócio na transição do pensamento Ocidental do medievo para a modernidade e as implicações epistemológicas dessa passagem.

2 GRÓCIO, O DIREITO NATURAL, A TRADIÇÃO E A MODERNIDADE

2.1 Grócio e o direito natural

Em decorrência do ambiente espiritual europeu reformado, a impossibilidade da formação de um consenso moral assentado sobre uma mesma base religiosa trará uma preocupação que tornar-se-á um traço distintivo da obra de Grócio e de quase todos os teóricos do jusnaturalismo moderno: a necessidade de estabelecimento de um fundamento para o direito natural independente deste ou daquele sistema teológico, de forma a poder ser acolhido uni-

²⁷³ FEENSTRA, Robert. Grotius et le droit privé européen. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 4, 182, 1983. p. 465.

versalmente por todos os homens, independentemente de suas convicções religiosas.²⁸⁴

Hobbes construiu sua teoria a partir da necessidade de fundar uma ordem positiva dentro do estado que assegurasse sua própria conservação, num esforço de superar a situação caótica em que testemunhara na Inglaterra, em consequência da guerra civil entre o Parlamento e o rei Carlos I. Grócio, por sua vez, tem no abismo aparentemente insuperável das guerras de religião na Europa sua principal motivação para empreender a elaboração de um sistema capaz de lançar pontes e unir amigos e inimigos.

As fundações dessas pontes teriam de ser construídas independentemente de suas diferenças de confissão. O material de construção deveria ser, de um lado, a razão humana que paira acima de todas as diferenças religiosas e, do outro, o Direito extraído dessa mesma razão.²⁸⁵

De Iure Belli ac Pacis foi publicado pela primeira em 1625, em Paris, durante o exílio de Grócio, alcançando um estrondoso prestígio, sobretudo na Alemanha. Mesmo na Inglaterra, onde a abordagem empirista na filosofia do Direito tornara-se predominante pelas obras de Hobbes, Locke e Hume, Grócio tornou-se um autor altamente respeitado, malgrado o racionalismo metafísico e especulativo característico desta sua obra.

²⁷⁴ FASSÓ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. v. 1. Editorial Pirámide: Madrid, [198?]. p. 67: “Pero evidentemente, la teología en el período de las guerras de religión, no podía suministrar un fundamento a unas normas que fueran aceptables por contendientes, inmersos precisamente en un conflicto suscitado por cuestiones religiosas, y menos una teología de fondo voluntarista — qual era la de la segunda escolástica — refiriéndose a una ley divina positiva de la que, en definitiva, era fiel intérprete, en último término, una Iglesia, fuese católica o protestante.”

²⁷⁵ *De Iure Belli ac Pacis*, II, cap. XV; WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho - Derecho natural y justicia material*. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid: Aguillar, [196?]. p. 127

Grócio afirma nos *prolegomena* a *De Iure Belli ac Pacis* a existência de princípios de justiça universalmente válidos²⁸⁶, polemizando com o relativismo utilitarista que Grócio identifica em Carneades. Contra a tese do ceticismo, Grócio utiliza-se do argumento aristotélico e ciceroniano da natural sociabilidade do homem (*appetitus societatis*) que o inclina a associar-se com outros de seus semelhantes não de maneira arbitrária e sem critérios, mas tranqüila e ordenadamente²⁸⁷. Grócio vai ainda mais longe e, citando Florentino, proclama a existência de um parentesco entre todos os homens, conferido pela natureza²⁸⁸.

O influxo do pensamento estóico parece ter uma influência decisiva na formulação de Grócio acerca do direito natural. Além das reiteradas referências a Cícero e Sêneca, Grócio abebera-se nas fontes estóicas para adotar, em relação aos princípios de seu sistema jurídico-filosófico, uma estruturação análoga à da proposição estóica que divide os entes entre primeiras coisas naturais e natureza racional.

Seguindo Cícero, Grócio dirá que existem certos princípios naturais e certos princípios subseqüentes, que deverão ser preferidos aos primeiros. A idéia de uma estrutura escalonada de princípios pode ser verificada tanto no seu sistema de leis e regras como quando divide o Direito estritamente dito enquanto qualidade moral individual em duas categorias: *ordinária*, que se refere às coisas de uso privado, e *eminente*, superior à ordinária, que se refere às coisas relativas à comunidade sobre seus integrantes e às coisas destes em razão do bem comum.²⁸⁹

Justamente em função da natureza dupla desse Direito (o *cuique tribuere* dos antigos) enquanto qualidade moral é que cada

²⁸⁶ *De Iure Belli ac Pacis, prolegomena*, § 1-5.

²⁸⁷ *De Iure Belli ac Pacis, prolegomena*, § 6; FASSÓ, op. cit. p. 73.

²⁸⁸ *De Iure Belli ac Pacis, prolegomena*, § 14.

²⁸⁹ *De Iure Belli ac Pacis*, I, Cap I, § 6º

integrante da república está mais obrigado ao serviço público e ao bem comum que a seu próprio credor, por exemplo.

O jusnaturalismo moderno, com seu laicismo, racionalismo, individualismo e subjetivismo que lhe serão característicos, realmente inicia a ganhar forma com Grócio. Uma advertência, no entanto, deve ser feita em relação à idéia de que Grócio seria o “pai” do direito natural moderno e *secularizado*.

Embora, de fato, busque um fundamento para o direito natural que esteja além das diferenças teológicas, cabe ressaltar que Grócio via, ao estabelecer um sistema de direito natural, um propósito não apenas de pacificação política, mas também religiosa. Semelhante situação de paz seria, para Grócio, a condição absolutamente necessária para a reunificação das igrejas cristãs separadas.²⁹⁰

Grócio (e Leibniz da mesma forma), embora professasse a fé protestante, estava muito longe do espírito de fragmentação nominalista que impregnava o protestantismo da época, além do que, o calvinismo arminiano, vertente a que Grócio se filiava, apresentava algumas afinidades com a ortodoxia católica. Ademais, paralelamente à dos autores da Antigüidade, a influência de autores como São Tomás, Vitória, Vásquez e Suarez sobre Grócio é profunda.²⁹¹

2.2 Grócio: a tradição e a modernidade

Como já referido inicialmente, Grócio é também um significativo referencial da transição do pensamento medieval para a modernidade. Cada vez mais se visualiza em sua obra uma significativa continuidade da tradição paralelamente ao caráter inovador costumeiramente apontado.²⁹²

²⁸⁰ SCHIDERMAIR, Hartmut. The influence of Grotius' thought on the *Ius Naturale* school. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 4, 182, 1983. p. 407.

²⁸¹ LE FUR, Louis. La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 3, 18, 1927.

²⁸² Ver *infra*, nota 17.

Para os fins deste estudo, utilizaremos aqui um sentido simples de modernidade, mais próximo daquele desenvolvido a partir de Hegel, e aperfeiçoado por Weber através do conceito “*desencantamento do mundo*”, como o quadro de fatores culturais que se estabelece no pensamento do Ocidente após três grandes acontecimentos: o Renascimento, a Reforma e o descobrimento do Novo Mundo.²⁹³

Das influências doutrinárias na obra de Grócio, sobressai a dos representantes da mais tardia escolástica, mormente os mestres ibéricos ligados às universidades de Salamanca, Valladolid e Coimbra — notadamente Ferdinando Vázquez, Francisco de Vitória e Antônio Suárez — devido à circulação das idéias peninsulares nos Países Baixos durante o período do domínio espanhol.²⁹⁴

Se a exegese tradicional, sobretudo aquela vertente do juízo de Puffendorf, vê em Grócio um inovador radical que teria se desviado conscientemente dos paradigmas da escolástica, as interpretações mais recentes vêm destacando sua preocupação com a continuidade do pensamento dos *magni Hispani*.²⁹⁵

O sistema de direito natural formulado por Grocio evidentemente incorre no mesmo erro conceitual das demais doutrinas jusnaturalistas modernas — Thomasius, Wolff, Puffendorf e Wattel — pois empreende a tarefa de estabelecer uma falsa analogia entre

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Discurso filosófico da modernidade*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9; MASSINI CORREAS, Carlos I. *La teoría del derecho natural posmoderno*. In: Rivista internazionale di filosofia del diritto, 4ª serie, v. 74, 1997. p. 636.

²⁹⁴ Deve ser assinalado o intenso tráfego de idéias entre a Península Ibérica e os Países Baixos durante o período do domínio espanhol. Esse fenômeno traduz-se sobretudo na ampla acolhida na Espanha das idéias de Erasmo de Roterdã, levando ao surgimento de precursores da ilustração, os chamados *alumbrados*, mais tarde perseguidos pela Inquisição. Sobre os próprios jesuítas, que posteriormente viriam a ser os mais destacados agentes da Contra-Reforma, pesariam, quando de sua fundação, severas acusações de *alumbramento*.

²⁹⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. v. 2. Madrid: Alianza, 1982. pp. 200 e ss. Há inclusive quem sustente que a paternidade do moderno Direito das gentes deveria ser atribuída aos escolásticos espanhóis, e não a Grócio. Cf. BARCIA TRELLES, Camilo. Francisco Suárez (1548-1617) - Les théologiens espagnols du XVI^e siècle et l'école moderne du Droit international. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 1, 43, 1933.

o Direito e as ciências naturais²⁸⁶. O esforço de Grócio traduz o espírito de sua época, ²⁸⁷ impelido pelo paradigma fisicalista e cientificista.

O *animus rationalis* de Grócio aparece em sua forma mais ampla na sua teorização sobre a cognoscibilidade do direito natural, pela qual os princípios de direito se deduzem *a priori*, com uma precisão matemática, de verdades axiomáticas evidentes por si mesmas.

Cabe ainda aqui assinalar a afinidade de Grócio com o pensamento de Pierre de La Ramée (latinizado *Petrus Ramus*)²⁸⁸, um nome considerado sinônimo de ruptura com o legado da lógica clássica de Aristóteles. Ramus, ao lado de Descartes, Leibniz e Grócio, talvez tenha como poucos contribuído para a conferir ao conhecimento de sua época um feitiço puramente matemático, a ponto dos lógicos de sua época terem vindo a dividir-se entre aristotelistas e ramistas. O método de Ramus consistia na disposição das matérias segundo uma ordem rigorosa, de modo a realizar a passagem gradual dos princípios gerais e universais até aqueles particulares.²⁸⁹

Aristóteles distinguia a “apodítica”, ou ciência demonstrativa e verdadeira, da “dialética”, ou argumentação discursiva e provável. Uma das características do pensamento ramista consiste exatamente em rejeitar qualquer inferência acerca de uma “lógica do provável”. Sua preocupação será exclusivamente em relação à verdade real e objetiva, a única a ser levada em consideração pela ciência.

²⁸⁶ CHANTEUR, Janine. *La loi de dieu, la loi des hommes et la paix*. Archives de Philosophie du Droit, v. 32, 1978. p. 241.

²⁸⁷ TRUYOL Y SERRA, op. cit. pp. 200 e ss.

²⁸⁸ FEENSTRA, op. cit. p. 463

²⁸⁹ PICARDI, Nicola. *Processo civile (moderno)*. In *Enciclopedia del diritto*. v. 36, Milão: Giuffrè, 1987.

Talvez o principal fator tendente a afastar Grócio da tradição escolástica seja o caráter silogístico e apriorístico de seu sistema de regras. A teologia moral do catolicismo, que adquire seu maior grau de consistência exatamente pelo desenvolvimento do pensamento escolástico, tinha como principal traço distintivo metodológico uma aplicação — traduzida sobretudo na prática do sacramento da confissão — de uma abstrata lei moral divina ou natural de acordo com as circunstâncias possíveis, a chamada casuística, uma teorização pormenorizada de hipotéticos casos controvertidos.³⁰⁰

A tradição de ilustração inaugurada pelo humanismo renascentista passou a atribuir um caráter depreciativo ao saber fundado em razão prática, no que foi seguida pela consolidação dessa tradição pelo iluminismo. Com os cortes epistemológicos efetuados na modernidade, a idéia de arte — no sentido dado por Aristóteles, *tecné* — um saber baseado predominantemente na experiência prática, adquire um valor nitidamente pejorativo.

O humanismo alcançou aquilo que Menezes Cordeiro denomina “*uma primeira sistemática, de tipo empírico e periférico*”.³⁰¹ Falta-lhe um discurso teórico capaz de transcender o mero caráter tópico dos elementos comuns existentes nos temas jurídicos esparsos pelas fontes, de maneira a consolidar um “verdadeiro sistema externo de Direito”. Será Hobbes, mais tarde, quem irá mediar o entrelaçamento do pensamento humanista com o paradigma derivado do pensamento de Descartes, conferindo definitivamente um novo feito à sistemática das ciências humanas.

Na sexta parte de seu *Discurso sobre o método*, de 1637, René Descartes dispõe-se a demonstrar como algumas “noções gerais”

³⁰⁰ FASSÓ, op. cit pp. 67 e ss.

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. LXXVII.

relativas à física, aplicadas a formas de conhecimento específicas que sejam úteis à vida, permitem encontrar uma determinada prática tal que nos permita empregar essas formas de conhecimento de todas as maneiras que lhe sejam próprias de maneira a nos tornarmos senhores e possuidores da natureza.³⁰²

De Iure Belli ac Pacis, reflexão já um pouco mais tardia de Grócio, como vimos data de doze anos antes (1625). Embora historicamente seja impossível falar em “cartesianismo” da obra de Grócio, não há dúvidas de que tanto sua obra quanto a de Descartes estão inseridas dentro de uma mesma vertente racionalista, que atribui à razão teórica a maior proeminência científica, relegando a razão prática a uma posição secundária, para não dizer inferior.

A assunção por parte da sociedade moderna desse paradigma, que tem em Descartes seu representante mais significativo, dá-se, provavelmente, pela associação da idéia de arte com os valores da velha ordem medieval. A idéia de *ars* nos remete imediatamente ao sistema das corporações medievais e pré-modernas de ofício, onde os atributos de cada pessoa, suas habilidades relacionadas com seu saber prático específico determinavam seu *locus* na sociedade, assim como sua própria identidade em relação a si próprio (qual o seu ofício), à sua classe (sua condição de aprendiz ou mestre) e à sua família (sua posição na seqüência de gerações familiares praticantes de seu ofício).

Poder-se ia traçar ainda um outro impacto da obra de Grócio na experiência jurídica moderna, que se traduz justamente na influência a ser exercida no futuro pelo formato e estrutura de sua obra *De Iure Bellis ac Pacis*. A concepção deste texto, segundo o próprio Grócio, era de tal maneira configurada de modo a servir como um guia útil, no qual todas as leis do direito natural estivessem relacionadas de maneira completa e sistemática.

³⁰² DESCARTES, René. *O Discurso sobre o método*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1978. p. 113; CHANTEUR, op. cit.

Por essa razão, *De Iure Belli ac Pacis* pode ser caracterizado como um digesto, um corpo de leis disposto de maneira didática, que, aliás, nada mais era do que o propósito de Justiniano ao promover a sistematização do Direito romano sob a forma do *Corpus Iuris Civilis*, fornecer um manual que servisse de guia aos estudantes de direito de sua época. *De Iure Belli ac Pacis* é apontado como a primeira tentativa de criação de um moderno código de leis e, portanto, uma contribuição original à história do Direito.³⁰³

Deve ser assinalado também que sua obra *Inleiding to de Hollandsche rechts-geleertheyd* (*Introdução à jurisprudência holandesa*) foi utilizada durante muitos anos nos Países Baixos como um código de leis, além do fato de que muitas codificações setecentistas europeias, sobretudo de estados germânicos — Prússia, Bavária e Áustria — tiveram sua inspiração direta na obra de Grócio, o que lhe concede um lugar de destaque na história das codificações.³⁰⁴

3 AS ORIGENS DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA MODERNA

3.1 Grócio e afirmação das nacionalidades

Grócio, ao momento de sua formulação doutrinária, enquanto natural dos Países Baixos e ligado aos calvinistas de tradição arminiana, mais próximos do catolicismo do que a doutrina do protestantismo calvinista então predominante, vê-se na condição de súdito em estado de beligerância contra a dominação do católico Império Espanhol, a maior e mais poderosa ordem política que o mundo conheceu até aquele momento.

Sua obra *De Iure Praedae*, além de uma proposição filosófica acerca da natureza das relações de povos em guerra entre si e sobre que critérios de justiça deveriam repousar tais relações, representa

³⁰³ SCHIEDERMAIR, op. cit.

³⁰⁴ SCHIEDERMAIR, op. cit.

também um ato de rebelião política no sentido de afirmar uma identidade nacional dos Países Baixos em resistência ao jugo espanhol. O que não passava de uma guerra civil interna, adquiriu, na feliz expressão de Grócio, a dimensão de uma *guerra pública externa*.³⁰⁵

Um texto aparentemente destinado a servir meramente como um parecer jurídico favorável aos atos de pirataria praticados pelos holandeses nos mares asiáticos ganha uma dimensão política e consistência doutrinária surpreendentes. É justamente nessa obra em que Grócio apresenta o seu sistema de regras e leis.

A disputa entre as diferentes nações, que tinha na unidade espiritual anterior à Reforma um ponto de encontro, um denominador comum, vê-se agora ainda mais acirrada pelo surgimento de um novo fator de rivalidade. A posse das terras e mercados recém-descobertos e o domínio dos mares convertem-se em elementos fundamentais na vida política dos grandes estados. O eixo político-econômico se translada do limitado universo do Mediterrâneo para a amplitude imensurável dos oceanos.³⁰⁶

O episódio da captura, no Golfo de Malaca, do navio português *Santa Catarina* por Jacob van Heemskerck levou a Companhia das Índias Ocidentais a proceder com uma consulta a Grócio. Naquele momento, os domínios portugueses encontravam-se incorporados ao Império Espanhol em função da extinção da dinastia de Avis com o desaparecimento de D. Sebastião na batalha de Alcácer-Quibir.

Um ato de aparente pirataria como esse criava uma grande preocupação no seio de algumas confissões protestantes nos Países Baixos, especialmente aquelas como os menonitas — muitos deles acionistas importantes da Companhia das Índias Orientais — que

³⁰⁵ MARIÑO GOMEZ, Primitivo. *Introducción*. In: GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de presa/ Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. e intr. de Primitivo Mariño Gomez Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. X.

³⁰⁶ FASSÓ, op. cit.

professavam um pacifismo radical, fazendo sua a expressão cunhada pela patrística: “transformar as espadas em arados” e tendo na obediência estrita ao quinto mandamento, “não matarás”, um inabalável dogma de fé.

Em *De Iure Praedae*, Grócio dedica-se a legitimar juridicamente a posição neerlandesa, buscando provar que a guerra, nessas circunstâncias, não é um mal moral nem sequer um ilícito jurídico. Grócio compartilha da opinião de Francisco de Vitória de que duas ou mais ordens políticas possam ser *sibi sufficiens*, no dizer escolástico, ainda que estejam submetidas a um mesmo príncipe.

O antigo conceito de *bellum justum*, utilizado por Santo Agostinho para combater o quietismo conceitual da heresia pelagiana, surge agora em meio a um novo contexto histórico, fundado em novas justificações, sobre as quais teorizaram longamente Suárez e Vitória.³⁰⁷

No capítulo XII de *De Iure Praedae*, que viria a originar o opúsculo *Mare liberum*, Grócio, inspirado sobretudo nos espanhóis Fernando Vázquez de Menchaca e Diego Covarrubias³⁰⁸, desenvolve aquele que é um de seus argumentos mais persuasivos, que diz respeito ao caráter universal da utilização dos mares. Tornar-se-iam célebres as refutações à tese de Grócio quanto à liberdade dos mares, nas quais, por sua vez, denota-se um indisfarçável caráter de defesa das pretensões nacionais: Em *De justo imperio Lusitanorum asiatico*, de Serafim de Freitas, o autor faz uma certa concessão, reconhecendo o mar como *res commune*, mas afirmando a possibilidade de uma espécie de quase-posseção, equivalente a um direito de preferência e de controle em determinadas zonas para determinados estados.

³⁰⁷ BARCIA TRELLES, op. cit. pp. 473 e ss.

³⁰⁸ TRUYOL Y SERRA, Grotius et les classiques espagnols du droit des gens. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 4, 182, 1983. p. 435.

Evidentemente, a tese acerca da liberdade dos mares coadunava-se com os interesses batavos, diante das teses oficiais de Portugal e Espanha que, para manter seu monopólio inicial das navegações recorriam às bulas do Papa Alexandre VI, de 1493 — especialmente a *Inter Coetera* — que conferia prerrogativas aos ibéricos devido à “missão evangelizadora” a eles atribuída.

Serão os “sucessores” de Grócio, Vattel, Martens e Wheaton aqueles que extrairão de sua obra os elementos de um verdadeiro Direito internacional, no sentido moderno de um direito interestatal. A feição conceitual adquirida por esse Direito internacional seria provavelmente vista por Grócio como uma espécie de retrocesso.

Sua doutrina, longe de limitar-se à relação entre potências políticas independentes, visava a englobar também os assuntos concernentes às relações entre o indivíduo e sua república, assim como as relações entre um indivíduo e aqueles submetidos à autoridade de outras repúblicas.³⁰⁹

O sistema de regras e leis proposto em *De Iure Praedae* descreve com precisão a relação entre uma república (estado) e outra república, entre o cidadão e sua república e até mesmo as relações cidadãos de diferentes repúblicas, anunciando detalhadamente (e até indo além) as características futuras, tanto do Direito internacional público quanto do Direito internacional privado.

A segunda regra, “*aquilo que manifesta o consentimento de vontades unidas de todos os homens é direito*” tem destinatário certo. São as “repúblicas” emergentes no cenário político da Europa seiscentista, os estados nacionais em formação. Atribui-se com essa regra a soberania à determinada comunidade política.

As sexta e sétima regras “*aquilo que o magistrado declara ser sua vontade é direito para todos*” e “*aquilo que o magistrado declarou ser sua vontade é direito para cada um dos indivíduos*” indicam o papel das ma-

³⁰⁹HAGGENMACHER, op. cit.

gistraturas no sistema idealizado por Grócio. Aqui, o termo “magistrado” deve ser interpretado no sentido clássico da palavra: a designação da função pública, especialmente nas repúblicas da antiguidade clássica, compreendendo não apenas a moderna função jurisdicional, mas também a edição das leis e a administração, embora a regra se aplique perfeitamente ao exercício da jurisdição.

A lei duodécima, contida na regra oitava, apresenta um comando que a primeira vista pode ser tido como secundário, mas que anuncia o futuro caráter da soberania dos estados: “*que nem a república nem o cidadão persigam seu direito perante outra república ou perante um cidadão de outra república, que não seja em juízo*”. As ordens jurídicas serão originárias, completas e exclusivas, refletindo-se esse caráter no exercício das jurisdições. Um estado ou um indivíduo para que possam requerer perante outro estado deverão necessariamente submeter-se à jurisdição desse outro estado, que funcionará como uma espécie de “anteparo legal”.

3.2 O papel da vontade no sistema grociano de direito natural

As interpretações quanto ao caráter voluntarista ou não da obra de Grócio são, no mínimo, ambíguas.³¹⁰ Com razão observa Truyol Serra que a erudição de Grócio traduzida na reiterada remissão aos autores da antiguidade não poucas vezes surge como um sério obstáculo à clareza de suas idéias, reproduzindo a crítica de Voltaire: “*Citar os pensamentos dos velhos autores que disseram o pró e o contra não é pensar.*”³¹¹.

³⁰⁰ SCHIDERMAIR. op. cit. p. 401: “*These opposed explanations of natural law have produced some confusion in the literature on Grotius’ natural-law theory. They, actually do not indicate whether Grotius was an adherent of the metaphysical or the voluntarist or the naturalist doctrine of natural law. To this question Grotius himself, unfortunately, gives no answer which is philosophically satisfying.*”

³⁰¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. pp. 200 e ss.

A tese voluntarista, defendida por alguns dos representantes da escolástica tardia, notadamente Duns Scotus, e por pensadores já formados sob o signo do luteranismo, como Christian Thomasius, segundo a qual o direito natural seria a expressão da vontade de Deus, parece ser característica de sua obra mais antiga, *De Iure Praedae*³¹².

Grócio não deixa margem a dúvidas quanto a seu reconhecimento da vontade de Deus como fonte do direito natural, evidenciado na primeira regra: “*aquilo que Deus declarou querer é Direito*”. Por outro lado, Grócio é categórico em afirmar que o fundamento de direito na reta razão seria ontologicamente necessário, ainda que, por uma hipótese disparatada (e prontamente rechaçada por Grócio), Deus não existisse ou não se preocupasse com os assuntos humanos.

Não há dúvida de que o elemento vontade ocupa um lugar de destaque dentro do sistema concebido por Grócio, pelo menos em sua concepção original. A terceira regra de Grócio, “*aquilo que alguém diz querer é direito para si*” contém em si a concepção tipicamente moderna de sujeito de direito e da própria noção de autonomia da vontade individual. Neste ponto, é possível identificar aquela que seria a obrigação fundamental de direito natural dentro do sistema de Grócio: a obrigação do indivíduo de ater-se ao que prometeu.³¹³

Grócio faz aqui uma concessão ao voluntarismo, acenando com a idéia de que o ser humano, ao declarar sua vontade, nada mais faz do que impor mandados a si próprio, contingência a ser temperada pelos desdobramentos da 3ª regra contidos nas leis 7ª e

³⁰² Guido Fassó categoricamente distingue duas posturas opostas em Grócio: uma representada por *de Iure Praedae*, de puro voluntarismo e a outra por *De Iure Belli ac Pacis*, moldada pelo mais rigoroso racionalismo (FASSÓ, op. cit. p. 70). Essa posição radical não nos parece a mais correta. O sistema de regras formulado em *De Iure Praedae*, por exemplo parece-nos bastante imbuído de um certo racionalismo.

³⁰³ FEENSTRA, op. cit. p.465.

8ª: “*Que cada cidadão não ofenda os demais cidadãos em particular ou coletivamente*” e “*Que ninguém prive o outro do que tem em particular ou coletivamente, mas antes, que cada um contribua com o necessário a cada um e a todos*” respectivamente.

A segunda regra, “*aquilo que manifesta o consentimento de vontades unidas de todos os homens é direito*”, já tratada anteriormente, é o prenúncio de um tema que irá causar grandes tribulações na vida europeia do século XVII. Esta regra, juntamente com a quarta, “*tudo quanto a república afirma querer é direito para os cidadãos*” evoca a idéia de uma vontade coletiva, que não se confunde com a soma das vontades individuais. Temos aqui um germe da idéia de “vontade geral” e de “supremacia da lei”.

4 CONCLUSÃO

A ampla e intensa repercussão que tiveram as idéias de Grócio ainda em seu tempo de vida revelam a representatividade de seu espírito em relação a seu tempo. Em meio ao mundo europeu do século XVII, esgotado por intermináveis lutas religiosas e políticas e farto de dogmatismos intransigentes, Grócio assegurou sua posição de arauto da conciliação, da paz e da tolerância por meio de uma confiança otimista e inabalável numa reta razão dedutível a partir da natureza: somente tal razão natural seria capaz de reduzir contrastes à primeira vista irreconciliáveis a um denominador comum. Seu sistema de leis e regras proposto em *De Iure Praedae*, que reproduz estruturalmente a classificação estoica de princípios primeiros e segundos, consiste numa admirável síntese lógica alcançada, sem que seus intérpretes até hoje a tenham aferido em sua plenitude.

Seu sistema parece conter o embrião de idéias como “vontade geral”, “supremacia da lei”. A idéia moderna de jurisdição surge à sombra da configuração que vai sendo adquirida pelos estados nacionais, em parte devido a derivações do pensamento grociano. A jurisdição encontrará seu limite material último exatamente nas

fronteiras do estado nacional. A abrangência das leis será a extensão do território.

Grócio logrou aliar uma concepção voluntarista, em sentido tanto antigo quanto moderno — o Direito como vontade divina e o Direito como veículo do interesse e vontade humanos — a uma estrutura e a princípios que buscam conferir uma validade universal para determinadas regras a partir de um fundamento estabelecido de acordo com os parâmetros do mais rigoroso racionalismo.

A síntese de princípios universais de direito natural levada a cabo por Grócio, influenciaria profundamente o espírito de codificação e constituição nos séculos seguintes. A proposta de Bentham, por exemplo, de um código de leis universal a todo o mundo civilizado e acessível aos cidadãos médios, o *Pannomion*, tem um claro precedente no sistema de Grócio. Podemos afirmar que a visão de Grócio alcançou uma distância maior inclusive do que alguns daqueles que o seguiram. Sua concepção de um Direito das gentes ultrapassava aquele Direito internacional que veio a se consolidar nos séculos XVIII e XIX.

Com todas as críticas que lhe possam ser feitas, não se pode negar a originalidade de Grócio, pois ainda que tivesse se limitado a compilar e a reproduzir as idéias de seus predecessores, a sistematização e a correta interpretação das relações dessas idéias umas com as outras já valeria um lugar de destaque na história do pensamento do Ocidente. Seu notável edifício doutrinário foi erigido com material fornecido por outros, mas isso não retira o mérito do construtor nem diminui seu talento e sua perícia.

Um olhar mais cuidadoso sobre Grócio talvez suprima parte dos méritos que se lhe apregoam, mais não há dúvida de que este personagem singular, com uma biografia tão repleta de sobressaltos e peripécias, graças a suas idéias originais e, sobretudo, a acurada sistematização do conhecimento de seus predecessores, ajudou a moldar a visão que cada um de nós modernamente tem do Direito

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 HAGGENMACHER, Peter. *Le droit de la guerre et de la paix de Grotius*. Archives de Philosophie du Droit, v.32, 1978.

2 REALE, Miguel. *Hugo Grocio e sua posição na Escola de Direito Natural*. In: *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1977.

3 AGO, Roberto. *Le droit international dans la conception de Grotius*. Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye, v. 4, 182, 1983.

4 FEENSTRA, Robert. *Grotius et le droit privé européen*. Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye, v. 4, 182, 1983.

5 FASSÓ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. v. 1. Editorial Pirámide: Madrid,

6 WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho - Derecho natural y justicia material*. Trad. de Felipe González Vicén. Madrid: Aguillar, S.D.

7 GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de presa/ Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. e intr. de Primitivo Mariño Gomez Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

8 SCHIDERMAIR, Hartmut. *The influence of Grotius' thought on the Ius Naturale school*. Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye, v. 4, 182, 1983

9 LE FUR, Louis. *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*. Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye, v. 3, 18, 1927.

10 HABERMAS, Jürgen. *Discurso filosófico da modernidade*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

11 MASSINI CORREAS, Carlos I. *La teoría del derecho natural posmoderno*. Rivista internazionale di filosofia del diritto, 4ª serie, v. 74, 1997.

12 TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. v. 2. Madrid: Alianza, 1982.

13 BARCIA TRELLES, Camilo. *Francisco Suárez (1548-1617) - Les théologiens espagnols du XVI^e siècle et l'école moderne du Droit international*. Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye, v. 1, 43, 1933.

14 CHANTEUR, Janine. *La loi de dieu, la loi des hommes et la paix..* Archives de Philosophie du Droit, v. 32, 1978.

15 PICARDI, Nicola. *Processo civile (moderno)*. In *Enciclopedia del diritto*. v. 36, Milão: Giuffrè, 1987.

16 MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. e intr. de Antônio Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

17 DESCARTES, René. *O Discurso sobre o método*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1978.

18 MARIÑO GOMEZ, Primitivo. *Introducción*. In: GRÓCIO, Hugo. *Del derecho de presa/ Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. e intr. de Primitivo Mariño Gomez Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

19 TRUYOL Y SERRA, Grotius et les classiques espagnols du droit des gens. *Recueil des Cours. Académie de droit internationale de La Haye*, v. 4, 182, 1983.



