Desafios do Direito Internacional Contemporâneo

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Ministro de Estado Embaixador Celso Amorim

Secretário-Geral Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO

Presidente Embaixador Jeronimo Moscardo

INSTITUTO RIO BRANCO (IRBr)

Diretor Embaixador Fernando Guimarães Reis

A *Fundação Alexandre de Gusmão*, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade civil informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública nacional para os temas de relações internacionais e para a política externa brasileira.

Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo, Sala 1
70170-900 Brasília, DF
Telefones: (61) 3411 6033/6034/6847
Fax: (61) 3411 9125
Site: www.funag.gov.br

Desafios do Direito Internacional Contemporâneo

Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty

Brasília, 7 a 9 de novembro de 2005

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Organizador

Brasília, 2007

Direitos de publicação reservados à

Fundação Alexandre de Gusmão
Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília – DF
Telefones: (61) 3411 6033/6034/6847/6028
Fax: (61) 3411 9125
Site: www.funag.gov.br
E-mail: funag@mre.gov.br

Capa:
Ivan Serpa.
Faixas ritmadas, 1953,
tinta industrial sobre eucatex,
122 x 81,5 cm

Equipe Técnica

Coordenação:
Eliane Miranda Paiva

Assistente de Coordenação e Produção:
Arapuã de Souza Brito

Programação Visual e Diagramação:
Paulo Pedersolli
Cláudia Capella

Impresso no Brasil 2007

Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005 : Brasília, DF)
Desafios do direito internacional contemporâneo / Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, organizador. – Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

460 p.

1. Direito internacional público. I. Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de. II. Fundação Alexandre de Gusmão . III. Título.

CDU: 341.1/.8
(ed. 1997)

Depósito Legal na Fundação Biblioteca Nacional conforme Decreto n° 1.825 de 20.12.1907

Sumário

ABERTURA 9

PARTE 1- CONFERÊNCIAS 19

A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo 21
Antonio Celso Alves Pereira

I. Introdução 21
II. A Organização das Nações Unidas no Período da Guerra Fria 32
III. A Necessidade de Reformar a ONU e as Propostas nesta Direção 44
IV. O Processo de Reforma em Andamento 52
V. A Reforma do Conselho de Segurança 61
VI. A Reforma e o Financiamento das Nações Unidas 74
VI. Conclusões 76

Evolução da Justiça Internacional 79
Vicente Marotta Rangel

I. Introdução 79
II. Arbitragem como Precursora da Solução Judicial 82
III. Tribunais de Solução Judicial Anteriores à Carta das Nações Unidas 84
IV. Tribunais de Vocação Universal: Corte Internacional de Justiça 86
V. Tribunais de Vocação Universal: Direito do Mar 87
VI. Tribunais de Vocação Universal: Órgão Permanente de Apelação da OMC 90
VII. Tribunais de Vocação Universal: Direito Penal 91
VIII. Tribunais Regionais de Solução de Controvérsias 93
IX. Tribunais de Vocação Regional: Direitos Humanos 96
X. Considerações Finais 98

Controvérsias Comerciais Internacionais:
Os Princípios do DCI e os Laudos do Mercosul 101
Nadia de Araújo

Introdução 101
Parte I 103
1. O que são princípios 103
2. Os princípios do Direito do Comércio Internacional 107
Parte II 112
3. Os sistemas de solução de controvérsias comerciais e os princípios 112
4. Sinopse e análise dos casos do Mercosul 115

4.1 - Análise dos Laudos 117
1º Laudo 118
2º Laudo 121
3º Laudo 122
4º Laudo 123
5º Laudo 124
6º Laudo 125
7º Laudo 126
8º Laudo 126
9º Laudo 127
10º Laudo 128

Conclusões 129
Tabelas dos Laudos 130

Atualização do Direito dos Tratados 133
Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros

Introdução 133
1. Constituição, Relações Exteriores e Poder de Celebrar Tratados 135
2. Competência do Poder Legislativo 139
3. Relações Exteriores e Democracia 144
4. Competência do Poder Executivo 154
5. Desafios Constitucionais 159
6. Projetos Parlamentares de Emenda Constitucional ou de regulamentação 164
6.1. Compulsoriedade da aprovação legislativa 164
6.2. Regulamentação Geral do Processo Legislativo e a questão das emendas aos tratados introduzidas pelo Congresso Nacional 165

6.3. Atos que acarretam encargos ao patrimônio nacional e operações externas de natureza financeira 176
6.4. Acordos comerciais 187
6.5. Conhecimento prévio pelo Congresso Nacional dos tratados em negociação 194

7. Codificação Internacional do Direito dos Tratados 195
8. Convênios entre o Estado Brasileiro, Estados Federados, Municípios ou o Distrito Federal com subunidades políticas ou administrativas estrangeiras 202
9. Hierarquia entre Tratados e Leis 204

Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos 207
Antônio Augusto Cançado Trindade

I. Introdução 207
1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos frente a Desafios Sucessivos neste Início do Século XXI 207
II. Os Traços Essenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos 210
III. A Necessidade de Superação das Contradições 219
IV. A Projeção do Sofrimento Humano e a Centralidade das Vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos 232
V. A Emancipação do Ser Humano vis-à-vis o próprio Estado: O ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos 242
2. Atribuição de Deveres ao Ser Humano diretamente pelo Direito Internacional 262
3. Capacidade Jurídica Internacional do Ser Humano 266
VI. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Consciência Jurídica Universal 278
VII. Reflexões Finais 289
Indicações Bibliográficas Seletivas 303

PARTE 2 - DEBATES 323

A ONU e o Direito Internacional Contemporâneo 325
Wagner Menezes

Pensar Justiça Internacional no Debate sobre a Reforma da ONU 343
Tarcisio Dal Maso Jardim

Taxa de Câmbio e Controvérsias Comerciais Internacionais ... 363
Fernando Luiz de Lacerda Messere

Solução de Controvérsias Comerciais Internacionais 373
Haroldo de Macedo Ribeiro

O Novo § 3º do Artigo 5º da Constituição e sua Eficácia 379
Valério de Oliveira Mazzuoli

Anotações sobre Atos Internacionais 413
José Vicente da Silva Lessa

Atualização do Direito dos Tratados 427
Patrick Petiot

Direito Internacional dos Direitos Humanos 433
Haroldo Valladão Filho

Parte 3 - MESA REDONDA 441

O currículo de Direito Internacional Público nas Instituições Brasileiras de Ensino Superior 443

ABERTURA

Sessão de Abertura

Mestre de Cerimônias: Senhoras e Senhores, muito bom dia. Vamos convidar para compor a Mesa da Sessão de Abertura, o Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães; o Embaixador Almir Franco de Sá Barbuda, Subsecretário-Geral do Serviço Exterior do Ministério das Relações Exteriores; o Embaixador Fernando Guimarães Reis, Diretor do Instituto Rio Branco; o Ministro Carlos Henrique Cardin, Diretor do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais; e o Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. Com a palavra o Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros – Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores: Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães; Excelentíssimo Senhor Embaixador Almir Franco de Sá Barbuda, Subsecretário-Geral do Serviço Exterior; Excelentíssimo Senhor Diretor do Instituto Rio Branco, Embaixador Fernando Guimarães Reis; Excelentíssimo Senhor Diretor do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, Ministro Carlos Henrique Cardin; Excelentíssimo Professor Antonio Augusto Cançado Trindade, Ex-presidente e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Senhores Embaixadores, Conferencistas e Debatedores; Senhores Membros do Corpo Diplomático Estrangeiro; Senhores Diplomatas; Senhores Professores e Alunos do Instituto Rio Branco; Senhores Professores e Alunos de numerosas Instituições de Ensino; Senhora Procuradora Regional da União; Senhoras e Senhores.

O debate de temas importantes do Direito Internacional Público é de indiscutível importância para a Diplomacia Brasileira, para o Instituto

Rio Branco e para aqueles que lidam com a Ciência Jurídica, seja em atividades legislativas, forenses, ou acadêmicas. A sociedade global dos nossos dias permitiu um desenvolvimento sem precedentes do Direito Internacional. A marcha de processos de integração, por razões econômicas, políticas, estratégicas ou culturais, e que resultam em formas de solidariedade e de cooperação qualificadas, como as representadas pela União Européia e pelo Mercosul, renovou, dinamizou e popularizou o Direito Internacional.

Por outro lado, o Direito Internacional deixou de ser apenas um direito das relações bilaterais ou multilaterais entre os Estados, para se tornar em um direito cada vez mais presente nos organismos internacionais. O Direito Internacional, ademais, passou a extravasar o âmbito das relações entre os Estados e penetrou em quaisquer matérias relativas, tanto ao Direito Interno, como ao próprio contexto das relações internacionais.

No plano do Direito Interno, o Direito Internacional assumiu tarefas de regulamentação e de solução de problemas, como os problemas relativos à saúde, ao trabalho e ao meio-ambiente. Acima de tudo, o Direito Internacional ganhou uma face humanizadora com o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente com uma arquitetura normativa de proteção de direitos, nascida com o advento da Carta das Nações Unidas, desenvolvendo-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com os inúmeros Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos surgidos no cenário internacional após esse período.

Uma característica que se destaca também nesse desenvolvimento histórico é a codificação do Direito Internacional, merecendo destaque o que prescreve o Artigo 13, Parágrafo 1º, alínea (a) da Carta da ONU, segundo o qual um dos propósitos das Nações Unidas é o de "incentivar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e a sua codificação". Para a realização de tais finalidades, a ONU tem impulsionado os trabalhos das suas Comissões de Direito Internacional, de Direito do Comércio Internacional e de Direitos Humanos. Vários são os textos internacionais contemporâneos, concluídos sob os auspícios de tais comissões, como as grandes convenções modernas de Direito Internacional Público, de Direito Internacional de Direitos Humanos e de Direito Internacional Privado.

Por último, cabe destacar a jurisdicionalização do Direito Internacional contemporâneo. Na medida em que se desenvolvem as Regras de Proteção do Direito Internacional de Direitos Humanos, avulta a criação de Tribunais Internacionais de variada natureza. Cada vez mais, procura-se superar os regimes das cláusulas facultativas rumo à institucionalização e imposição da jurisdição internacional obrigatória. O Brasil, por exemplo, reconheceu recentemente a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e emendou a sua Constituição para aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Esses pontos que, entre muitos outros, evidenciam a expansão e o relevo do Direito Internacional, conduzem também à necessidade de atualização do conhecimento de seus institutos.

Esse evento, que hoje se inicia no Itamaraty, foi concebido pelo Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães.

Permita-me assim, Senhor Ministro de Estado, enaltecer a sua iniciativa de abrir as portas do Itamaraty à comunidade jurídica, para que os conhecimentos de Direito Internacional sejam aprofundados.

Agradeço a Vossa Excelência pela eleição do Direito Internacional como tema das Jornadas, bem como, pela colaboração que deu no planejamento e na execução das mesmas.

O apoio da Fundação Alexandre de Gusmão e do Instituto Rio Branco também foi fundamental para que a idéia se tornasse realidade.

Nos próximos três dias, serão aqui apresentados e debatidos temas do maior significado: a "Reforma das Nações Unidas", a "Evolução da Justiça Internacional", a "Solução de Controvérsias", o "Direito dos Tratados" e a "Proteção Internacional dos Direitos Humanos".

Muito agradeço, também, aos professores e diplomatas que atenderam ao nosso convite e se prontificaram em participar da nossa Jornada.

O Itamaraty, com essa iniciativa, retoma os seus contatos históricos com o desenvolvimento dos estudos do Direito Internacional no Brasil.

A Sociedade Brasileira de Direito Internacional, aqui representada pelo seu ilustre Presidente, Professor Antônio Celso Alves Pereira, conferencista do dia de hoje, criada em 1914, foi instalada no Ministério das Relações Exteriores em 1932, sendo Chanceler Afrânio de Melo Franco e, por muitos anos, permaneceu em funcionamento no Palácio do Itamaraty no Rio de Janeiro.

O interesse pelo Direito Internacional Público nos meios acadêmicos é intenso na atualidade. Muitos são os institutos, sociedades e centros dedicados ao estudo dessa área do Direito que surgiram em vários Estados da Federação nos últimos tempos. O Itamaraty precisa canalizar os estudos acadêmicos para fundamentar iniciativas diplomáticas que conduzam o Brasil a uma posição cada vez mais respeitada no cenário internacional.

Senhores Conferencistas, Senhores Debatedores, demais dignos participantes desta Jornada, sejam todos muito bem-vindos. Muito obrigado.

Mestre-de-Cerimônias: Com a palavra o Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães.

Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães – Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores: Bom dia a todas e a todos. Eu queria agradecer muito a presença de todos os senhores Conferencistas, Debatedores e Embaixadores; do Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, organizador destas Jornadas, que conduz há vários anos a Consultoria Jurídica do Itamaraty; do meu querido amigo Professor Antonio Augusto Cançado Trindade, que muito nos honra com sua presença; do Diretor do Instituto Rio Branco, Embaixador Fernando Guimarães Reis; e do Diretor do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais do Itamaraty, Ministro Cardin. Queria mencionar também a presença da Doutora Hélia Bettero, Procuradora Regional da União, que também muito nos honra com a sua presença; e do Professor Antonio Celso Alves Pereira, Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, e meu querido amigo. Eu não sei se é muito hábil citar os nomes porque posso me esquecer de alguns, mas não importa. Eu desejo que todos os presentes se sintam saudados.

Eu queria dizer que a realização dessas Jornadas de Direito Internacional tem uma importância muito grande para nós, bem como aproveitar a ocasião para fazer algumas reflexões sobre as relações entre o Direito Internacional Público, a atividade diplomática, e a própria política externa.

Às vezes certos conceitos ficam um pouco perdidos, mas acho oportuno lembrar que, para nós, diplomatas, há uma inevitável necessidade da norma jurídica para reger as relações entre os Países, os indivíduos, os grupos sociais e as empresas. Não há como escapar disso. Isso é absolutamente necessário, na própria medida em que, há diferenças entre Estados e indivíduos: diferenças de interesses econômicos, diferenças entre os interesses do Estado e das empresas, e assim por diante.

Mas, esse é um processo político. Todo o titular do direito que não se interessa pelo processo político está deixando de lado algo que é essencial porque a norma jurídica é elaborada em um processo político dentro da sociedade. Ela não surge apenas do conhecimento jurídico, mas surge do embate de forças entre os diferentes setores da sociedade para elaborar a lei. Essas normas jurídicas são necessariamente implementadas pelos Estados. Todos aqueles também que julgam que o Estado está em vias de desaparecimento também estão profundamente equivocados, a meu juízo. Não há nenhuma outra entidade dentro da sociedade que possa implementar, fazer com que os agentes sociais obedeçam às normas jurídicas, a não ser o Estado. O Estado tem monopólio do uso da força dentro do território do país para executar as normas que foram elaboradas a partir de um processo político. Naturalmente, também a partir do conhecimento jurídico, mas, através de um processo político de embate de vontades dos diferentes grupos da sociedade. O que ocorre é que, em nível internacional, as normas só podem ser executadas dentro dos territórios nacionais pelos Estados Nacionais. Hoje em dia, não há como fazer com que as normas sejam executadas por outros Estados. É necessário que a norma jurídica seja incorporada ao ordenamento jurídico nacional para que ela tenha validade. Essa é a situação básica, hoje.

A questão é que, na medida em que se desenvolveram de forma extraordinária as relações entre indivíduos e empresas que residem em Estados distintos, que têm interesses em Estados distintos, se tornou cada

vez mais necessário a negociação de normas que rejam, que organizem e definam as relações entre indivíduos, entre empresas, entre agentes estatais, entre entes estatais, pessoas jurídicas de Direito Público, entre si, devido à diversidade enorme dessas relações e a sua crescente e enorme complexidade.

A definição dessas relações constitui, na realidade, um processo político entre os Estados, entre os representantes dos Estados, que são os diplomatas. A atividade básica da diplomacia é a negociação de normas jurídicas para definir as relações entre o seu Estado e os demais Estados, bem como dos Estados entre si, entre as empresas que operam e que afetam os outros Estados na sua atividade e entre as pessoas. No fundo, não há outra razão maior da nossa atividade. Vejam aqueles atos que parecem que não são atos jurídicos, como um memorando de entendimento, uma declaração, um comunicado final, uma declaração conjunta, mas, eles criam obrigações, de maior ou menor força. Naturalmente, aquelas obrigações que estão incluídas nos textos dos tratados, quando vêm a ser incorporadas à ordem jurídica interna, passam a fazer parte dessa ordem e podem ser implementados através do monopólio da força, que é detido pelo Estado.

Toda e qualquer teoria sobre a substituição do Estado por organizações não-governamentais ou por empresas transnacionais, é profundamente equivocada, a meu juízo naturalmente. Não existe na sociedade internacional, nem na sociedade nacional, entidades que possam substituir os Estados para fazer valer direitos, para fazer valer normas de relacionamento entre os agentes sociais, de toda ordem •públicos, privados, e assim por diante.

De modo que é de uma importância extraordinária para nós o Direito Internacional Público, principalmente, na medida em que, este campo do Direito se verifica em um ambiente extremamente assimétrico de poder. De modo que, interessa profundamente ao Estado Brasileiro a elaboração de um Direito Internacional que parta dos princípios básicos que estão consagrados na Constituição Brasileira: a autodeterminação, a não-intervenção, a solução pacífica de controvérsias e a igualdade soberana dos Estados. Esses são os princípios que devem, a nosso ver, ser a base da elaboração do Direito Internacional. De modo que, todo o tratado

internacional desigual, isto é, que estabeleça diferenças entre os Estados, é um tratado que não nos interessa. Naturalmente, nós temos a realidade política; nós temos que lutar pela igualdade de tratamento entre os Estados, a nível internacional. Inclusive, por causa do ambiente assimétrico de poder que existe no mundo e que dificilmente deixará de existir. Então, para o Itamaraty, é de uma extraordinária importância a realização dessas Jornadas de Direito Internacional Público, e também para o Instituto Rio Branco, onde são formados os futuros diplomatas.

Eu queria agradecer muito a presença de todos, dos Senhores Conferencistas, dos Senhores Debatedores, dos Senhores Diplomatas, dos Senhores Professores, integrantes de Tribunais Superiores, das secretarias desses tribunais, enfim, a todos aqueles que desejam estar aqui conosco nesse esforço de melhor conhecimento dos temas das Jornadas de Direito Internacional Público e de contribuição para que essas jornadas venham a ser um momento importante de revitalização e de vitalização permanente do ensino do Direito Internacional, no Instituto Rio Branco e das nossas atividades cotidianas no Ministério das Relações Exteriores. Eu queria muito agradecer a atenção de todos e me desculpar se cometi algum erro jurídico. Muito obrigado a todos.

Mestre-de-Cerimônias: Está encerrada essa Sessão de Abertura. Solicitamos a todos os presentes que aguardem em seus lugares a saída do Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, para assistirmos à primeira conferência "A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo", que será proferida pelo Professor Antonio Celso Alves Pereira.

PARTE 1 - CONFERÊNCIAS

A Reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo

Antônio Celso Alves Pereira[1]

I. Introdução

O fracasso do programa de reestruturação política e econômica da então União Soviética, que Mikhail Gorbatchev lançara no XXVII Congresso do Partido Comunista, em fevereiro de 1986, e fatos posteriores relevantes, como a superação da Doutrina Brejnev de soberania limitada, em 1988,[2] aceleraram o processo de abertura política na URSS e nos Estados comunistas da Europa Oriental, as chamadas "democracias populares". Essessucessos culminariam, em novembro de 1989, na derrubada do Muro de Berlim e na posterior dissolução do Império Soviético, em 25 de dezembro de 1991. O colapso da superpotência comunista foi o acontecimento mais importante da história mundial na segunda metade do século XX. A partir da queda do Muro de Berlim, uma série de acontecimentos políticos, econômicos e sociais de âmbito mundial

[1] Doutor em Direito Público e pós-graduado em Política Internacional pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Internacional da Uerj e de Política Internacional da UFRJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Ex-reitor da Uerj.

[2] Após a invasão da Tchecoslováquia pelas tropas do Pacto de Varsóvia, em 1968, em vários pronunciamentos dos dirigentes soviéticos, ficava patente a Doutrina Brejnev, cujos princípios assentavam-se na limitação da soberania das "democracias populares", ou seja, dos Estados da Europa Oriental sob o controle da URSS. O então secretário-geral do Partido Comunista da União Soviética e dirigente máximo do país, Leonid Brejnev, justificando a invasão da Tchecoslováquia, afirmava: "Não permitiremos jamais que, por caminhos pacíficos ou de discórdia, do interior ou do exterior, abra-se uma brecha no sistema socialista. (...) Só os inimigos do socialismo podem especular com a solução da defesa da soberania da Tchecoslováquia, frente aos países socialistas". Concluía afirmando que as tropas do Pacto de Varsóvia poderiam intervir em qualquer país do bloco socialista onde o regime estivesse sendo ameaçado. Para um conhecimento mais detalhado das origens da Doutrina Brejnev e seus desdobramentos após os sucessos acima registrados, ver Pereira, Antônio Celso Alves. *Os Impérios Nucleares e seus reféns: relações internacionais contemporâneas*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, págs. 68/70.

transformaram completamente o quadro político internacional nos derradeiros anos do século passado. O fim do império soviético propiciou a emergência de um processo de democratização de abrangência universal. Na África, por exemplo, Estados com governos marxistas, que há anos estavam mergulhados na guerra civil, como Angola – de onde os as tropas cubanas se retiraram em 1989 – e Moçambique, conseguiram, em 1991 e 1992, respectivamente, celebrar acordos de paz entre as facções beligerantes. Em março de 1990, sob os auspícios da ONU, a Namíbia tornou-se independente. A África do Sul libertou Nelson Mandela e, em fevereiro de 1991, anunciou o fim do *Apartheid*.

O sistema bipolar de poder, o condomínio imperial sobre o mundo e a conseqüente ordem internacional estabelecidos em Ialta configuravam, àquela altura, acontecimentos históricos superados, que indicavam a necessidade de construção de uma nova ordem internacional, desta feita sustentada nas realidades decorrentes do fim da Guerra Fria, da globalização econômica, dos sucessos das tecnologias da informação, da nova divisão internacional do trabalho e da emergência dos Estados Unidos da América como única superpotência.

Nas Nações Unidas, principalmente no Conselho de Segurança, um novo clima de entendimento entre os membros permanentes tirava a Organização da paralisia que caracterizara sua história desde os primeiros tempos do pós-guerra. A pronta condenação russa à invasão do Kuwait pelas tropas do Iraque, em agosto de 1990, seguida do apoio às resoluções propostas pelos Estados Unidos para a formação da ampla coalizão que restabeleceria a soberania kuwaitiana, apontavam para uma reformulação do limitado papel que, até então, vinha sendo desempenhado pelas Nações Unidas no trato da segurança mundial. Como os principais jornais do mundo abriam manchetes anunciando que a nova ordem internacional, que se esboçava nos principais centros de poder do mundo, especialmente nos Estados Unidos, seria centrada nas Nações Unidas, fortalecia-se a percepção de que, finalmente, caminhava-se na direção de uma nova ordem internacional, desta feita alicerçada, de fato, no multilateralismo, na segurança coletiva e na observância do direito internacional.[3]

[3] Na Guerra do Golfo morreram 100 mil soldados e 7 mil civis iraquianos, 30 mil kuwaitianos e 510 homens da coalizão. A ação militar da aliança de trinta Estados – vários deles muçulmanos – liderada pelos Estados Unidos, Reino Unido e França se deu conforme o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas e sob as seguintes Resoluções do Conselho de Segurança: 660, de 2 de agosto de 1990, que exigia a retirada das forças iraquianas do

Sobre as expectativas em torno dessa nova ordem internacional o ministro das Relações Exteriores, embaixador Celso Amorim, em palestra que proferida na XV Conferência Asiática de Segurança, em Nova Delhi, 28 de janeiro de 2004, afirmava o seguinte:

> O fim da Guerra Fria parecia anunciar um novo começo para o multilateralismo e a segurança coletiva. A Primeira Guerra do Golfo reforçou essa percepção, com o inequívoco apoio que os cinco membros permanentes deram ao uso da força pela coalizão, autorizado pela Resolução 678. (...) Entre outros aspectos inovadores, a Resolução 687 estabeleceu um precedente para o envolvimento direto do Conselho de Segurança no desarmamento e não-proliferação de armas de destruição em massa por intermédio do sistema de inspeções do UNSCOM.[4]

O recurso à ONU expressava, naquele momento, o reconhecimento, por parte das grandes potências e de seus aliados, da primazia e da legitimidade dessa Organização como o principal mecanismo de solução dos conflitos internacionais. Admitia-se que as Nações Unidas, pela natureza de sua Carta e por suas próprias finalidades, eram não só o foro legítimo, como também o instrumento apropriado para centralizar os esforços na direção da paz e da reconstrução da ordem internacional.

Em discurso perante o Congresso dos Estados Unidos, o presidente George Bush (pai),[5] em 11 de setembro de 1990, anunciava o advento de

---

território do Kuwait; 678, de 29 de novembro de 1990, denominada Resolução de Poderes de Guerra, autorizando o recurso à força, caso as tropas iraquianas não se retirassem do território do Kuwait até 15 de janeiro de 1991; e a de número 687, de 3 de abril de 1991, chamada *Resolução de Cessar-Fogo,* expressando as condições e exigências do Conselho de Segurança para cessar as hostilidades contra o Iraque. A Resolução 687 do Conselho de Segurança exigia do governo do Iraque o seguinte: a) libertação dos prisioneiros de guerra; b) devolução dos bens saqueados do Kuwait; c) pagamento de compensação pelos prejuízos causados pela invasão ilegal do país e pelas hostilidades subseqüentes; d) autorização de inspeções de instalações e de arsenais de armas de destruição em massa e a conseqüente destruição dessas armas e de mísseis balísticos de longa distância, bem como de toda capacitação para construí-los; e c) suspender aajuda financeira a grupos terroristas.

[4] Ver *Resenha de Política Exterior do Brasil,* a. 31, nº 94, 1º semestre de 2004. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, pág. 42.

[5] Antônio de Aguiar Patriota, em sua obra *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva.* Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998, pág. 38, referindo-se à disposição dos Estados Unidos, nos primeiros dias do pós-Guerra Fria, de investir na segurança coletiva, assinala o seguinte: "Quando procurava convencer Moscou a apoiar a resolução que viria a autorizar em 29 de novembro o emprego de '*all necessary means*' para

uma nova era nas relações internacionais, enfatizando que a reconstrução do sistema internacional decorrente do fim da Guerra Fria deveria se dar sob a égide do direito internacional, situação que se concretizaria por meio do recurso aos fóruns multilaterais, e que estes "deveriam se tornar o núcleo ordenador de uma nova ordem mais estável no mundo, superando as tensões e os antagonismos que haviam marcado a Guerra Fria".[6] Percebia-se por aí que o presidente Bush (pai) pretendia, na nova ordem internacional, que a hegemonia norte-americana fosse apoiada numa rede de alianças fundamentadas em valores consensuais e responsabilidades compartilhadas, que permitisse a seu país liderar de forma inconteste a política mundial e, por meio de organismos internacionais voltados às atividades econômicas e financeiras – como o FMI, o Banco Mundial e a OMC –, controlar os mercados e mantê-los abertos aos interesses norte-americanos.

Nessa mesma linha, ou seja, buscando o fortalecimento do multilateralismo, o presidente da França, François Mitterrand, em 24 de setembro de 1990, dirigindo-se à Assembléia Geral das Nações Unidas em sua 45ª sessão, proclamava que a reconstrução da nova ordem deveria se dar "sob o reinado do direito internacional". Por ordem internacional entende-se um conjunto de normas e regras por meio das quais pretende-se alcançar o funcionamento regular, a estabilidade, o equilíbrio e a segurança do sistema internacional. Assim, a coerência da nova ordem que se anunciava estava no fato de que ela seria estruturada com base nas

forçar o Iraque a sair do Kuaite, o Secretário de Estado James Baker argumentaria que *'we can't have the UN go the way of the League of Nations'*, insinuando que os EUA estavam dispostos, no pós-Guerra Fria, a investir na segurança coletiva universal. O ex-Subsecretário-Geral Brian Urquhart se entusiasmaria, afirmando que ali estava '*the first exercise in the unanimous collective security that we've been talking about since the days of Woodrow Wilson'*. O chanceler soviético Eduard Shevardnadze exclamaria perante a Assembléia Geral que 'estamos novamente nos comportando como Nações Unidas, (...) o estabelecimento de uma nova forma de pensar a política mundial nos está permitindo começar a implementar as medidas de persuasão e '*enforcement*' previstas na Carta. Contrastando um pouco com esse otimismo, Henry Kissinger comentaria que os historiadores do futuro provavelmente tratariam a crise do Golfo mais como um caso especial do que como um divisor de águas".

[6] Ver FERNANDES, Luis. *A Reconfiguração da Ordem Mundial no Início do Século XXI. In*: Rebelo, Aldo, Cardim, Carlos H. e Fernandes, Luis. Seminário – Política Externa do Brasil para o Século XXI. Brasília: Câmara dos Deputados; Coordenação de Publicações, Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, FAPERJ, IPRI/FUNAG, 2002,págs. 77/79.

instituições internacionais.[7] Apontava-se, portanto, nos dias imediatos ao fim da ação militar contra o Iraque pela ocupação do Kuwait, para o necessário fortalecimento das Nações Unidas, mediante a reforma do Conselho de Segurança – falava-se, à época, da inclusão da Alemanha e do Japão no Conselho, uma vez que estes dois países haviam arcado com boa parte dos gastos com a Guerra do Golfo[8] – e, ainda, da necessária reformulação das instituições criadas pelos Acordos de Bretton Woods. Lamentavelmente, nada disso aconteceu. Embora propondo um *multilateralismo afirmativo,* a administração Bill Clinton, sucessora do governo de George Bush (pai), não avançou nesse processo, e, em muitas ocasiões, adotou políticas que frontalmente marginalizavam as Nações Unidas e seu sistema.[9]

Deve-se sublinhar que foi no período presidencial de Bill Clinton que a OTAN, em 1999, na Guerra do Kosovo, sem o necessário mandato das Nações Unidas (violando dispositivos do Capítulo VII e, especialmente, o artigo 53 do Capítulo VIII da Carta da ONU), bombardeou instalações

[7] Sob o ponto de vista teórico configuram-se várias modalidades de ordens internacionais que, definidas de forma sintética, podem ser assim apontadas: *a ordem imposta pelos grandes poderes*, ou seja, estruturada pelas grandes potências de uma determinada época, com o objetivo de assegurar os interesses dessas potências; *a ordem pelo equilíbrio*, também construída por iniciativa dos Grandes, expressando um acordo para defesa de interesses comuns; *a ordem de dissuasão*, de natureza eminentemente estratégica, montada sob a força de arsenais e de recursos militares poderosos, como as armas nucleares; *a ordem criada pelas instituições internacionais*, baseada na busca da segurança coletiva; *a ordem pela integração regional*, que aparece centrada no compartilhamento de soberania entre os Estados de uma determinada região, com o objetivo de estabelecer normas de convivência e concretizar objetivos comuns da comunidade integrada; *a ordem pelo império*, ou seja, determinado Estado procura estabelecer um poder universal, hegemônico. Nesse caso, o Império não admite a existência de um sistema internacional, pois quer ser o sistema; e *a ordem pelo direito*, a estruturação e o funcionamento do sistema internacional mediante o respeito pelo direito internacional.

[8] "A forte pressão exercida pelos Estados Unidos para recuperar as despesas com a operação "Tempestade no Deserto" extraiu do Japão e da Alemanha US$ 24 bilhões. Tal operação talvez tenha sido o motivo principal pelo qual o Japão e a Alemanha passaram a considerar como estratégicas suas candidaturas ao Conselho, para poder influir sobre suas decisões de intervenção e para evitar o constrangimento, para seus governos, de efetuar contribuições vultosas para financiar operações sobre as quais não tenha podido sequer opinar". GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos Anos de Periferia: uma contribuição ao estudo da política internacional.* Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed.Universidade/UFRGS/ Contraponto, 2000, pág. 109.

[9] Em 1984, o Reino Unido e os Estados Unidos retiraram-se da UNESCO, por discordarem da gestão e das políticas que estavam sendo implementadas pelo organismo. Retornaram em 1997 e 2003, respectivamente.

e objetivos não militares sérvios. Esta ação configurou, portanto, franco desrespeito ao Direito Internacional, não somente em relação às referidas violações da Carta da ONU, como também de dispositivos do Protocolo I (1977) Adicional às Convenções de Genebra de 1949 – artigos 51, 52, 57 e 58 –, que proíbem ataques ofensivos ou defensivos contra civis e bens civis, ou que visem aterrorizar a população civil. Ainda em relação ao conflito nos Bálcãs, em dezembro de 1995, nos Acordos de Dayton sobre a Bósnia (dezembro de 1995), patrocinados pelosEstados Unidos, as Nações Unidas foram completamente ignoradas.

Com a eleição do presidente George Bush (filho) implantou-se nos Estados Unidos uma política externa marcadamente unilateral, substancialmente diferenciada das diretrizespropostas por seu pai ao término daI Guerra da Guerra do Golfo. Nos meses anteriores aos ataques terroristas de 11 de setembro, a administração Bush (filho) deixava claro que pretendia afastar-se das Nações Unidas – demorara-se na indicação do seu embaixador na Organização –, e, além disso, explicitava o viés ultraconservador e unilateral de sua política externa, ao anunciar a retirada de seu país do Tratado Antimísseis Balísticos (ABM), firmado, em 1972, com a União Soviética. Em março de 2001, negara-se a ratificar o Protocolo de Kioto e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional. Quanto a este, não se pode deixar de mencionar que, além dos Estados Unidos, outros Estados importantes recusam-se a aceitá-lo. Também não o ratificaram a Rússia, a China, a Índia, Israel e o Irã, Estados que, juntos, somam mais da metade da população mundial.[10] Confrontado pelos

[10] A rejeição por parte dos Estados Unidos da América a importantes convenções internacionais não é característica exclusiva da administração Bush (filho). Entre outros tratados e convenções internacionais, os Estados Unidos, antes de George W. Bush,não aderiram ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; aos protocolos ao Pacto de Direitos Civis e Políticos; à Convenção contra o *Apartheid*; à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-Humanidade; à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; à Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias; à Convenção sobre a Supressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição de Terceiros; à Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados; à Convenção de Ottawa sobre a Proibição, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoais e sobre sua Destruição, e à Convenção sobre Direitos da Criança. Da mesma forma não fazem parte da maioria das convençõesda Organização Internacional do Trabalho. Quando da ratificação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos o governo norte-americano formulou reservas a numerosos dispositivos, entre os quais os artigos 6. 5, que proíbe a aplicação da pena capital por delitos cometidos antes dos 18 anos, e 20, que proíbe a propaganda de guerra e a apologia do ódio nacional, racial ou religioso.

atentados terroristas ao Pentágono e ao *World Trade Center,* ao formular sua política de combate ao terrorismo internacional,o governo Bush, após 11 de setembro de 2001, radicalizou sua ação externa unilateral, fazendo aprovar uma nova estratégia de segurança e defesa dos Estados Unidos que destaca, entre seuspilares, o *contraterrorismo* e a *legítima defesa preventiva*. Formulada pelo Conselho de Segurança Nacional, onde pontificava, à época, a então assessora presidencial Condoleezza Rice, e anunciada pelo presidente em discurso na Academia Militar de West Point, em 1º de janeiro de 2002, a nova política de segurança representa uma mudança radical dos conceitos estratégicos que vigoravam no país desde os primeiros tempos da Guerra Fria.

Assim, nestes anos iniciais do Terceiro Milênio, por conta do combate ao terrorismo, ao narcotráfico, ao contrabando de armas e ao crime globalizado, e, em meio a tudo isso, a busca de segurança energética,[11] exacerbou-se a unilateralidade e a truculência da ação externa norte-americana, fatos que tornaram mais difíceis as relações do governo Bush com os organismos multilaterais.

Como exemplo da arrogância imperial norte-americana no trato com a ONU e suas agências, basta citar a forma como o governo Bush agiu para impedir que a senhora Mary Robinson obtivesse um segundo mandado à frente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e, do mesmo modo, a violência e a injustiça perpetradas contra o embaixador José Maurício Bustani, para afastá-lo, sem qualquer base legal, das funções de diretor-geral da Organização para a Proscrição das Armas Químicas - OPAQ. Ambos, no irretocável exercício de suas funções, agindo com coragem e independência, contrariavam interesses da linha dura ultraconservadora instalada na Casa Branca.

A senhora Mary Robinson, ex-presidente da República da Irlanda, ocupava o cargo de alta comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos desde setembro de 1997. Por não aceitar a interferência dos Estados Unidos em sua gestão, por condenar os bombardeios norte-

[11] O petróleo, como principal fonte energética, em conseqüência do considerável aumento do consumo mundial nos últimos anos, ampliou, ainda mais, a sua importância estratégica, na medida em que a produção mundial está hoje em torno de 84 milhões de barris/dia e o consumo em 82 milhões. Os Estados Unidos queimam 21 milhões de barris/dia e produzem em torno de 8 milhões de barris/dia. O restante, para completar seu consumo, vem das importações. Os negócios baseados em petróleo nos Estados Unidos somam 20% do seu PIB, o que perfaz importância superior ao PIB da França.

americanos no Afeganistão e, além disso, questionar as condições dos prisioneiros de guerra talibãs na base naval de Guantánamo, não foi reconduzia ao Alto Comissariado em 2002, por interferência do governo Bush. Por sua vez, o diplomata brasileiro José Maurício Bustani, em abril de 2002**,** foi afastado de forma arbitrária, portanto, sem direito de defesa, do cargo de diretor-geral da Organização para a Proibição das Armas Químicas – OPAQ, órgão da ONU sediado na Haia, Holanda, por pressão dos Estados Unidos. Bustani fora eleito em 2000 e reeleito, por unanimidade, para um segundo mandato. O embaixador Bustani realizava uma competente gestão à frente do órgão: conseguira aumentar de 87 para 145 o número de Estados-membros da OPAQ, inclusive a adesão do Irã. Por agir de forma independente, por dispensar tratamento igualitário a todos os Estados-membros da Instituição, o governo Bush passou a exigir seu afastamento, a partir do momento em que ele se negara a receber determinações dos Estados Unidos e ordenara inspeções nos arsenais de armas químicas daquele país.[12]

Além disso, o então diretor-geral buscava convencer Saddam Hussein a solicitar o ingresso do Iraque na OPAQ, situação que contrariava interesses norte-americanos; da mesma forma, o governo Bush negava-se a aceitar inspeções da Organização naquele país, medida que acabaria provando que o Iraque não possuía armas químicas. O governo Bush, apontando o Iraque como possuidor de arsenais de armas de destruição em massa e insistindo na tese de que havia estreita colaboração entre Saddam Hussein e a rede terroristade Osama bin Laden,precisava desse pretexto para atacar e ocupar militarmente o Iraque, e remover Saddam Hussein do governo. O afastamento do diretor-geral da OPAQ, antes do término do seu mandato, configura um precedente da maior gravidade, na medida em que abre possibilidades de afastamento de dirigentes das organizações multilaterais de forma sumária, intempestiva e sem base legal. Vale acrescentar que o Tribunal Administrativo da OIT, conhecendo do recurso impetrado pelo embaixador José Maurício Bustani, declarou ilegal o ato de seu afastamento da direção-geral da Organização para a Proibição

[12] O primeiro-ministro Tony Blair, em artigo publicado na Folha de São Paulo, edição do dia 28/05/2006, pág. A31, escreve o seguinte: "As nações mais poderosas querem instituições multilaterais mais eficientes, mas quando acham que tais instituições farão suas vontades. O que elas temem são instituições multilaterais eficientes que ajam de acordo com sua própria vontade".

das Armas Químicas, por considerá-lo como clara violação do direito das organizações internacionais.

Esses acontecimentos somados à iniciativa do governo George Bush (filho) de atacar o Iraque para depor Saddam Hussein e controlar o país, sem a necessária autorização do Conselho de Segurança, portanto em frontal desacordo com vários dispositivos da Carta da ONU,[13] ampliaram a crise de legitimidade que esta Organização, de fato, vem enfrentando desde os primeiros anos da Guerra Fria.

A atual política externa do Estados Unidos expressa uma visão maquiavélico-hobbesiana das relações de poder. Nessa perspectiva, representa um lamentável retrocesso jurídico e civilizacional, um retorno à liberdade do modelo vestfaliano de recurso à força pelos Estados *(jus ad bellum)*, uma rejeição aos mecanismos multilaterais de solução de controvérsias e às formas de resolver os litígios internacionais conforme dispõe o artigo 33 da Carta da ONU.

A crise de legitimidade que se abate sobre as Nações Unidas é também agravada – como escreve José Manuel Pureza – pela aposta da globalização neoliberal no desinvestimento institucional e na conformação de regimes universais de desregulamentação.

> Em todos os planos – político, ambiental, econômico – o *move to instituitions* como suporte de uma governação global de sentido regulatório tem sido substituído pelo estabelecimento de mecanismos normativos transnacionais de promoção da eficiência, da estabilidade e do crescimento como pilares valorativos de uma governação global de inclinação neoliberal. O debate em torno do alegado 'direito de intervenção humanitária' é emblemático desta tendência para subalternização do institucional.[14]

Joseph Nye Jr., comentando os desdobramentos e as mudanças provocadas na sociedade americana – e em todo o mundo – após os ataques terroristas de 11 de setembro, registra que a evolução das tecnologias da informação vem capacitando indivíduos e grupos para exercerem papéis

[13] Especialmente o parágrafo 4º do artigo 2º, e os mandamentos dos capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas.

[14] PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestfaliano. *In: A Globalização e as Ciências Sociais*. Santos, Boaventura de Souza (Org.). São Paulo: Cortez, 2002, págs. 243/244.

relevantes na política internacional, permitindo-lhes iniciativas, como a destruição em massa, em amplitude que, outrora, só podia ser atingida por ação do Estado."A privatização – diz o mesmo autor – cresce incessantemente, e o terrorismo é a privatização da guerra. (...) O mundo mudou muito entre a era da Guerra Fria e a da informação global, mas, até recentemente, as atitudes e a política dos Estados Unidos estavam longe de acompanhar essas mudanças".[15]

É esse divórcio da realidade internacional e a desconsideração com seus aliados tradicionais, entre outros fatores, que, conjugados, não permitem à grande nação norte-americana, apesar de seu extraordinário poder militar, econômico e cultural, impor ao sistema internacional uma *Pax Americana* com o sentido e a universalidade da *Pax Romana*, ou mesmo da *Pax Britannica*.

Em uma série de brilhantes ensaios sobre a evolução da humanidade, escritos por ocasião do quadragésimo aniversário do fim da Segunda Guerra Mundial – 8 de maio de 1985 –, portanto seis anos antes do colapso da União Soviética, Norbert Elias, considerando à época a hipótese de vitória final dos Estados Unidos no conflito pela hegemonia mundial, que os dois impérios disputavam desde os primeiros dias do pós-guerra, vaticinava que "o potencial militar, econômico e populacional os Estados Unidos não teria como impor uma *Pax americana*, um Estado global unificado, governado a partir de um único centro, que abranja toda a multifacetada humanidade e que assuma o papel de polícia dessa mesma humanidade"[16].

A concretização da *Pax Americana* torna-se difícil pela forma como o sistema internacional se rearticula nestes primeiros anos do século XXI, isto é, o processo se dá numa perspectiva de confronto ao unilateralismo, de formação de alianças anti-hegemônicas, que se expressam nos grupos integrados por potências regionais, como o G-3, além, evidentemente, da posição da Rússia e, principalmente, da União Européia. Comentando a reação mundial à hegemonia norte-americana, Alexandre Del Valle escreve o seguinte:

> Se o paradigma da Guerra Fria está morto, como explica Huntington, em todo caso tal como nós o conhecemos, poderá reaparecer uma nova

[15] NYE JR., Joseph. *O Paradoxo do Poder Americano*. São Paulo: Editora UNESP, 2002, pág. 12/13.

[16] *Condição Humana*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, S.A., 1985,pág. 97.

> forma de confronto bipolar no cenário internacional no decorrer dos próximos anos, opondo desta vez o Ocidente hegemônico às potências emergentes coligadas no seio de alianças "anti-hegemônicas", para usar a expressão de Zbigniew Brzezinski. (...) Por isso os estrategistas americanos temem acima de tudo o aparecimento de coligações recalcitrantes ao *leadership* americano: alianças Rússia-Índia-Irã, Irã-China-Coréia do Norte, até o triângulo de ouro estratégico 'paradoxal': Rússia-Índia-China, etc.". Na abertura do capítulo I da obra supra citada, o autor transcreve a seguinte afirmação de Samuel Huntington: 'Os mais intensos afrontamentos (...), os choques mais perigosos no futuro podem provir da interação da arrogância ocidental, da intolerância islâmica e da auto-afirmação chinesa'. [17]

Os desdobramentos da política mundial nas últimas décadas, expressando mudanças nas formas de fazer a guerra, aguçando a beligerância dos universalismos religiosos, ampliando a internacionalização do terror,[18] da pobreza, da degradação ambiental, da violação dos direitos humanos, das armas de destruição em massa, enfim, de todas as atividades humanas, estão a exigir processos eficazes desegurança global, que reforcem o sentimento de solidariedade humana e criem um forte compromisso com a democracia, com os direitos humanos, com o desenvolvimento sustentável, com a paz. Nenhum país, por mais poderoso que seja, tem

[17] DEL VALLE, Alexandre. *Guerras Contra a Europa – Bósnia-Kosovo-Chechênia.*Lisboa: Hugin, 2000, pág. 33.

[18] O filósofo e arquiteto francês Paul Virilio, analisando a situação mundial, em artigo publicado na *Folha de São Paulo*, edição de abril de 2004, afirma que a Guerra Fria foi substituída, em razão da escalada do terrorismo, pelo que ele chama de *Pânico Frio*, ou seja, o confronto em que o terror, seu protagonista, pode agir a qualquer hora, em qualquer lugar. Segundo ele, o grande acidente do século XX não foi, como se chegou a propalar, o fim da história, mas o fim da geografia, pela compressão do espaço-tempo resultante do tremendo desenvolvimento das comunicações e dos transportes, tese, aliás, antes defendida pelo geógrafo inglês David Harvey, em 1989, sobre o que ele denominou "o encolhimento do mundo". Segundo ainda Paul Virilio, tudo isso permitiu a "emergência do *exterminador*, figura sinistra que está entre nós, e não é mais, simplesmente, um chefe de Estado". Lembra ainda que no conflito dos mísseis cubanos, em 196l, entre Kennedy e Kruschov, estávamos à beira do extermino. Hoje, qualquer um pode levar a essa situação. Basta colocar a bomba no lugar preciso, seja pela contaminação biológica, seja pela contaminação gerada pela destruição de centrais nucleares ou por outras tantas situações, a chacina será inquestionável. "Na dimensão suicida do novo terrorismo passamos da Guerra Fria para o Pânico Frio – a cada momento um sentimento vem despertar o pânico do fim nas populações".

condições para enfrentar, solitariamente, os desafios do tempo presente. Somente esforços coletivos, capitaneados pelas Nações Unidas, poderão avançar na superação das graves ameaças que pairam sobre a Humanidade. A ONU foi criada, em 1945, como continuidade, ampliação e institucionalização do intenso processo de cooperação que se desenvolveu entre os aliados durante a Segunda Guerra Mundial. Todavia, seus fundadores, transcendendo os objetivos da luta contra o nazifascismo, como indica Kofi Annan, "dotaram a nova organização mundial de grandes ambições":[19] "preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra", assegurar o respeito aos direitos humanos e à autodeterminação dos povos, promover o desenvolvimento econômico, o progresso social e as relações amistosas entre as nações, enfim,construir a segurança coletiva e manter a paz internacional.

II. A Organização das Nações Unidas no período da Guerra Fria

A Organização das Nações Unidas, nos primeiros anos da Guerra Fria, foi muito útil aos interesses dos Estados Unidos. Assumia regularmente uma posição pró-norte-americana e anti-soviética, já que o bloco comunista contava com poucos votos e os Estados Unidos tinham o apoio de uma esmagadora maioria composta por Estados americanos e europeus.[20] Em 1950, por exemplo, os Estados Unidos conseguiram, na Assembléia Geral, impedir a substituição da China Nacionalista pela China Comunista, fato que somente se concretizaria em 1971. Por causa disso, entre janeiro e agosto de 1950, a União Soviéticachegou a se retirar do Conselho de Segurança.

Nas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial, embora a competição bipolar impedisse o funcionamento adequado do sistema de segurança coletiva, a ação da ONU foi relevante em vários aspectos, pois, em diversas ocasiões, serviu como fórum importante e decisivo para a

[19] Kofi Annan. *Dentro de uma liberdade mais ampla: momento de decisão nas Nações Unidas. In:* Política Externa. São Paulo: Paz e Terra, vol. 14, nº 2 Setembro/Outubro/Novembro 2005, pág. 8.

[20] "Na verdade, é muito interessante examinar as mudanças na atitude dos EUA para com a ONU ao longo dos anos. No final dos anos 1940, os Estados Unidos simplesmente a conduziam completamente (...) E nessa época, todo o mundo aqui (nos EUA) amava a ONU, porque ela sempre concordou conosco: de todos os modos que mandássemos os países votarem, eles votavam". Ver CHOMSKY, *Noam. Para Entender o Poder*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, pág. 122.

discussão aberta das grandes questões que ameaçavam a escalada de uma Terceira Guerra Mundial. Por exemplo, na crise dos mísseis soviéticos em Cuba, em 1962, as Nações Unidas contribuíram para a saída do impasse que colocara o mundo na iminência da catástrofe nuclear. Em reunião histórica do Conselho de Segurança, realizada em 25 de outubro de 1962, a representação norte-americana exibiu para o mundo as fotografias aéreas que comprovavam a existência dos mísseis em território cubano.

Esse episódio marcante da Guerra Fria foi conduzido pelo competentee experimentado diplomata Adlai Stevenson, figura destacada da política e da diplomacia norte-americana no século XX – fora governador de Illinoise duas vezes candidato pelo Partido Democrata à presidência dos Estados Unidos. Stevenson, com excepcional habilidade, mostrou como usar a diplomacia multilateral para construir as soluções para as grandes crises internacionais, ao confrontar-se, no Conselho de Segurança, com o vice-ministro das Relações Exteriores da União Soviética, Valerian Zorin, que insistia na afirmação de que "eram evidências falsas" a denúncia de construção pelos soviéticos de plataformas de lançamento de mísseis em Cuba, apresentada pelo presidente Kennedy na televisão.Embora a solução final tenha se dado pela negociação direta entre Kennedy e Kruchev, não se pode deixar de assinalar que esse episódio comandado por Adlai Stevensonno Conselho de Segurança das Nações Unidas figura entre os grandes momentos da diplomacia na segunda metade do século XX.

***

O artigo 24 da Carta das Nações Unidas atribui ao Conselho de Segurança a responsabilidade principal nos assuntos concernentes à manutenção da paz e da segurança internacionais.Para tornar efetiva essa competência, a Carta, pelo artigo 42, dispõe que o Conselho de Segurança, fracassadas as iniciativas empreendidas para a solução da controvérsia nos termos estabelecidos pelo artigo 41, poderá determinar o emprego da força, recorrendo aos Estados-membros para que forneçam efetivos militares e outros recursos necessários à consecução da medida. Contudo, na questão da guerra civil coreana, diante da paralisia do Conselho de Segurança, conseqüente dos sucessivos vetos impostos pelos membros permanentes, sobretudo pelas duas superpotências, os Estados Unidos e seus aliados foram buscar apoio na Assembléia Geral que, ao aprovar a resolução 377

A (V), "União para a Manutenção da Paz" (*Uniting for Peace)*, também conhecida como "Resolução Acheson",[21] emnovembro de 1950, avocou a si competência para decidir matéria relativa à paz e à segurança internacionais.[22]

Essa polêmica Resolução[23] apóia-se no já citado artigo 24 da Carta, que, textualmente, classifica como *principal,* e não como *exclusiva,* a competência que é atribuída ao Conselho de Segurança nos assuntos concernentes à paz e à segurança mundiais. Além disso, o artigo 10, ao relacionar as funções e atribuições da Assembléia Geral, dispõe que esta "poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos", e, ainda, que "poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais".

Entretanto, o artigo 12 determina que a Assembléia não poderá exercer as funções e atribuições do artigo 11 enquanto o Conselho de Segurança, em conformidade com a Carta, estiver atuando em

[21] Dean Acheson (1893-1971) foi secretário de Estado na administração Truman e, anteriormente, secretário de Estado assistente na presidência Franklin D. Roosevelt. Um dos ideólogos do Plano Marshal e da OTAN, Acheson foi também conselheiro dos presidentes Kennedy, Johnson e Nixon e francamente favorável ao rearmamento alemão.

[22] Com base na Resolução 377 formou-se uma força que, sob a bandeira da ONU e o comando norte-americano – inicialmente do General MacArthur, substituído, em 1951, pelo general Matthew Ridgway e este, em 1952, pelo general Mark W. Clark –, reuniu 15 países para efetivar a intervenção no conflito coreano. As forças da ONU tiveram 118.515 mortos, dos quais 75.000 sul-coreanos, 33.729 norte-americanos e 4.786 de outras nacionalidades. 264.581 combatentes foram feridos. Estima-se em 1.600.000 o número de baixas norte-coreanas e chinesas, além de 3.000.000 de civis norte-coreanos e 500.000 sul-coreanos.

[23]A doutrina soviética afirmava que as questões de segurança internacional estavam entre as prerrogativas inalienáveis do Conselho de Segurança, eram, portanto, parte das competências exclusivas deste órgão. Contestava a Resolução 377 declarando-a ilegítima por estar voltada à legalização, inicialmente da intervenção dos Estados Unidos no conflito coreano e, posteriormente, dos interesses das potências colonialistas do Ocidente, como no caso do Congo, em 1960. À guisa de exemplo, transcreve-se o seguinte: *"This resolution (377), it may be recalled, tended to demolish the structure and competence of the main U.N. organs provied for by the U.N Charter. The Security Council's inalienable rights were to be illegaly passe on the General Assembly. It was thus intended to ignore the rule concerning the unanimity of permanent members of the Council and to entrust the solution of important peace-keeping problems, in violation of the Charter, to the General Assembly, where the American 'voting machine' was then in operation".* G. I. Morozov. International Law and the U.N.. *In*: *Contemporary International Law*. Edited by Grigory Tunkin. Moscow, Progress Publishers, 1969, pág. 141.

determinada controvérsia ou situação, "a menos que o Conselho de Segurança a solicite".Não obstante, a "Resolução Acheson" se opõe à letra do parágrafo 2ºdo artigo 11 da Carta, ao estabelecer que a Assembléia Geral é competente para "discutir quaisquer questões relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais que a ela forem submetidas", embora deva submetê-las ao Conselho de Segurança, antes ou depois da discussão.

Assim, os Estados Unidos, por contarem com o apoio maciço da maioria dos Estados-membros, fez aprovar a Resolução 377 (V), argumentando que se o Conselho de Segurança, diante de uma ameaça à paz ou de um ato de agressão, e, da mesma forma, confrontado por situações de fato que possam levar à ruptura da paz, não toma, ou não pode tomar as medidas adequadas para restabelecer a ordem mundial, a Assembléia Geral pode e deve suprir esta falha, para que as Nações Unidas cumpram as suas finalidades. Omisso o Conselho em questão relativa à manutenção da paz e da segurança internacionais, a Assembléia Geral, conforme a Resolução 377, examinará imediatamente a questão e indicará aos Estados-membros as recomendações apropriadas sobre as medidas coercitivas a tomar. Contudo, não se pode esquecer que a Assembléia Geral faz "recomendações", que não têm a força e a obrigatoriedade das decisões do Conselho de Segurança.[24] Discutindo a questão da eficácia da Resolução 377, o ministro das Relações Exteriores Celso Amorim, assinala que, embora "a condenação, por parte da Assembléia não seja juridicamente vinculante, ela oferece cobertura política para posições defendidas por uma maioria dos Estados-membros".[25]Desta forma, na crise do Canal de Suez, em 1956, a Assembléia, com base na Resolução 377 (V), criou a

[24] Antônio Augusto Cançado Trindade, discutindo em sua obra *Direito das Organizações Internacionais*, Belo Horizonte: DelRey, 2003, págs. 28/31, a distribuição interna das competências da ONU e as alterações destas em conseqüência da prática da própria Organização, e, no caso, a polêmica em torno da resolução *Uniting for Peace,* chama a atenção para o seguinte: "Tem-se advertido que tal modificação das funções da Assembléia e do Conselho mediante uma interpretação *contra legem* não deve ser necessariamente encarada como uma 'transferência' dos poderes do Conselho à Assembléia, mesmo porque a Assembléia só poderia agir por meio de *recomendações* em matérias em relação às quais o Conselho teria agido – se não paralisado pelo veto – mediante decisões. É oportuno lembrar que a resolução *Uniting for Peace* não se baseou expressamente no artigo 10 ou 11 da Carta, preferindo recitar os dois primeiro parágrafos dos propósitos da ONU constantes no artigo 1."

[25] Ver Política Externa, vol. 14, nº 2. Setembro/Outubro/Novembro de 2005. São Paulo: Paz e Terra, pág. 22.

"Força de Emergência das Nações Unidas", para assegurar a paz na fronteira entre os Estados de Israel e do Egito. Desta feita, o Conselho de Segurança estava paralisado pelos vetos da França e do Reino Unido. Essa força de paz das Nações Unidas permaneceu no Oriente Médio até a eclosão da Guerra dos Seis Dias, ocasião em que o Egito solicitou a sua retirada, medida que o então secretário-geral U Thant não teve como recusar. Discutindo o tema, Jean Touscoz assinala que esse exemplo "demonstra bem o alcance e limites das intervenções da Assembléia em matéria de manutenção da paz".[26]Além das questões acima referidas, a Resolução Unidos para a Paz foi posteriormente acionada, entre outras situações, para condenar a invasão da Hungria pelas tropas soviéticas, em novembro de 1956, e para fundamentar a ação da ONU na questão de Katanga, no Congo, atual Zaire, em 1960.[27]

Discutindo questões relativas à interpretação da Carta das Nações Unidas e à inexistência de qualquer sistema compulsório para a revisão dos atos das organizações internacionais por instituições que lhe sejam externas, Ian Brownlie assinala que a Resolução Unidos para a Paz, ao ser aplicada, em 1956, para constituir a Força de Emergência das Nações Unidas para atuar no Egito, e, da mesma forma, quando o Conselho de Segurança atribuiu ao secretário-geral um mandato para organizar forças para operarem no Congo, uma minoria de Estados "defendeu que só o Conselho de Segurança tinha o poder de tomar providências coercitivas"e, no caso, recusaram-se a contribuir para as despesas necessárias à efetivação das citadas medidas.[28]

Com a entrada de dezenas de novos Estados oriundos do processo de descolonização, os Estados Unidos perderam o controle da Assembléia

---

[26] Ver TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional.* Mira-Sintra – Mem Martins, Portugal: Publicações Europa-América, 1993, págs. 366/367.

[27] Segundo Nguyen Quoc Dinh *et alii*, *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, a resolução Acheson está indiscutivelmente em contradição com a letra da Carta. "Se a sua 'inconstitucionalidade' original não oferece dúvidas, apesar da argumentação dos partidários da teoria dos 'poderes implícitos', a utilização que dela tem sido feita por diversas vezes pôde cobrir este vício e dar origem a um costume contrário à Carta e que prevalece sobre ela porque mais recente"? O autor responde à própria pergunta afirmando: "É duvidoso: em primeiro lugar, porque é o equilíbrio institucional geral que é assim modificado: em segundo lugar, porque vários Estados, e não os menores (U.R.R.S.S. e França) se opuseram sempre ao seu reconhecimento"

[28] BROWNLIE, Ian. *Princípios* de *Direito Internacional Público.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997,pág. 728/729.

Geral. Dominada por uma maioria de Estados de nenhum ou quase nenhum peso no sistema internacional, a Assembléia Geral tornou-se um espaço político de aberta oposição aos Estados Unidos. Agrupadas sob o controvertido rótulo de Terceiro Mundo, divididas em blocos como o dos Não-Alinhados, o Movimento Neutralista, o Grupo dos 77, formado na I UNCTAD, as nações que saíam do estatuto colonial, em conseqüência da afirmação, pela própria ONU, do princípio da autodeterminação dos povos, aproveitavam o espaço democrático da Assembléia Geral para contestar e desafiar os Estados Unidos e as antigas potências coloniais.

A União Soviética, por sua vez, aproveitava o *vento da transição*, que impulsionava os movimentos de libertação nacional, para canalizar, em seu benefício, os interesses políticos e a luta dos povos submetidos às potências colonialistas. Basta lembrar que a resolução 1.514, votada na XV Assembléia Geral, em 14 de dezembro de 1960, a famosa Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, nasceu de proposta da União Soviética. Por aqui, o Presidente Jânio Quadros, expondo a posição do Brasil no contexto, na sua forma peculiar de se expressar, afirmava incisivamente: "Não pertencemos a nenhum bloco, nem mesmo ao bloco dos não-alinhados".[29]

A contestação aos Estados Unidos na Assembléia Geral, desde então, tornou-se uma constante na história das Nações Unidas. Foi na Assembléia Geral que os movimentos de libertação nacional encontraram apoio internacional para suas lutas pela independência e pela descolonização. Yasser Arafat, líder da Organização para a Libertação da Palestina, foi o primeiro representante de uma entidade não-governamental a discursar no plenário da Assembléia Geral das Nações Unidas, fato que se deu em 1974. Em 1988 o comandante da OLP pretendia, mais uma vez, participar da Assembléia Geral, mas o governo dos Estados Unidos proibiu sua entrada no país; a Assembléia Geral das Nações Unidas, naquele ano, foi transferida para Genebra e lá Arafat se fez ouvir.

A Assembléia Geral não é um órgão de funcionamento permanente; reúne-se, anualmente, em sessões que têm início na terceira terça-feira do mês de setembro. A abertura das reuniões anuais da

[29] Ver PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Os Impérios Nucleares e seus reféns*: *Relações Internacionais Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, págs. 54/70.

Assembléia Geral, por tradição, é feita pelo Brasil, o que vem ocorrendo desde as três primeiras Assembléias Gerais.[30]

Ainda durante a Guerra Fria, a ONU foi completamente inoperante nos conflitos entre a Índia e o Paquistão, e, da mesma forma, na guerra civil na Nigéria (Biafra), na ocupação soviética da então Tchecoslováquia e no conflito de Chipre, em 1974. Por tratar-se de assunto de interesse direto da França, dos Estados Unidos e da extinta União Soviética, três membros permanentes do Conselho de Segurança, as Nações Unidas foram mantidas à margem na guerra de independência da Argélia, no conflito do Vietnã e na invasão do Afeganistão, pela superpotência comunista, em 1979. As circunstâncias históricas, político-estratégicas, econômicas e religiosas que conformam a crise do Oriente Médio e, principalmente, os interesses dos Estados Unidos na região tornam a ação da ONU na Palestina um verdadeiro fiasco. A contestação às decisões das Nações Unidas por parte dos Estados envolvidos diretamente no conflito árabe-palestino-israelense começou em 1948, ocasião em que o Egito, o Iraque, a Jordânia, o Líbano e a Síria, reagindo à partilha da Palestina determinada pela Resolução 181 da Assembléia Geral, aprovada em de 29 de novembro de 1947, declararam guerra ao nascente Estado de Israel, em 15 de maio de 1948, um dia após a sua fundação. Israel, desde então, não toma conhecimento das inúmeras resoluções que lhe exigem a retirada dos territórios ocupados.

O secretário-geral da ONU chama a atenção para o fato de que, atualmente, "enfrentamos perigos que não são iminentes, mas que podem se materializar com pouco ou nenhum aviso prévio e culminar em cenários de pesadelo, caso não recebam atenção".[31] Segue afirmando que em situações de alta gravidade, que podem redundar em genocídio ou em outras atrocidades, se o Estado responsável não toma, ou não pode tomar as medidas de segurança necessárias para impedir que tais barbaridades se concretizem, a responsabilidade de manutenção da paz passa, de imediato,

[30] Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, a tradição do Brasil de abrir as sessões anuais da Assembléia Geral tem origem no fato de que, nas três primeiras Assembléias Gerais, nenhuma das grandes potências manifestou a intenção de inaugurar o período de reuniões. O Brasil se ofereceu para proferir o discurso de abertura e, com isso, nasceu a tradição. Ver, do autor, *Curso de Direito Internacional Público.* Volume I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 12ª edição, 2000, pág. 661.

[31] Annan, Kofi. *Dentro de uma liberdade mais ampla: momento de decisão nas Nações Unidas. In:* Política Externa. São Paulo: Paz e Terra, vol. 14 nº 2 setembro/outubro/novembro 2005, pág. 11.

para a comunidade internacional, que deve recorrer ao Conselho de Segurança para que este imponha as sanções necessárias ao restabelecimento da normalidade.

É lamentável recordar que nada foi feito, não só pela ONU como também pela comunidade internacional, de forma concreta e efetiva, para impedir o massacre ocorrido em Ruanda, onde 937 mil pessoas das etnias tútsi e hutu, em 1994, foram trucidadas em pouco mais de noventa dias, numa disposição genocida só comparável ao que fizeram os carrascos nazistas.

Em seu discurso na abertura da Conferência Internacional sobre Genocídio, realizada em Estocolmo, em 26 de janeiro de 2004, Kofi Annan afirmou "que as matanças ocorridas em Ruanda, em 1994, e em Srebrenica, em 1995, na ex-Iugoslávia, "poderiam ter sido evitadas caso o mundo tivesse empreendido ações concretas para tal". Kofi Annan, à época, erachefe do departamento que administrava as operações de *peacekeeping* das Nações Unidas e, ainda hoje, lamenta a inoperância da Organização nos referidos conflitos, considerando que as Nações Unidas tinham condições para sustar as matanças, uma vez que possuía tropas estacionadas nos dois locais. "Em Ruanda, disse ele,em 1994, e em Srebrenica, em 1995, tínhamos Forças de Paz na mesma hora e local em que os massacres estavam ocorrendo". Em Srebrenica foram massacrados mais de 7 mil homens e crianças muçulmanos pelos sérvios-bósnios, fato que se inscreve entre as piores atrocidades ocorridas na Europa desde o fim da Segunda Guerra Mundial.[32]

O fracasso da ONU na defesa da paz e da segurança internacionais resultou, de fato, não só do conflito ideológico entre as superpotências, ou mesmo da paralisia do Conselho de Segurança durante a Guerra Fria. Muitas vezes, a inoperância da ONU se deu de forma deliberada pelos Estados Unidos. Noam Chomsky, referindo-se às memórias de Daniel Moynihan, transcreve a confissão, abaixo citada, do antigo embaixador norte-americano na ONU sobre seu próprio trabalho de solapar a reação do Conselho de Segurança à invasão, sem qualquer respaldo legal, do Timor Leste pelas tropas da Indonésia, em dezembro de 1975. Essa violação da Carta das Nações Unidas foi francamente apoiada pelos Estados Unidos. Em poucas semanas de ação militar, 60 mil pessoas tinham sido mortas,

[32] Ver *site* http://www.parceria.nl/atualidade/organizacao/onu/at040127genocidio.html, artigo de autoria de Luís Henrique de Freitas Pádua, consulta em 5/11/2005.

números, assinalados pelo próprio Moyhihan, que correspondiam, à época, a 10% da população da antiga colônia portuguesa.

> Os Estados Unidos queriam que as coisas saíssem como saíram e trabalhavam para promover esse resultado.O Departamento de Estado desejava que as Nações Unidas se mostrassem sumamente ineficazes em qualquer medida que tomassem. Essa tarefa foi dada a mim e eu a executei com um sucesso nada insignificante.[33]

Na avaliação das dificuldades que as Nações Unidas sempre enfrentaram para realizar suas finalidades deve-se, preliminarmente, considerar o fato de que esta Organização não é um governo mundial. Trata-se de uma associação de países, "baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros",[34] que projeta para o sistema internacional os vícios e as virtudes do conjunto desses mesmos membros. Os Estados, por sua vez, dependendo de suas condições de poder, e sempre que for o caso, deixam transparecer o viés voluntarista, que tanto mal trouxe e traz à causa da segurança e da paz mundiais. Em razão disso, resistem à limitação de suas soberanias pelo direito internacional e, portanto, não têm, quando seus interesses estão em jogo, qualquer intenção de se submeterem às normas legais. Foi esse espírito, o orgulho do Estado-nação vestfaliano, o responsável, entre 1914 e 2000, por 100 milhões de feridos, l00 milhões de refugiados e pela morte de 86 milhões de seres humanos, que sucumbiram em conseqüência das duas Grandes Guerras e de outros conflitos armados que colocaram o século XX na lista das eras mais trágicas da trajetória histórica da Humanidade. Essas realidades levaram Antonio Cassese a registrar que "não nos deixemos sensibilizar pelas lamentações daqueles que proclamam que a soberania dos Estados está definhando ou já está quase extinta, nem vamos nos entusiasmar com os gritos de alegria dos que exultam por esse pretenso enfraquecimento da soberania. O Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mão a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais".[35]

---

[33] Ver CHOMSKY, Noam. *Contendo a Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, págs. 250/256, especialmente a pág. 254.

[34] *Carta da Organização das Nações Unidas*, artigo 2º, 1.

[35] CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004, pág. 9.

De fato, apesar das transformações operadas na sociedade internacional nos últimos anos, que acabaram por tirar do Estado a condição de único sujeito de direito na ordem pública internacional, a despeito da limitação de sua ação externa pelas forças econômicas transnacionais, pelas condições de redução de seu papel pelo consenso neoliberal e pelas doutrinas minimalistas, é forçoso reconhecer que, não obstante esses desafios à sua soberania, os Estados continuam predominando na cena internacional, uma vez que são eles os criadores das organizações intergovernamentais, são eles que lideram a atividade diplomática mundial, negociam tratados, têm larga influência sobre a produção de bens e serviços e sobre o comércio, enfim, são eles que fazem a guerra e celebram a paz.[36]

Apesar das contradições e, muitas vezes, da total inoperância da ONU em temas de relevância para a paz mundial, o sistema de segurança coletiva expresso na Carta das Nações Unidas representa um avanço em relação ao que fora estabelecido pela Liga das Nações, uma vez que é precisa e clara, na Carta da ONU – artigo 2 (4) –, a proibição da ameaça ou uso da força pelos Estados, o que não era contemplado de forma inequívoca no Pacto da extinta Sociedade das Nações, que recomendava aos Estados-membros solucionar o litígio pela arbitragem, pela solução judicial ou por ação do próprio Conselho do Pacto, antes do recurso à força. Se não fosse possível resolver a controvérsia por esses meios, podia o Estado recorrer à guerra, respeitado o prazo moratório de três meses (artigo 12 do Pacto da Sociedade das Nações). Contudo, de forma prática, no caso da ONU, as grandes potências nunca permitiram que o sistema de segurança coletiva funcionasse bem, "exercendo pressões que têm afetado negativamente o labor do Conselho de Segurança".[37]

Em palestra no Centro Brasileiro de Relações Internacionais, comentando o que ele chama de "fissura transatlântica", que existiria entre os Estados Unidos e a Europa em razão de distinções históricas e culturais

[36] Sobre a perda de exclusividade do Estado da ação internacional em conseqüência das profundas mudanças operadas na sociedade internacional nas últimas décadas do século XX, ver PEREIRA, Antônio Celso Alves. Globalização e Soberania. *In: Mundo Latino e Mundialização.* Coletânea organizada por Darc Costa e Francisco Carlos Teixeira da Silva. Rio de Janeiro: Mauad, 2004, págs. 63/82;

[37] Ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 3 ª edição, 2003, pág. 827. Ver também, do mesmo autor, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, págs. 411/626.

a respeito do multilateralismo, o professor Bruce Russett, da Universidade de Yale, afirma que a Europa, considerando os sucessos de sua experiência de integração econômica e política, já pode se dizer "liberada" dos piores vícios de um mundo maquiavélico ou hobbesiano. As disputas e as guerras em que se meteram os europeus ao longo dos séculos acabaram por levá-los a uma percepção de que o convívio pacífico, a democracia, a estabilidade, a integração econômica e a adoção do multilateralismo como prática política racional são os caminhos do desenvolvimento e da paz.Em contrapartida, "os Estados Unidosse sentem muito mais confortáveis adotando umapolítica externa de poder (*power politics*) fundamentada no conceito tradicional de Estado-Nação".[38]

Considerando apenas a ação da ONU no trato das questões relativas à segurança e à paz internacionais, resulta, na opinião pública mundial, uma grande frustração com a Instituição. Contudo, é preciso levar em conta que, apesar disso, as Nações Unidas e seu sistema de organismos especializados desenvolveram e desenvolvem uma louvável atuação nos campos social, cultural e humanitário, circunstâncias que, de certa forma, absolvem a Organização. O processo de descolonização só foi possível pela ação capitaneada pela ONU. Além disso, é importante destacar o esforço que as Nações Unidas e seu sistema fazem, por exemplo, no âmbito da Unesco, para proteger bens culturais, erradicar o analfabetismo e universalizar a educação básica e a educação superior nas regiões pobres do mundo. Por outro lado, a ONU, por meio da Organização Mundial da Saúde – OMS, empenha-se na luta mundial para prevenção e tratamento da AIDS e nas campanhas de erradicação de endemias nas regiões pobres do mundo, ações de natureza social da maior relevância, às quais podemos acrescentar a proteção do trabalhador pela OIT, as iniciativas desenvolvidas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – de proteção de milhões de refugiados em todos os continentes, e, da mesma forma, a atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Diante da natureza excludente e dos resultados negativos da globalização no campo social, a ONU, em empenho quase solitário, desenvolve projetos sociais que visam melhorar a sorte de mais de l bilhão de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza e que sobrevivem com

[38] Palestra proferida no CEBRI – Centro Brasileiro de Relações Internacionais, no dia 19 de março de 2005. Ver *site* www.cebri.org.br, consulta em 5 de novembro de 2005.

renda inferior a l dólar por dia; trabalha também com projetos que buscam minorar o sofrimento de mais de 2 bilhões de seres humanos, que não têm acesso à água potável e a condições sanitárias mínimas, e que enfrentam, com inusitada determinação, a dura realidade que impera em vários países da África, como o Zimbábue, local onde a AIDS afeta uma dentre quatro mulheres jovens.[39]

É sem dúvida relevante a contribuição das Nações Unidas para a codificação do Direito Internacional. Como exemplo, basta apontar, entre outros esforços empreendidos nessa direção por sua Comissão de Direito Internacional, as convenções sobre direito do mar (1958 e 1982), sobre relações diplomáticas (1961); sobre relações consulares (1963); sobre direito dos tratados (1969); e sobre direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais (1986). Ainda sobre a contribuição da ONU para a democratização e universalização do Direito Internacional, vale registrar que, na segunda metade do século passado, a Organização conseguiu aprovar declarações e inúmeras convenções internacionais versando sobre direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenções sobre Genocídio, contra a Tortura, sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas, além das grandes conferências mundiais dos anos noventa: Cúpula Mundial sobre a Criança – setembro, 1990, Nações Unidas, Nova York; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – junho, 1992, Rio de Janeiro; Conferência Internacional sobre Direitos Humanos – junho, 1993, Viena, Áustria; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento -setembro, 1994, Cairo, Egito; Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher – setembro, 1995, Pequim, China; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social – março, 1995, Copenhague, Dinamarca; Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – junho, 1996, Istambul, Turquia e a Cúpula do Milênio – setembro, 2000, Nações Unidas, Nova York, EUA.

Na percepção dos esforços das Nações Unidas para o combate ao terrorismo internacional deve-se considerar que, sob seu patrocínio, doze

[39] Outro importante destaque da atuação das agências das Nações Unidas está na atividades normativa, reguladora e controladora empreendida pelas Organizações Marítima e de Aviação Civil Internacional para a segurança e o desenvolvimento dos transportes no plano internacional.

convenções e várias resoluções sobre o tema foram aprovadas até agora. Contudo, a ONU não conseguiu ainda aprovar uma ampla e completa convenção cobrindo todas as facetas do terrorismo, e, no contexto, uma definição consensual sobre esse fenômeno.

III. A NECESSIDADE DE REFORMAR A ONU E AS PROPOSTAS NESTA DIREÇÃO

Segurança, desenvolvimento, direitos humanos, educação, saúde, desarmamento e paz são temas indissociáveis, como já apontava, em 1995, a Cúpula de Desenvolvimento Social realizada em Copenhague.São assuntos que dizem respeito diretamente aos Estados, aos indivíduos e à comunidade internacional, e que, diante da complexidade do mundo atual, não podem ser tratados de forma solitária, exigem participação coletiva. A globalização, como assevera Joseph Stiglitz, "significa uma integração internacional mais estreita, o que, por sua vez, significa maior necessidade de ação coletiva. A ONU é a instituição internacional criada para esse fim, e, à medida que o mundo muda, a ONU deve mudar também". [40]

A Organização das Nações Unidas, uma vez submetida à reforma que, há muito, vem sendo anunciada e discutida, uma vez adaptada a sua Carta às realidades destes tempos iniciais do Terceiro Milênio, portanto, fortalecida institucional e materialmente, será o foro e o instrumento adequados ao exame e à tomada de medidas racionais para superar os desafios que ameaçam a Humanidade. O chanceler Celso Amorim, concordando com declarações do secretário-geral, Kofi Annan, sobre a necessidade de fortalecer a credibilidade dos principais órgãos da ONU, assinala que "se quisermos evitar a proliferação do uso unilateral e ilegal da força, devemos assumir a responsabilidade de reformar as Nações Unidas e forjar políticas que sejam coletivas, coerentes e manejáveis".[41]

A mencionada crise de legitimidade que, há tempos, vem afetando a principal finalidade da ONU – manter a paz e a segurança internacionais – é agravada pela obsolescência e pela inadequação ao tempo atual de

[40] Ver "O Globo", edição de 30 de outubro de 2005, pág. 7.

[41] Chanceler Celso Amorim, em palestra na XV Conferência Asiática de Segurança, Nova Delhi, 28/01/2004. Ver *Resenha de Política Exterior do Brasil*, nº 94, jan-jul. 2044. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, págs. 40/45.

importantes dispositivos de sua Carta, que foi assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, entrou em vigor em 24 de outubro do mesmo ano e que, por isso mesmo, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos primeiros anos do pós-guerra.

Na Conferência de Ialta – 4a 11 de fevereiro de 1945 –Stalin, Churchille Roosevelt acertaram os detalhes finais da futura organização internacional que seria criada, não para revigorar a então moribunda Sociedade das Nações, mas para substituí-la totalmente, estabelecendo, assim, um sistema de segurança coletiva cujo funcionamento só poderia se dar sob o acordo das grandes potências da época. Passaram-se sessenta anos desde então. Atualmente, a realidade política, econômica, social e estratégica é completamente diversa. As preocupações com a segurança mundial estão hoje centradas em outros parâmetros. Sob os aspectos qualitativo e quantitativo, são profundas as transformações operadas no mundo nesse período. Em razão disso, urge a construção de um sistema multilateral efetivo, com as Nações Unidas em sua centralidade, instrumentalizado para promover soluções comuns para desafios que são globais.

O presidente Jacques Chirac, um dos mais contundentes defensores do fortalecimento das organizações multilaterais, afirma que o atual modelo de organização internacional expresso na Carta da ONU está ultrapassado, não sendo, portanto, adequado para fundamentar um projeto multilateral viável de paz e segurança para um mundo em acelerado processo de mudanças.

A necessidade de se empreender uma ampla reforma das Nações Unidas está na agenda internacional desde os dias imediatos ao fim da Guerra Fria. A ordem internacional montada em Ialta, o condomínio de feitio "tordesiliano"daí resultante, fora-se com o fim do Império Soviético. A complexidade do mundo contemporâneo, a velocidade com que os acontecimentos se sucedem, o dinamismo dos fatos internacionais impulsionados pelas tecnologias da informação desencadearam o processo que o geógrafo inglês David Harvey, chamou de *encolhimento do mundo*. Ao contrário do que aconteceu por ocasião da segunda onda de globalização, no século XVI, com as grandes descobertas marítimas que alargaram os horizontes político-econômicos, a atual globalização, ao fundamentar-se, entre outros fatores, no efeito da compressão espaço-tempo, promove um encolhimento desses horizontes por meio das redes virtuais transnacionais e, muito especialmente, pela dinâmica determinada

pela simultaneidade. Zygmunt Bauman,[42] um dos mais originais e criativos sociólogos contemporâneos, em suas instigantes análises sobre a sociedade pós-moderna, afirma que tudo "está agora sempre a ser permanentemente desmontado, sem perspectiva de permanência", ou seja, a sociedade atual é marcada pela transitoriedade, pelo que ele chama de *liquidez*, ou seja, a exemplo dos líquidos, a sociedade humana caracteriza-se pela "incapacidade de manter a forma".

As discussões sobre a necessidade de reformar as Nações Unidas tiveram início na gestão do antigo Secretário-Geral Boutros Boutros-Ghali[43], em 1992. Naquele momento a preocupação era empreender esforços paradotar a ONU de condições para que ela pudesse cumprir os mandamentos de sua própria Carta, criar mecanismos para manter o necessário equilíbrio entre seus diversos órgãos, consolidar e simplificar suas atividades, definindo, de forma clara, as funções de cada uma de suas Agências. Dois importantes documentos lançados por Boutros-Ghali completavam sua proposta de reforma: a Agenda para a Paz e a Agência para o Desenvolvimento.

No primeiro ano de seu mandato, em 1997, o secretário-geral Kofi Annan retomou a questão das mudanças na estrutura da ONU, ao dar publicidade ao documento *Renovação das Nações Unidas: um Programa de Reforma,* texto no qual apontava as propostas de mudanças até então apresentadas por seus antecessores, afirmando que o processo de reforma deveria ser amplo e permanente. O documento de Kofi Annan destacava

[42] Bauman, Zygmunt. *A Sociedade Líquida.* Entrevista à *Folha de São Paulo*, caderno *Mais!*, edição de 19 de outubro de 2003, pág. 4/9 . Este mesmo autor, em seu livro *Globalização – As Conseqüências Humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999, pág. 63, escreve: "Com a velocidade geral de movimento ganhando impulso – com a 'compressão de tempo/espaço' enquanto tais, como assinala David Harvey – alguns objetos movem-se mais rápido do que outros. A economia – o capital, que significa dinheiro e outros recursos necessários – move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens. Neste caso, pelo menos, a redução do tempo de viagem a zero produz uma nova qualidade: uma total aniquilação das restrições espaciais, ou melhor, a total 'superação da gravidade'. O que quer que se mova a uma velocidade aproximada à do sinal eletrônico é praticamente livre de restrições relacionadas ao território de onde partiu, ao qual se dirige ou que atravessa".

[43] Sobre a atuação de Boutros-Ghali como secretário-geral da ONU, de 1º de janeiro de 1992 a 31 de dezembro de 1996, bem como sobre sua trajetória como acadêmico, jusinternacionalista, político e homem de Estado, ver Boutros Boutros-Ghali – *Amicorum Discipulorumque Liber – Peace, Development, Democracy*. 2 v. Bruxelles: Bruylant, 1998.

a necessidade de reestruturação dos órgãos de direção e gestão da ONU, reduzindo a sua burocracia por meio da eliminação de mil cargos; nessa mesma linha, chamava a atenção para a penúria orçamentária e as dificuldades financeiras da Instituição, sugerindo, ao mesmo tempo, a redução dos gastos em dois terços e a criação de um Fundo Rotativo de um bilhão de dólares, a ser formado mediante contribuições voluntárias, enquanto não se resolvesse definitivamente a situação da ONU nesse setor. Além disso, propunha, prioritariamente, o fortalecimento da Assembléia Geral e do Secretariado, uma melhor interface da ONU com as organizações não-governamentais, a criação de mecanismos para dar maior rapidez e efetividade às operações de manutenção da paz e à promoção do desenvolvimento sustentável, ao combate ao crime, ao tráfico de drogas e ao terrorismo. Prosseguindo em seus esforços para avançar no projeto de reforma, o secretário-geral Kofi Anann, em dezembro de 2003, instalou, em Nova Iorque, uma Comissão Mundial, presidida por Anand Panyarachum, antigo primeiro-ministro da Tailândia, composta por 16 personalidades[44] de alto prestígio internacional, dentre as quais o embaixador brasileiro João Clemente Baena Soares, para coadjuvar o Secretariado Geral na elaboração do projeto de reforma das Nações Unidas.

Tal expediente propiciou a formação do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças,[45] que, durante todo o ano de 2004, ouviu, em consultas regionais, seminários e *workshops*, representantes dos diversos setores dos países-membros das Nações Unidas. Dessas atividades resultou o relatório *Um mundo mais seguro: nossa responsabilidade comum,* em 129 páginas, contendo 101 recomendações, e que foi entregue ao secretário-geral Kofi Annan no dia 2 de dezembro de 2004.

O "Painel" identifica, ao lado de antigos e persistentes conflitos, as novas situações e as novas ameaças que flagelam os indivíduos e as

[44] Membros do Painel de Alto Nível das Nações Unidas sobre Ameaças, Desafios e Mudanças.
Anand Panyarachum (TAILÂNDIA) Presidente do Painel; Roberto Badinter (FRANÇA); João ClementeBaena Soares (BRASIL); Gro Harlen Brundtland (NORUEGA); Mary Chinery-Hesse (GANA); Gareth Evans (AUSTRÁLIA); David Hannay (REINO UNIDO); Enrique Iglesias (URUGUAI); Amre Moussa (EGITO); Satish Nambiar (ÍNDIA); Sadako Ogata (JAPÂO); Yevgeny Primakov (RÚSSIA); Qian Qichen (CHINA); Nafis Sadik (PAQUISTÃO); Salim Ahmed Salim (TANZÂNIA); Brent Scowcroft (ESTADOS UNIDOS).

[45] Ver SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos Desafios, das Mudanças.*Dossiê CEBRI – Volume I – Ano 4 –Rio de Janeiro: CEBRI, 2005.

nações neste século XXI, protestando, entre outras coisas, por ações multilaterais que favoreçam a segurança biológica. O relatório reafirma o conceito de que "pobreza é também questão de segurança, além do problema do desenvolvimento". Mostra, por exemplo, como a epidemia da AIDS, que incide sobre o continente africano com maior intensidade do que em outras partes do mundo, constitui mais uma ameaça global. É interessante salientar que a clivagem Norte/Sul se fez presente no decorrer dos debates do "Painel", como informa o embaixador Baena Soares:

> Observou-se, no decorrer dos debates, a natural divergência de percepções entre osnacionais de países do Norte e países do Sul. O processo decisório adotado, o consenso, muitas vezes oculta essas diferenças. A leitura do relatório, em particular na sua parte descritiva, permite distinguir a influência do pensamento anglo-saxônico. Mas existem contribuições para o reconhecimento das preocupações e angústias das populações dos países em desenvolvimento.[46]

O "Painel" sugere a criação de um novo organismo intergovernamental, a Comissão para a Consolidação da Paz, cuja finalidade será prestar assistência aos Estados na fase posterior aos conflitos em que se envolverem, para ajudá-los em todos os aspectos relativos àsua reconstrução e estabilização.

No contexto do processo de reforma das Nações Unidas, algumas das sugestões do "Painel" vão se tornando realidades. O Conselho de Segurança e Assembléia Geral criaram a citada Comissão de Consolidação da Paz, que será composta por 31 membros, eleitos por dois anos, sendo permitida a reeleição.

A Comissão de Consolidação da Paz, cujas decisões serão tomadas por consenso, terá como função primordial reunir todos os interessados para que estes mobilizem recursos eproponham estratégias integradas destinadas ao fortalecimento das instituições, à promoção do desenvolvimento sustentável, enfim, à consolidação da paze à recuperação do país em situação de pós-conflito. Além disso, a Comissão de Consolidação da Paz contará com um Comitê de Organização Permanente, composto por sete membros do Conselho de Segurança, entre os quais deverão figurar os titulares dos assentos permanentes, e mais sete membros

[46] Ver SOARES, *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos Desafios, das Mudanças,* pág. 6.

oriundos do Conselho Econômico e Social. Segundo o Serviço de Informação das Nações Unidas, a esses 14 países deverão se somar cinco Estados recrutados entre aqueles "cujas contribuições estatutárias para os orçamentos da ONU e as contribuições voluntárias aos orçamentos dos fundos, programas e organismos das Nações Unidas, entre os quais o Fundo de Consolidação da Paz, são as mais importantes", além de outros cinco Estados que figurem "entre os que põem à disposição das missões da ONU o maior número de militares e de membros da polícia civil". A esses 24 países serão adicionados outros sete, que serão eleitos em função das regras da Assembléia Geral.

A Resolução que criou a Comissão faz ainda recomendações ao secretário-geral para que institua, por meio de contribuições voluntárias, um fundo plurianual para financiar ações de auxílio aos Estados em situação de pós-conflito e, além disso, crie em sua estrutura um gabinete, composto por peritos e especialistas, para prestar apoio às iniciativas de consolidação da paz.

Além do Painel de Alto Nível, o secretário-geral Kofi Anann instituiu duas outras importantes comissões internacionais para auxiliá-lo na preparação do projeto definitivo de reforma das Nações Unidas: o "Grupo Cardoso", criado em fevereiro de 2003, sob a presidência do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, composto por 12 personalidades[47] de destaque em suas áreas de atuação, com a missão de estudar e fazer recomendações sobre formas de melhorar a interação entre a sociedade civil e as Nações Unidas. Durante 12 meses o "Grupo" discutiu e colheu subsídios para apresentar seu relatório. Em 21 de junho de 2004, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso entregou ao secretário-geral o documento final contendo trinta propostas concretas para uma maior interface das Organizações Não-Governamentais com as Nações Unidas e seu sistema. A outra Comissão criada por Kofi Annan foi chefiada pelo professor Jeffrey D. Sachs e composta por 265 especialistas em questões relacionadas com o desenvolvimento. O relatório final elaborado por esse último "Grupo", intitulado *Projeto do Milênio da ONU: Investir no Desenvolvimento,* propõe um conjunto de medidas concretas para reduzir

[47] Composição do "Grupo Cardoso": embaixador Bagher Asadi (Irã); sociólogo Manuel Castells (Espanha); sra. Birgitta Dahl (Suécia); sra. Peggy Dulany (EUA.); embaixador André Erdos (Hungria); sra. Asma Khader (Jordânia); sr. Juan Mayr (Colômbia); sra. Malini Mehra (Índia); sr. Kumi Naidoo (África do Sul); Sra. Mary Racelis (Filipinas); sr. Prakash Ratilal (Moçambique) e sra. Aminata Traore (Mali).

em 50%, até 2015, a pobreza extrema no mundo e melhorar, radicalmente, as condições de vida de, pelo menos, 1 bilhão de pessoas nos países em desenvolvimento. O relatório, contudo, não menciona a possibilidade de suspensão do pagamento das dívidas dos países mais pobres.O trabalho do grupo chefiado por Jeffrey Sachs teve como objetivo avaliar e sugerir formas de cumprir as Metas do Milênio constantes da Declaração do Milênio das Nações Unidas, documento que foi aprovado na "Cúpula do Milênio", realizada entre 6 e 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque. Nessa reunião, 147 chefes de Estado e de Governo, além de 44 outros representantes de Estados-membros das Nações Unidas, aprovaram as seguintes metas que deveriam ser cumpridas até 2015: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) expandir o ensino básico universal; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde materna; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental; 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

O Relatório Sachs aponta as razões pelas quais pouco se avançou no cumprimento dessas metas, concluindo que os recursos necessários para atingi-las poderiam, sem maiores dificuldades, ser cobertos pelos países ricos.

Com base nas recomendações do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças, e nas sugestões dos Relatórios Cardoso[48] e Sachs, o secretário-geral Kofi Annan encaminhou à Assembléia Especial Comemorativa dos 60 anos das Nações Unidas o projeto de reestruturação do organismo, condensado no relatório *Uma Liberdade mais Ampla – Rumo à Segurança, Desenvolvimento e Direitos Humanos para Todos,* e do qual constam, entre outras propostas, a reforma do Conselho de Segurança e dos demais órgãos principais da ONU, bem como a criação do Conselho de Direitos Humanos e as sugestões para tornar efetivo o cumprimento dos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio".

Além das contribuições do Painel de Alto Nivel e as oferecidas pelos dois citados "Grupos", o secretário-geral incluiu em seu projeto de reforma as recomendações do "Grupo Brahimi" sobre as mudanças que a ONU precisa operacionalizar para tornar mais eficientes suas operações de paz. Este "Grupo" foi composto por nove especialistas, oriundos de todos os continentes, com ampla experiência em assuntos humanitários,

[48] O texto do Relatório apresentado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso pode ser consultado no *site* http://www.ifhc.org.br

em desenvolvimento e em atividades policiais e militares voltadas à manutenção da paz. Lakhdar Brahimi, antigo e experiente diplomata, ministro das Relações Exteriores da Argélia, presidiu o "Grupo" que leva seu nome.

A primeira força de paz das Nações Unidas foi organizada, em junho de 1948 (UN Truce Supervision Organization -*UNTSO),* com o objetivo de monitorar o cessar-fogo árabe-israelense. Atualmente as Nações Unidas têm 50 mil militares sob seu comando em 17 missões de paz. A natureza das operações de paz modificou-se com o tempo. Vistas inicialmente como instrumentos de manutenção de acordos de paz, *peacekeeping*, passaram, em seguida, à imposição de paz com base em acordos existentes entre as partes, *peaceenforcing*, e agora podem ser apontadas como instrumentos para a reconstrução de países destroçados por conflitos, *peacebuilding*. A Minustah, Missão da ONU de Estabilização do Haiti, comandada pelo Brasil, é um claro exemplo desta mudança. Como explica chanceler Celso Amorim, a presença da ONU no Haiti desdobra-se em três objetivos: "a estabilização do país; a promoção do diálogo entre as diversas facções políticas e a capacitação institucional, social e econômica".[49]

O "Relatório Brahimi" não recomenda a formação de uma força permanente das Nações Unidas para a manutenção da paz. Reconhece que as Nações Unidas, em muitos casos, fracassaram em sua precípua função de manter a paz e a segurança internacionais. Aponta situações em que as operações de paz foram bem sucedidas, como no Timor, e propõe soluções para questões como financiamento das operações de paz, ação preventiva das Nações Unidas em situações de provável conflito e oferece sugestões sobre a composição das forças de paz.[50]

---

[49] Ver SOARES, *O Caminho das Nações Unidas*, pág. 47. Ver também o artigo do chanceler Celso Amorim, *A ONU aos 60*. Política Externa, vol. 14, set/out/nov 2005, São Paulo: Paz e Terra, 2005, pág. 19.

[50] "O Relatório Brahimi identificou as falhas da Organização ao lidar com as operações de paz, projetou os cenários das futuras missões, conclamou a ONU e os estados-membros ao fim das "meias-medidas" e à adoção de mandatos claros e exeqüíveis. Advertiu sobre critérios de análise mais objetiva dos conflitos, estabeleceu processos de planejamento integrado, sugeriu a melhoria das estruturas operacionais e logísticas, bem como recomendou o aperfeiçoamento das metodologias de treinamento padronizado para todos os componentes das missões de paz. Dessa forma, traçou estratégias mais seguras e eficientes para as futuras missões, coordenando cada passo ou decisão com os países contribuintes, que assim se tornam co-responsáveis pelo processo. Um total de oito missões caracterizam essa fase. O Brasil e o Exército Brasileiro participam ou participaram de seis delas". Ver site http://www.exercito.gov.br/VO/187/ebpaz.htm. Consulta em 20/06/2006.

Com relação ao meio ambiente, em seu discurso na 60ª Assembléia Geral, o primeiro-ministro francês, Dominique de Villepin, protestando pela instauração de uma "verdadeira governança econômica e social", propôs a criação da Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

IV. O PROCESSO DE REFORMA EM ANDAMENTO

A Carta das Nações Unidas é um tratado internacional de categoria especial. Não é uma convenção multilateral como outra qualquer, que cria direitos e obrigações somente para seus signatários. Embora possua características de uma Constituição, uma vez que hierarquicamente seus dispositivos se sobrepõem aos de qualquer outro tratado internacional que estiver em conflito com a mesma, não é uma Constituição mundial; trata-se, isto sim, de um tratado *sui generis,* que confere à Organização vida própria e personalidade jurídica distinta da que é reconhecida aos Estados-membros. "Esse elemento orgânico-constitutivo – destaca Antônio Augusto Cançado Trindade – serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos".[51] Como foi discutida, votada, e entrou em vigor há sessenta anos, é natural que muitos dos mandamentos da Carta estejam hoje superados; muitos deles esperam, há tempos, por reforma ou emendas, outros devem ser sumariamente suprimidos, por obsolescência total. É o caso, por exemplo, dos artigos 26, 45, 46 e 47, que dispõem sobre o estabelecimento, nunca concretizado, de uma "Comissão de Estado-Maior" destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança em todas as questões relativas às exigências militares do próprio Conselho". Da mesma forma, dos artigos 53 e 107, na medida em que fazem menção a "Estado que durante a Segunda Guerra Mundial foi inimigo de qualquer signatário da Carta". O capítulo XIII da Carta, que instituiu o Conselho de Tutela está completamente superado. Em 1994 o Conselho de Segurança pôs fim ao acordo de administração do último território sob tutela, as Ilhas Palau, que estavam sob a administração dos Estados Unidos.[52]

---

[51] *Direito das Organizações Internacionais*, págs. 27/28.

[52] Discutindo a origem e a natureza da Carta das Nações Unidas, Adriano Moreira destaca que seus idealizadores buscaram estabelecer em seu texto, a convergência de dois legados do Ocidente: por um lado, o *legado maquiavélico*, centrado na crueza do realismo político, na redução da política às relações de poder e à hierarquia entre os Estados, que se expressa

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, discutindo a reforma das Nações Unidas, apontam que a primeira alteração a ser introduzida na Carta, deveria incidir sobre o artigo 2º, 1, que tratada *igualdade de voto na Assembléia Geral*, uma vez que tal dispositivo foi herdado do Pacto da Sociedade das Nações que, a seu tempo, era corolário do princípio da soberania absoluta dos Estados. Lembram que a própria Carta não levou em conta a questão da igualdade soberana, quando estabeleceu o sistema de votação do Conselho de Segurança. Afirmam ainda que "o princípio da igualdade soberana perdeu sentido. Sobretudo, a igualdade de voto na Assembléia Geral quer dar a entender aquilo que a evidência desmente: que todos os Estados, das Ilhas Marshall à Rússia, ou do Reino do Tonga à Alemanha, dão um igual contributo à preservação da paz e da segurança internacionais e, em geral, à prossecução dos fins da Organização".[53]

Os fundadores da ONU, quando elaboraram a sua Carta, se preocuparam em não repetir os erros que levaram a Sociedade das Nações ao fracasso.[54] Consideraram, na devida conta, que "os fatos da realidade

na composição autocrática do Conselho de Segurança e no direito de veto atribuído exclusivamente aos membros permanentes; por outro, o *legado humanista*voltado à perspectiva de construção de uma ordem internacional fundamentada na igualdade jurídica dos Estados e em normas legais que sustentariam uma associação de Estados, e, nessa linha, colocariam a força e o poder político destes a serviço de um normativismo justo. Esse *legado humanista* está consagrado no estatuto e na horizontalidade da Assembléia Geral, onde a ficção da igualdade jurídica se expressa no democrático sistema de votação, ou seja, cada Estado um voto. Esses dois legados culturais, por natureza, são obviamente contraditórios; entretanto, segundo Adriano Moreira, eles não seriam de todo incompatíveis, uma vez que "andam aparentemente reunidos na definição da regra de direito: uma norma justa cuja observância é garantida pela força ou poder do Estado. De fato, neste último caso, trata-se de supor que a força ou poder político respeitará e se porá ao serviço de apenas um normativismo justo, decorrente de valores ou de um direito que o transcende". Ver, do autor, *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 569/570.

[53] Ver, dos autores, *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2001, págs. 548/549.

[54] A Sociedade das Nações, durante sua existência, examinou 66 disputas entre os Estados-membros, das quais conseguiu solucionar apenas 35. Entre 1925 e 1932, a Organização conseguiu seus maiores êxitos. Em 1927, com a assinatura do Pacto Briand-Kellog, os Estados Unidos ensaiaram uma aproximação com a Instituição. Contudo, os anos 1935/1939 foram decisivos para o futuro da SDN. São deste período os seus maiores fracassos. Não conseguiu impedir a ingerência da Alemanha e da Itália na Guerra Civil Espanhola (1936/1938), assim como nada pôde fazer, anteriormente, diante da invasão da China pelo Japão (1931), e da Etiópia pela Itália (1935/1936). A SDN reagiu à invasão da Finlândia pela URSS expulsando a potência comunista dos seus quadros. Como observa Karl Deutch, essa expulsão foi um gesto sem efeitos, pois a força moral da SDN fora destruída por sua própria passividade diante das violações do Direito Internacional perpetradas pelas potências do Eixo. Ver Deutch, Karl. *Análise das Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 1978, págs. 221/223.

internacional são as rivalidades de poder, as contradições de interesses e as incompatibilidades ideológicas".[55] Preferiram, assim, pecar por excesso de realismo a instituir uma organização internacional de viés marcadamente utópico, como fora a extinta Sociedade das Nações. Além do mais, o modelo adotado para nortear o sistema decisório do Conselho de Segurança, com o poder de veto dos membros permanentes, evitou que a ONU viesse a perder, no que respeita à sua abrangência, o caráter verdadeiramente universal, isto é, que Estados de peso e importância real no sistema internacional pudessem ser expulsos, como acontecera, em 1939, com a União Soviética, excluída da SDN em razão de sua agressão a Finlândia. Ainda sobre esse aspecto, o artigo 6º da Carta da ONU dispõe que um Estado-membro poderá ser expulso da Organização, caso viole persistentemente os dispositivos da Carta, porém, o ato só se concretizará mediante recomendação do Conselho de Segurança. Percebe-se, portanto, que qualquer processo de expulsão ou suspensão de Estado-membro não se efetivará se não houver unanimidade dos membros permanentes. Nesse caso, o realismo chegou ao extremo, ou seja, nenhum membro permanente, considerando o direito de veto, será expulso ou suspenso das Nações Unidas. O parágrafo 16 do artigo 4º do Pacto da SDN estabelecia que a expulsão se daria pela aprovação de todos os membros do Conselho, exceto o Estado em causa, que não participaria do processo.[56]

As propostas para reformar a Assembléia Geral, torná-la mais atuante e eficaz, uma vez que, de fato, ela tem se mostrado, ao longo dos anos, completamente inoperante em assuntos de sua competência, direcionam-se no sentido de revitalizá-la como foro universal[57] e democrático, onde questões que afetam a humanidade possam ser discutidas para que sejam encontradas as soluções pertinentes. Para tal, existem sugestões no sentido de ampliar o apoio institucional e financeiro ao órgão, dotá-lo de pessoal adequado para que possa estender seu calendário por todo o ano. A reforma da Assembléia Geral deve proporcionar-lhe

[55] Ver, Aron, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB , 1979, pág. 671.

[56] A Carta da OEA não consagra dispositivo sobre a expulsão de Estado-membro. Contudo, por pressão dos Estados Unidos, e de outros países do continente, Cuba foi desligada da OEA, em 14 de fevereiro de 1962, por "incompatibilidade com o Sistema Interamericano".

[57] A universalidade da ONU sustenta-se na alínea 6 do artigo 2º da Carta. Este dispositivo obriga os Estados que não são membros das Nações Unidas a cumpriremtodos os princípios enumerados no referido art. 2º.

condições para o exercício de uma efetiva autoridade orçamentária[58] e para a modernização de sua agenda e de seus procedimentos.

O Painel de Alto Nível recomenda que as mudanças na Assembléia Geral devam levar à formação de um consenso em torno de uma visão mais ampla e eficaz da segurança coletiva; da mesma forma, buscar a simplificação de sua carga temática, de forma a refletir os principais desafios contemporâneos; deverá criar condições para "evitar os projetos de resoluções repetitivos, obscuros ou inaplicáveis" e, a exemplo do "Relatório Cardoso", sugere a criação de um mecanismo eficiente para o diálogo com as organizações da sociedade civil.[59]

O "Grupo Cardoso" recomenda que a Assembléia Geral, antes de suas reuniões principais, ofereça às organizações não-governamentais audiências interativas e, além disso, construa canais permanentes de interface com essas mesmas instituições.

As resoluções 58/126 e 58/316, adotadas pela Assembléia Geralem 19 de Dezembro de 2003 e 1º de julho de 2004, respectivamente, conformam medidas concretas para a reorganizar o trabalho e racionalizar as práticas das seis principais Comissões da Assembléia Geral e reforçaro papel da mesa diretora do órgão.

Pela importância dos Estados Unidos no contexto da reforma da ONU, é importante registrar que a então representante em exercício do país na Organização, embaixadora Anne W. Patterson, em pronunciamento na sessão fechada da Assembléia Geral, em 23 de junho de 2005,[60] trouxe à luz a posição de seu governo em relação ao assunto. Em seu discurso a embaixadora listou os temas que interessam aos Estados Unidos nas projetadas mudanças estruturais das Nações Unidas: reforma do Conselho de Segurança; prevenção da proliferação de armas de destruição em massa; responsabilidade de proteger; criação de um Fundo para a Democracia; terrorismo; comissão de paz; direitos humanos; administração e desenvolvimento econômico. Pelo que se vê, nem uma palavra sobre a Assembléia Geral.

"A Assembléia Geral – afirmou o presidente Luiz Inácio Lula da Silva – não deve hesitar em assumir suas responsabilidades na administração

[58] O artigo 17 da Carta da ONU estabelece que a Assembléia Geral é o órgão competente para considerar e aprovar o orçamento da Organização.
[59] Ver Soares, op. cit., pág. 15.
[60] O texto completo do pronunciamento da embaixadora Patterson pode ser consultado no *site* usinfo.state.gov. Consulta em 5 de novembro de 2005.

da paz e segurança internacionais. A ONU já deu mostras de que há alternativas jurídicas e políticas para a paralisia do veto e as ações sem endosso multilateral".[61]

Sobre o Conselho Econômico e Social existem propostas no sentido de transformá-lo numa espécie de conselho de segurança econômica coletiva. Este Órgão há muito não vem cumprindo com as finalidades que lhe foram atribuídas pelo capítulo X da Carta da ONU, isto é, funcionar como instrumento para identificação de políticas e de coordenação de assuntos econômicos e sociais.

O Painel de Alto Nível sugere que o ECOSOC[62] se concentre nos temas mais importantes da "Declaração do Milênio" e se transforme em órgão realmente eficaz na liderança normativa e na capacidade analítica dos temas econômicos e sociais. Nessa mesma linha, recomenda que lhe seja oferecida a possibilidade de transformar-se num fórum para o acompanhamento aberto e transparente da realização das metas de desenvolvimento pelos Estados.[63]

O relatório do Painel de Alto Nível recomenda também a criação, no âmbito do ECOSOC, de um foro negociador para tratar dos desafios da pobreza, da saúde e do meio-ambiente, e dos problemas em áreas como ajuda externa, tecnologia e comércio exterior.[64]

A posição brasileira em relação ao Conselho Econômico e Social foi expressa pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em seu já citado discurso na Abertura da 58ª Assembléia Geral das Nações Unidas:

> É fundamental devolver ao Conselho Econômico e Social o papel que lhe foi atribuído pelos fundadores da ONU. Queremos um ECOSOC capaz de participar da construção de uma ordem econômica mundial mais justa. Um ECOSOC que, além disso, colabore com o Conselho de Segurança na prevenção de conflitos e nos processos de reconstrução nacional.

---

[61] Discurso do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na Abertura da 58ª Assembléia Geral da ONU, em Nova Iorque, em 23 de setembro de 2003. *In*: *Resenha de Política Exterior do Brasil*. Número 93, 2º semestre de 2003. Ano 30, Brasília: Ministério das Relações Exteriores.

[62] O Conselho Econômico e Social, desde a aprovação da Carta das Nações Unidas, passou por duas importantes modificações em sua estrutura. Em 31 de agosto de 1965 entrou em vigor uma emenda à Carta aumentando, de 18 para 27, o número de assentos no Órgão. Em 24 de setembro de 1973, outra emenda alterou esse número para 54.

[63] Soares, op. cit. pág. 16.

[64] Idem , pág. 17.

Por sua vez, o chanceler Celso Amorim, apontando rumos para a reforma do ECOSOC, enfatiza que este, para ser mais atuante, deveria estabelecer uma estreita parceria com o Conselho de Segurança, e, além disso, poderia também "ser remodelado para assumir maiores responsabilidades no que se refere tanto à prevenção de conflitos, como à supervisão pós-conflito e ao apoio multilateral a países e regiões que não suscitem sérias preocupações do ponto de vista da segurança". Tal parceira – afirma – seria altamente conveniente em caso de colapso social, econômico e institucional, e deveria, nessas situações, buscar o apoio de organizações regionais e de outras partes interessadas.[65]

Considerando o volume diário da movimentação e a natureza do atual mercado internacional de capitais, a importância da ação do Fundo Monetário Internacional nas políticas de ajuste fiscal e monetário dos países em desenvolvimento, o papel do Banco Mundial no financiamento de projetos sociais e de infra-estrutura nesses países, e as graves questões que conformam o comercio mundial, nota-se, nos projetos de reforma, a ausência de medidas realmente efetivas que propiciem, de fato, a integração desses organismos com o sistema das Nações Unidas. Com relação ao direito comercial internacional, Samir Amin destaca que a ONU deve centralizar as iniciativas para a elaboração de uma normativa comercial internacional que leve em conta, para sua construção, a participação ativa e transparente de todas as parte interessadas, ou seja, "não apenas o mundo dos negócios, mas igualmente os trabalhadores interessados (as empresas em causa e as nações que sofrem as conseqüências das legislações aplicadas) e os Estados. Não existe outro espaço que não a ONU (e a OIT, que lhe é ligada) para conduzir esse debate".[66]

Um importante avanço no processo de reforma das Nações Unidas foi concretizado em 15 de março de 2006. Em expressiva votação – 170 votos a favor, 4 contrários e 3 abstenções, a Assembléia Geral, pela Resolução A/RES/60/251, aprovou a criação do Conselho de Direitos Humanos. A idéia de sua instituição foi lançada por Kofi Annan, em discurso pronunciado, em 7 de abril de 2005, perante a Comissão de Direitos

[65] *Atuais Desafios para o Multilateralismo e as Nações Unidas*. Palestra do ministro das Relações Exteriores, embaixador Celso Amorim, pronunciada na XV Conferência Asiática de Segurança, Nova Delhi, 28 de janeiro de 2004. *In*: Resenha de Política Externa Brasileira, a. 31. nº 94, jan-jul. 2004. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, pág. 45.

[66] Samir Amin. *Que futuro terão as Nações Unidas? In:* Política Externa, vol. 14, nº 2, Setembro/0utubro/Novembro 2005.São Paulo: Paz e Terra, 2005, págs. 104/105.

Humanos, em Genebra, e reafirmada no documento que o secretário-geral encaminhou à Cúpula das Nações Unidas sobre as Metas de Desenvolvimento do Milênio (MDG+5), que se reuniu em setembro de 2005. A Cúpula de setembro de 2005 apenas aprovou a criação de um Conselho de Direitos Humanos para substituir a contestada e polêmica Comissão de Direitos Humanos do ECOSOC. A composição do Conselho, suas finalidades, os critérios para a eleição dos membros e demais dispositivos e procedimentos que fundamentaram a resolução A/RES/60/251 resultaram de negociações entabuladas durantes cinco meses entre os países-membros com o objetivo de se conseguir um texto amplo o suficiente para ter o apoio de todos. Essas negociações foram conduzidas pelo presidente da Assembléia Geral, Embaixador Jean Eliasson, coadjuvado pelos *Co-Chairs* embaixadores Ricardo Alberto Arias, do Panamá, e Dumisani S. Kumalo, da África do Sul.

O Conselho de Direitos Humanos compõe-se de 47 membros (eram 53 na Comissão), que deverão ser eleitos em votação secreta, por maioria absoluta (96 votos), ou seja, metade mais um do total dos Estados-membros das Nações Unidas (191), fato que confere maior legitimidade ao novo Conselho. Vale lembrar que os membros da Comissão de Direitos Humanos eram eleitos por um colégio eleitoral restrito aos 54 membros do ECOSOC.

As 47 cadeiras do Conselho de Direitos Humanos serão ocupadas mediante o seguinte critério geográfico: África, 13; Ásia, 13; Europa do Leste 6; América Latina e Caribe, 8; Europa Ocidental e outros Estados, aqui incluídos os Estados Unidos e o Canadá, 7.

O governo norte-americano resolveu não pleitear uma das 47 vagas. Votaram contra o projeto de criação do Conselho os Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall e Palau, e as abstenções correram por conta de Venezuela, Bielorrússia e Irã. Os Estados-membros do Conselho de Direitos Humanos poderão ser suspensos se ficar comprovado que são responsáveis por violações graves ou sistemáticas de direitos humanos nos seus territórios. Os membros eleitos disporão de um mandato de três anos e não poderão pleitear a reeleição após dois mandatos consecutivos.

O Brasil foi eleito para o Conselho de Direitos Humanos por significativa votação (l65 votos dentre os 170 afirmativos).

Ao justificar seu voto contrário à criação do Conselho nos termos propostos pelo projetode resolução, o embaixador dos Estados Unidos, John Bolton, afirmou que não tinha suficiente confiança de que o novo Conselho seria mais eficiente do que a antiga Comissão.

Os Estados Unidos, durante as discussões sobre a composição do Conselho defendiam a tese de que o órgão, para ter maior agilidade, para não repetir os erros e a inoperância da Comissão de Direitos Humanos, deveria contar, no máximo, entre 20 e 30 membros. O embaixador John Bolton, inconformado com a rejeição de suas propostas sobre a composição e a natureza do Conselho de Direitos Humanos, tentou, de todas as formas, adiar a votação final e reabrir as discussões. A tese não prosperou. O Canadá e os países da União Européia, por exemplo, não concordaram com o adiamento, por temerem que tal iniciativa pudesse anular todos os esforços já empreendidos para a criação do órgão. Com relação à forma de eleição dos membros do Conselho, os norte-americanos centravam-se na exigência de maioria de dois terços dos votos, permitida a reeleição. Esta forma de eleição estava também consagrada na proposta de Kofi Annan. Apesar de tudo, do voto contra, os Estados Unidos saudaram a criação do Conselho de Direitos Humanos e declararam, por intermédio do porta-voz do Departamento de Estado que envidarão todos os esforços para que o Conselho se torne, de fato, um mecanismo eficiente na promoção e na defesa dos direitos humanos no plano global.

Além disso, os Estados Unidos expressaram também sua satisfação pelo fato da Venezuela e do Irã não terem conseguido ingressar no novo Conselho da ONU, embora Cuba e outros países com tradição de desrespeito aos direitos humanos, como Tunísia,China,Arábia Saudita,Paquistão e Rússia tenham conseguido se eleger.

Há hoje um consenso sobre a inquestionável interface entre direitos humanos, segurança e desenvolvimento. O próprio Kofi Annan, em todas as oportunidades, tem insistido nessa assertiva. Pretende-se, com a criação do Conselho, dotar as Nações Unidas de um mecanismo mais ágil, mais eficiente, sem a politização da antiga Comissão de Direitos Humanos e que dispense aos direitos humanos a mesma atenção que é dada, no âmbito da ONU, às questões relativas à segurança internacional.

Conforme dispõe o nº 1. da Resolução A/RES/60/251, O Conselho de Direitos Humanos funcionará como órgão subsidiário daAssembléia Gerale suas atividades serão avaliadas pela mesma Assembléia após cinco anos de sua instalação.

A Comissão de Direitos Humanos deverá encerrar suas atividades no dia 16 de junho de 2006. Para que não haja solução de continuidade, o Conselho entrará em funcionamento no dia 19 de junho de 2006.A nova instância se reunirá três vezes ao ano durante um período total de dez semanas. A Comissão se reunia uma só vez ao ano durante seis semanas.

Em situações emergenciais, qualquer integrante desse novo colegiado da ONU poderá convocá-lo extraordinariamente, desde que receba o apoio de dois terços das delegações dos Estados-membros do Conselho.

A extinta Comissão de Direitos Humanos, há muito, vinha sendo alvo de forte oposição por parte de vários Estados, que a acusavam de estar bastante politizada e complacente com regimes ditatoriais. Além disso, prosperava entre os críticos da Comissão a tese de que alguns Estados que nela tinham assento, lá estavam apenas para se protegerem das acusações e das denúncias que constantemente eram alvos, por serem constantes as violações de direitos humanos em seus territórios.[67]

As propostas para modernizar o Secretariado voltam-se todas para a necessária racionalização administrativa e financeira do órgão. Os problemas decorrentes da inadequada administração do Programa Petróleo por Alimentos no Iraque trouxeram à tona uma série de questões que apontam a ineficácia gerencial e administrativa de estruturas da Secretaria Geral da ONU. O governo dos Estados Unidos propõe a implantação de um conselho de supervisão dos atos administrativos do Secretariado.

Diante dos problemas administrativos que afloraram ultimamente, o secretário-geral vem promovendo uma série de mudanças no Secretariado, ou seja, criou um escritório de ética, um conselho de desempenho administrativo, reforçou e implantou novos mecanismos contra fraudes e a corrupção e propôs, ainda, a criação de um mecanismo decisório em forma de gabinete. Estão também entre as propostas indicações no sentido do estabelecimento de mecanismos para uma maior integração do Secretariado com as organizações intergovernamentais regionais.

Há uma outra questão importante que a reforma deveria considerar. Trata-se de emendar o artigo 96 da Carta da ONU para incluir, de forma expressa e clara, o Secretariado entre os órgãos das Nações Unidas que podem solicitar opinião consultiva à Corte Internacional de Justiça, considerando a relação complementar existente entre o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral e o Secretariado.[68]

---

[67] O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas recebeu, de imediato, o apoio das principais Ongs que trabalham com os direitos humanos. Além disso, 13 prêmios Nobel assinaram documento de apoio à criação do órgão.

[68] E interessante destacar a amplitude da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos comparativamente à mesma competência atribuída pela Carta da ONU à Corte Internacional de Justiça. Discutindo a extensão de sua própria competência

V. A reforma do Conselho de Segurança

A reforma do Conselho de Segurança é urgente e absolutamente necessária para assegurar-lhe maior legitimidade e renovar a confiança da opinião pública mundial nas Nações Unidas. Trata-se, portanto, da reforma central. Preliminarmente, devemosdestacar queacomposição do Conselho de Segurança, bem como sua instalação nos primeiros dias do pós-guerra, foi determinada por acontecimentos políticos que hoje estão amplamente superados. Como escreve Carrillo Salcedo,

> não se pode ignorar que as Nações Unidas surgiram originariamente como uma coalizão para a guerra (Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942); que a Conferência de São Francisco se iniciou no mesmo dia em que os soviéticos entraram em Berlin; que a ONU sempre esteve dominada pelo clima de guerra, cujo esforço gravitava

em matéria consultiva a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece, em sua terceira Opinião Consultiva, editada em 8 de setembro de 1983, sobre *Restrições àPena de Morte*, que tal competência,"*es única en el derecho internacional contemporáneo*". Em outra importante Opinião, *"Outros Tratados"*, a Corte esclarece também que *"la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta com lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Asi, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competência a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cuarquier cuestión jurídica, pero restringe la possibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especialilzados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros.(Parágrafo 15)*. A competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos estende-se a todos os Estados-membros da OEA, ao contrário do que acontece com sua competência contenciosa, que somente diz respeito aos Estados que declararam, expressamente, que a aceitam, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No sistema europeu de proteção dos direitos humanos a competência consultiva atribuída à Corte Européia pelo artigo 1º do Protocolo II à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tem também a amplitude da competência consultiva que a Convenção Americana confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Européia e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Européia e dos seus Protocolos. Estes pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão Européia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (art.1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados-partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da Convenção Americana, bem como sobre outros tratados e convençõesque versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos.

> fundamentalmente sobre as Grandes Potências; e que, finalmente, a sua criação se deu em um tempo em que a desconfiança entre ocidentais e soviéticos era já manifesta.[69]

Há hoje uma nova realidade política, estratégica e econômica no mundo. A nova ordem internacional, por estar ainda em estado difuso, não nos permite defini-la com clareza, como acontecia com a ordem ialtiana. A política de segurança que, antes, centrava-se no equilíbrio do terror e na não-proliferação nuclear, hoje tem seu eixo principal na luta contra o terrorismo internacional, o crime organizado em termos planetários, o combate às pandemias, além de manter o enfrentamento às possibilidades de proliferação de artefatos nucleares e de seus vetores, e de outras armas de destruição em massa. Como explica Samuel Huntington, no mundo pós-Guerra Fria, a corrida armamentista não se define mais, como ao tempo da competição entre as superpotências, em aumento *versus* aumento de ogivas nucleares e de seus vetores, masde aumento *versus* contenção de todo o tipo de armamento de destruição em massa.[70]

Ainda sobre a atualidade política internacional, busca-se entender a natureza do sistema internacional que emergiu do pós-Guerra Fria. O atual sistema internacional seria unipolar, liderado pelos Estados Unidos, em conseqüência de seu poder militar, de sua condição de única superpotência; por outro lado, sob o prisma econômico, o sistema internacional atual poderia ser definido como multipolar, numa perspectiva que leva em conta a existência de outros pólos de poder econômico, além dos Estados Unidos, como a União Européia, o Japão, e a China.[71] Samuel

---

[69] Carrillo Salcedo. Juan Antônio. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica.* Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991, pág. 77.

[70] Huntington, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial.* Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1997, págs. 237/238.

[71] Segundo o documento *A Situação do Mundo em 2006*, apresentado pelo *Worldwatch Institute*, oespetacular crescimento da economia chinesa traz uma série de implicações para as principais economias do mundo, na medida em que afeta, por exemplo, a taxa de juros norte-americana, o preço das *commodities* no Brasil e as leis trabalhistas na Alemanha. Além disso, informa o documento de 244 páginas, o crescimento da economia indiana, ao lado do notável desempenho chinês (superávit comercial de 102 bilhões de dólares em 2005) vem assustando todo o mundo pela crescente demanda por energia, alimentos e matérias-primas, para suprir as necessidades de 2,5 bilhões de seres humanos nos dois países. Para manter o ritmo de crescimento, Índia e China vêm causando enorme impacto ambiental. Contando com apenas 8% da água potável do mundo, a China precisa de recursos hídricos para atender a demanda de 22% da população mundial. No ano de 2005 a China foi

Huntington, ao propor o modelo alternativo uni-multipolar, assinala a existência, ao lado da única superpotência, de potências regionais, com forte presença na economia mundial e larga influência em seus entornos, embora não tenham condições, em termos de poder nacional, para afirmar seus interesses de forma global. Os países emergentes, ao se agruparem em defesa de interesses comuns, como o G-20, ampliam a natureza e o aspecto multipolar do atual sistema internacional. O G-20, segundo o chanceler Celso Amorim "foi o maior achado político na área das negociações comerciais dos últimos tempos. E tem como vantagem o fato de ser um grupo equilibrado, com grandes exportadores agrícolas, como o Brasil e a Argentina, e importadores como a Índia e o Egito. Por isso os grandes atores da rodada (de Doha)são os EUA, a UE e o G-20".[72]

Outro fator importante nesse processo de reordenação mundial é a emergência de uma sociedade civil internacional, dinamizada por mais de 20 mil organizações não-governamentais, que atuam em quase todos os setores das atividades humanas, desafiando, muitas vezes, o poder e a soberania do Estado. Tudo isso, evidentemente, torna osistema internacional instável e dificulta a consolidação da nova ordem.

Ao tempo em que se constituiu, o Conselho de Segurança era composto por 11 Estados-membros – 5 permanentes e 6 não-permanentes – números que correspondiam a 21,56% dos 51 membros originários da ONU. Como atualmente as Nações Unidas congregam 19l Estados, e são 15 os assentos no Conselho de Segurança – 10 não-permanentes e 5 permanentes –, dessa situação resulta uma representatividade de apenas 7,85% do total de membros das Nações Unidas.

Nestes primeiros tempos do século XXI, os temas que ameaçam a paz e a segurança internacionais, como já foi dito, exigem tratamento global e a participação não só dos Estados, como de todos os outros atores políticos internacionais – empresas transnacionais, coletividades não estatais, grupos de interesse internacionais de toda a natureza, organizações não-governamentais – e da comunidade mundial em suas soluções. Nessa perspectiva, é válido registrar que em várias regiões do mundo o crescimento populacional, as mudanças climáticas e a destruição dos ecossistemas pelas diversas formas de poluição ambiental agravam a escassez de água potável, o

responsável por 26% do consumo de aço produzido em todo o mundo, de 32% do arroz e de 47% do cimento.Ver, a respeito, "O Globo",edição de 12 de janeiro de 2006, pág. 26.

[72] Entrevista do chanceler Celso Amorim ao jornal *"O Globo"*, edição do dia 11 de dezembro de 2005, pág. 43.

que certamente será motivo de sérios conflitos internacionais. Atualmente, mais de um bilhão de seres humanos enfrentam grandes dificuldades para conseguir um mínimo de água potável. Agravando tudo isso, há o fato de que as principais bacias hidrográficas do mundo são partilhadas por vários países, circunstância que aponta para a possibilidade de conflitos que poderão advir das tentativas de apropriação e controle dos rios e fontes de água dessas bacias. Do total dos recursos hídricos da Terra, 97% são águas oceânicas, 2% estão nas calotas polares e apenas 1% representa a água que é destinada ao consumo doméstico, à irrigação e às atividades industriais. Por sua gravidade e natureza global, a questão da escassez de água deve ser gerida pelas Nações Unidas.

A atual composição do Conselho de Segurança não reflete a realidade geopolítica e econômica dos tempos atuais. Além disso, como ficou anteriormente assinalado tal situação não lhe confere representatividade nem legitimidade. Estados como o Japão e a Alemanha, cujo peso econômico e tecnológico é incontestável, potências regionais como o Brasil, a África do Sul e a Índia, com presença destacada na vida internacional, em nome do próprio realismo que norteou a formação inicial do Conselho, não podem ficar à margem das grandes decisões políticas que devem ser tomadas pelo Conselho de Segurança.

> O Brasil – afirma o Chanceler Celso Amorim –, cuja candidatura a membro permanente foi seriamente considerada em 1945 – com o apoio do presidente Roosevelt – tem defendido a necessidade de um Conselho de Segurança renovado, que reflita a emergência de países em desenvolvimento como atores globais. Nossa percepção é de que, tal como hoje composto, o Conselho é incapaz de articular uma visão equilibrada e inclusiva da ordem internacional que reflita de forma satisfatória as percepções do mundo em desenvolvimento.[73]

Nessa mesma linha, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, discursando em Nova Delhi, em 25 de janeiro de 2004, afirma que não é concebível que o Conselho de Segurança, "cujo papel devemos reforçar, não tenha, entre seus membros permanentes, países que representam os três continentes do mundo em desenvolvimento".[74]

---

[73] Celso Amorim. *A ONU aos 60*. *In*: *Política Externa*. São Paulo: Paz e Terra, vol. 14 – Nº 2, Setembro – Outubro – Novembro 2005, pág. 23.

[74] Ver *Resenha de Política Exterior do Brasil* – Nº 94, 1º semestre de 2004. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, pág. 33.

Foi na 34ª Assembléia Geral, celebrada em 1979, que, pela primeira vez, o tema da reforma e da nova ampliação do número de membros do Conselho de Segurança entrou em discussão. Antes, em 1963, em razão do processo de descolonização e da conseqüente entrada nas Nações Unidas de dezenas de novos Estados, ampliou-se o número de cadeiras no órgão em decorrência da aprovação pela Assembléia Geral de emenda ao artigo 23 da Carta. Tal modificação, que entrou em vigor em 31 de agosto de 1965, incorporou mais quatro membros não-permanentes, passando de 11 para 15 os assentos no referido Conselho. Em razão dessa ampliação, emendou-se também o artigo 27 da Carta, para ajustar o sistema de votação, isto é, as decisões do Conselho de Segurança sobre questões processuais, para serem aprovadas, passaram a exigir o voto afirmativo de nove membros – anteriormente sete – e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros - anteriormente eram necessários sete votos afirmativos –, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes.

Em 1993, a Assembléia Geral instituiu um grupo de trabalho para estudar a questão da ampliação do Conselho de Segurança, bem como analisar seus métodos de trabalho. Questões polêmicas, como o direito de veto, foram objeto de discussão no âmbito desse grupo de trabalho, mas, ao final, não se conseguiu chegar a um acordo. Quatro anos depois, o então presidente da Assembléia Geral, o embaixador malásio Razali apresentou uma proposta concreta de reforma do Conselho de Segurança. O "Plano Razali", como ficou conhecido, propugnava pela criação de cinco novas cadeiras permanentes que seriam assim distribuídas: duas a serem preenchidas por países desenvolvidos, e as outras três obedeceriam ao critério regional, isto é, seriam destinadas uma para cada grande região: África, América Latina e Ásia. Além desses cinco postos permanentes o "Plano Razali" sugeria ainda a distribuição de mais três assentos não-permanentes às mesmas regiões e mais um não-permanente a ser ocupado por um Estado da Europa Oriental. Este projeto de ampliação do Conselho não chegou a ser votado. Os Estados Unidos ofereceram forte resistência ao "Plano Razali", uma vez que não concordavam em passar para 24 o número de membros do Conselho de Segurança.

Após a invasão ilegal do Iraque pela coalizão comandada pelos Estados Unidos em março de 2003, e com o recrudescimento do terrorismo internacional e de outras ameaças e desafios, a reforma do Conselho de Segurança entrou definitivamente na ordem do dia. Mesmo os Estados

que antes se negavam a apoiar qualquer mudança no órgão hoje já não se opõem, discutem agora a forma e a amplitude das modificações. Segundo Kofi Anann, "todo membro da ONU concorda que o Conselho tem que ser reformado porque não reflete mais a realidade política de hoje. Sobre o que falta entendimento é como reformar".[75]

Embora afirmando a necessidade de reformar a ONU, o novo embaixador dos Estados Unidos na Organização, John Bolton, conhecido por suas convicções ultraconservadoras,resolveu entrar firme na questão da reforma, tão logo se empossou no cargo. Considerando o peso do seu país na ONU, o embaixador Bolton deixou claro que, no caso, seu governo oferecia duas opções: ignorar tudo que fora alcançado até agora na direção da reforma; ou emendar o texto da proposta de mudanças que o secretário-geral e a presidência da Assembléia-Geral submeteriam à Cúpula das Nações Unidas na reunião comemorativa dos 60 anos da entidade. Para não se perder todo o trabalho já feito e resultante de inúmeras reuniões das Comissões internacionais criadas pela Secretaria Geral para oferecer subsídios à reforma, e do esforço das delegações dos países-membros da ONU que, há anos, dedicam-se ao assunto, optou-se pela aceitação de mais de setecentas emendas apresentadas pelo embaixador Bolton. Tais modificações desfiguraram a proposta a tal ponto que até as referências aos "objetivos do Milênio" sobre as metas para reduzir a pobreza extrema até o ano 2015, embora aprovadas por todos os chefes de Estado do mundo, inclusive pelo presidente Bill Clinton, em 2000, foram eliminadas. Referências sobre desarmamento nuclear e sobre o Protocolo de Kioto também foram riscadas do projeto. O Painel de Alto Nível recomendara que o Conselho de Segurança passasse a usar a faculdade que lhe confere o Estatuto de Roma de encaminhar ao Tribunal Penal Internacional casos de violação dos crimes relacionados no artigo 5º do referido documento. Entretanto, todas as referências ao TPI foram eliminadas da proposta de reforma. [76]

[75] Entrevista ao *Jornal do Brasil,* Caderno "Mundo" edição de 14 de outubro de 2005,pág. 28.
[76] É por demais conhecida a aversão que o embaixador Bolton nutre pelo multilateralismo. Em artigo para *O Estado de São Paulo,* o embaixador Rubens Barbosa escreve o seguinte: "Em relação às Nações Unidas, Bolton, nos últimos anos, desqualificou a legitimidade da ONU como fórum com regras criadas pela comunidade internacional para garantir a paz e a segurança coletiva. Em discurso público em 1994, Bolton declarou que "as Nações Unidas não existem" e que "se o prédio do Secretariado da ONU em Nova York perdesse dez andares não faria a menor diferença". Defendeu a suspensão da contribuição dos EUA à instituição e foi um dos formuladores da posição neoconservadora da supremacia militar dos EUA em relação à Carta das Nações Unidas, que os "neocons" consideram ultrapassada.

Ainda com referência às conclusões do Painel de Alto Nível, o embaixador Baena Soares ressalta que no relatório final apresentado ao secretário-geral aparece, entre as 101 recomendações a que chegaram seus ilustres membros, a necessidade de que sejam atribuídas "responsabilidades adicionais" ao Conselho de Segurança, tais como: a)examinar relatórios semestrais dos diretores-gerais da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA –e da Organização para a Proscrição das Armas Químicas – OPAQ ; b) em casos de suspeita ou de graves irrupções de epidemias, enfim, de segurança sanitária, o Conselho de Segurança se obriga a consultar o diretor-geral da OMS; c) "adotar uma tabela de sanções predeterminadas contra Estados que não cumpram as resoluções contra o terrorismo"; e d) criar uma Comissão de Construção da Paz, em consulta com o ECOSOC.[77]

Todas as sugestões que até agora têm sido apresentadas para reformar o Conselho de Segurança focalizam a questão básica do número de seus componentes, especialmente o quadro de membros permanentes, e, ao lado disso, o sistema de veto.

Atualmente são quinze assentos no Conselho de Segurança: cinco permanentes e dez não permanentes. O Brasil é país que mais vezes (nove eleições) esteve no Conselho de Segurança como membro não-permanente. As propostas de reforma do Conselho são variadas. O Painel de Alto Nível, por exemplo, propõe: a) criação de seis novos membros permanentes, sem direito a veto e mais três novos membros não-permanentes com mandato de dois anos; b) não seriam criados novos postos permanentes; entretanto seria instituída uma nova categoria de membros não-permanentes, em número de oito, que teriam mandato de quatro anos renováveis, e mais um novo assento com mandato de dois anos, não renovável. Em qualquer das opções, o Conselho de Segurança passaria a conter 24 cadeiras. A proposta de Kofi Annan é bem simples: ampliar o Conselho de Segurança para 21 membros, sugerindo duas opções: criação

Referindo-se à menção do secretário-geral Kofi Annan às Nações Unidas como "a única fonte de legitimidade no uso da força", Bolton afirmou: "Se os EUA permitirem que essa afirmativa prevaleça, a liberdade para o uso da força para defender o interesse nacional norte-americano será provavelmente inibida no futuro". Embaixador Rubens Barbosa. As Nações Unidas e os Estados Unidos. Artigo publicado em *O Estado de São Paulo*, edição de 24/05/2005.

[77] SOARES, João Clemente Baena. O Caminho das Nações Unidas. *In: Carta Mensal.* Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, nº 607, volume 51, Outubro de 2005, pág. 43.

de seis novos postos permanentes, sem direito de veto; ou criação de seis novos assentos não-permanentes.

A proposta apresentada por Brasil, Índia e Alemanha inicialmente contava com o apoio do Japão. Este país formava com os outros três o Grupo dos 4. Contudo, no início de janeiro de 2006, o governo japonês, embora reafirmando que sua atitude não acarretaria o fim do G-4, retirou-se do Grupo, por considerar prematura a iniciativa de uma resolução perante a Assembléia Geral sobre a ampliação o Conselho. Os japoneses, contudo, não desistiram de pleitear um posto permanente no Conselho de Segurança; prosseguem trabalhando para contornar a oposição chinesa e conseguir o apoio dos Estados Unidos à reforma. A proposta de emenda apresentada por Brasil, Índia e Alemanha indica que o Conselho de Segurança passaria das 15 cadeiras atuais para 25, compreendendo, assim, mais seis permanentes e quatro não-permanentes. Os novos membros permanentes não teriam poder de veto. As cadeiras permanentes seriam ocupadas pelos membros do agora G-3, pelo Japão e por dois Estados africanos. A questão do direito de veto ficaria para posterior discussão, ou seja, 15 anos após a eleição dos Estados que entrarem para o Conselho de Segurança em decorrência dessa projetada mudança. Os países-membros do então G-4, no primeiro momento, defendiam a criação de novos postos permanentes com direito de veto. Posteriormente, para não inviabilizar a reforma, passaram a aceitar a possível situação de membro permanente, sem poder de veto. A China, porque não admite a entrada do Japão no Conselho, é contra essa proposta.

Um grupo de Estados, denominado "Unidos pelo Consenso", reunindo Paquistão, Argentina, Canadá, Itália e México, é apenas favorável à criação de dez novas cadeiras não-permanentes.

A União Africana (UA), representando 53 Estados da região, encaminhou uma proposta de resolução na qual propõe aumentar para 26 o número de membros do Conselho de Segurança, dos quais seis teriam assentos permanentes com direito a veto.

O governo dos Estados Unidos, ainda indefinido sobre a extensão da ampliação do Conselho, defende a criação de uma ou duas cadeiras permanentes, sem direito de veto, e mais duas ou três não-permanentes. Ao que tudo indica, os norte-americanos gostariam de patrocinar apenas a entrada do Japão como membro permanente. Aceitam um Conselho de Segurança composto, no máximo, por 20 membros. Além disso, exigem

que os novos membros do Conselho de Segurança sejam escolhidos levando em conta o PIB do país, seu compromisso com a democracia e os direitos humanos e sua participação no financiamento das Nações Unidas. Outros critérios são também sugeridos pelos norte-americanos: capacidade militar, histórico de não-proliferação, engajamento na luta contra o terrorismo e contribuição e participação em forças de paz.

A polêmica questão do veto suscita as mais variadas sugestões. Embora reconhecendo o caráter anacrônico do atual sistema de votação no Conselho de Segurança, o "Painel" não propôs modificações nessa matéria. Conforme explica o embaixador Baena Soares, por faltar condições políticas para o sucesso de qualquer proposta suprimindo o veto, o "Painel" propõe que seu emprego deva se limitar às questões realmente vitais. Ainda nessa linha, sugere aos membros permanentes que evitem recorrer de forma excessiva ao veto para não paralisar o Conselho, registrando, ainda, que a partir de 1946 foram apostos 257 vetos, sendo 80 por iniciativa dos Estados Unidos, 122 pela União Soviética/Rússia, e os restantes pelos outros membros permanentes.[78]

São inúmeras as manifestações pela total supressão do veto. Algumas propostas aparecem indicando que o veto só se aplicaria em questões que deveriam ficar claramente tipificadas no capitulo VII da Carta, outras apontam que da reforma da Carta deveria constar um artigo esclarecendo quais seriam as matérias classificadas como processuais. Sobre essa questão o embaixador Samuel Pinheiro Guimarães explica o seguinte:

> Certos países não-membros permanentes acreditam que o direito de veto cria uma classe de Estados privilegiados, afeta o caráter democrático das Nações Unidas e deixa esses países fora do alcance de sanções internacionais. Seria, portanto, necessário eliminar o direito de veto, reformular o Conselho ou, pelo menos, reduzir o direito de veto às questões do Capítulo VII da Carta e tornar o Conselho mais responsável perante a Assembléia Geral.
>
> Outros países, mais realistas, consideram que o próprio direito de veto torna impossível a sua eliminação ou mesmo restrição. Assim, a inclusão necessária da Alemanha e do Japão cria a oportunidade única de incluir uns poucos países periféricos no Conselho e assim, não sendo possível

[78] Ver Soares, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas,* pág. 45.

eliminar, a solução seria estender o direito de veto a esses novos membros, identificados com os interesses da periferia.[79]

Existem outras propostas, classificadas pelo embaixador Pinheiro Guimarães como "idealistas e obstrucionistas", patrocinadas por Estados que não teriam condições de ingressar no Conselho como membros permanentes. Estes defendem que o ideal seria a inclusão apenas do Japão e da Alemanha como membros permanentes plenos, portanto com direito a veto, e, ao lado disso, a criação de assentos regionais rotativos, o aumento do número de membros não-permanentes e, por fim, a criação de uma outra categoria de membros: os permanentes sem direito de veto.

A reforma do Conselho de Segurança é urgente para trazê-lo à realidade do nosso tempo, para que as Nações Unidas possam atuar de forma mais harmoniosa e efetiva em suas duas vertentes de ação: manter a paz e a segurança internacionais, e realizar ações humanitárias, sociais e culturaisem todo o mundo.

O Brasil, por sua condição de potência regional, tem todas as condições para aspirar a um assento de membro permanente, com direito a veto, no Conselho de Segurança. Contudo, é forte dentro do país a corrente de opinião que considera prejudicial a entrada do nosso país como membro permanente no Conselho de Segurança. Para alguns, a intenção brasileira seria apenas uma busca de prestígio internacional, sem conseqüências práticas para o país. Outros argumentam que o Brasil não teria condições econômicas e militares para assumir compromissos vultosos em matéria de segurançainternacional. A destinação de verbas para cumprimento de missões de paz seria inoportuna, diante das dificuldades internas e da pobreza brasileira. Não concordo com essas alegações. Todos sabemos que o país tem grandes desafios internos a enfrentar e a vencer. Precisamos consolidar a nossa democracia e resgatar a enorme dívida social com grande parte da nossa população. Temos sérios problemas no campo, em conseqüência de uma estrutura agrária obsoleta; é urgente a universalização da educação, tanto básica quanto superior; é também urgente a ampliação de nossa capacidade científica e tecnológica; enfim, são enormes os problemas a resolver. Contudo, é

[79] GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos anos de periferia: uma contribuição ao estudo da política internacional.* 2, ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Universidade/UFRGS/ Contraponto, 2000, pág. 111.

preciso considerar que nosso país, a cada dia, amplia sua participação no comércio internacional e na economia mundial e que, em razão disso, a manutenção da paz e da segurança em qualquer parte do mundo nos interessa, sobre todos os aspectos. Por outro lado, não se pode esquecer que o Brasil, sempre que solicitado, atendeu aos apelos das Nações Unidas para participar de operações de paz, como aconteceu em Suez, no Oriente Médio, em Angola, no Timor e agora no Haiti, onde tem o comando da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (Minustah). Como membro originário das Nações Unidas, por sua importância na América do Sul, enfim, pelo que representa hoje no cenário internacional, o Brasil tem responsabilidades das quais não pode abdicar. Deve, portanto, colaborar e participar de forma decisiva de todos os esforços para tornar fortalecer o multilateralismo e os mecanismos institucionais de segurança coletiva.

O ingresso no Conselho de Segurança como membro permanente possibilitaria ao Brasil uma participação mais incisiva no grande jogo político mundial. Como assegura Samuel Pinheiro Guimarães, este é o momento oportuno para o Brasil pleitear seu assento permanente no Conselho, pois seria muito difícil obter os dois terços de votos na Assembléia Geral, exigidos pelo artigo 108 da Carta para aprovar emenda que incluiria apenas o Japão e a Alemanha, deixando de fora Estados emergentes de real peso econômico e político em seus espaços regionais.

Há outra questão relevante, desta feita de natureza jurídica, relativa ao Conselho de Segurança, que deveria ser objeto de discussão na reforma em andamento. Trata-se da necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle da legalidade dos atos praticados pelo Conselho. Celso de Albuquerque Mello destaca a afirmação do antigo secretário de Estado dos Estados Unidos, John Foster Dulles, segundo a qual o Conselho de Segurança não seria um órgão que simplesmente aplica o direito internacional. "Ele é por si mesmo um direito. Ele aplicaria um direito autônomo elaborado por ele mesmo". Portanto, seus atos não guardariam a obrigação de estarem de acordo com a própria Carta da ONU e nem mesmo ao direito internacional. Lembra ainda Celso de Albuquerque Mello que Kelsen considerava que para manter a paz o Conselho de Segurança podia aprovar resolução que não estivesse conforme o Direito Internacional.[80]

[80] *Curso de Direito Internacional Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 15ª edição, 2004, pág. 648.

Os poderes do Conselho de Segurança, para o cumprimento de suas finalidades, são de tal ordem que o Tribunal Penal Internacional, instituição judiciária internacional permanente, autônoma, dotada de personalidade jurídica internacional, nos termos do Estatuto de Roma (artigo 16), obriga-se a impedir o início de investigação, a instauração ou a continuação de processo em seu âmbito, por um prazo de 12 meses, renováveis, mediante a adoção de resolução nesse sentido, formulada e aprovada pelo Conselho de Segurança, de acordo com capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

A questão do controle de legalidade dos atos do Conselho de Segurança vem sendo discutida pela doutrina desde os primeiros tempos de existência da ONU. Não há, entretanto, um órgão jurídico internacional competente para exercer tal controle. O tema é da maior importância e deveria fazer parte da agenda de reforma das Nações Unidas. Em nenhuma das Comissões que coadjuvaram o secretário-geral nos estudos para a reforma esse assunto foi tratado. Como bem assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, "com o passar dos anos, a necessidade desse controle de legalidade tem se tornado manifesta, sobretudo à medida em que as Nações Unidas ocupam um espaço cada vez maior em um cenário internacional marcado por novos e intensos conflitos, inclusive internos. Urge estabelecer um regime jurídico de controle da legalidade dos atos dos órgãos políticos internacionais, no âmbito das reformas da Carta das Nações Unidas".[81]

Em razão disso, entendo que a sugestão mais adequada seria ampliar a competência da Corte Internacional de Justiça e encarregá-la do exercício dessa necessária atividade. Os adversários dessa posição afirmam que sujeitar as decisões do Conselho de Segurança a qualquer tipo de controle externo o enfraqueceria de forma inquestionável. [82]

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar que o problema esteve em pauta na Corte Internacional de Justiça no caso *Lockerbie*, ocasião

[81] *Direito das Organizações Internacionais*, pág. 841.

[82] "Não há órgão específico encarregado de controlar a legalidade dos atos da ONU. O não controle dos atos do CS prende-se à sua importância e o controle pela CIJ o enfraqueceria. Um controle *a priori* seria um entrave à sua rápida atuação. Poderia existir um controle *a posteriori* se a ação fosse ilegal daria margem a uma reparação. Acresce que a Corte tem afastado as denominadas questões políticas que não podem ser solucionadas pelo direito. No caso 'O Incidente Aéreo de *Lockerbie* (1992)' a CIJ afirmou que as obrigações decorrentes de uma resolução do CS são superiores a qualquer outro tratado". Celso D. de Albuquerque Mello, op. cit., págs. 647/648.

em que este Tribunal entendeu que as decisões do Conselho de Segurança, tomadas com fundamento no capítulo VII da Carta, não podem ser reformadas, uma vez que as obrigações decorrentes de resoluções obrigatórias do mesmo Conselho, em razão do que estabelece o artigo 103 da Carta da ONU, são superiores a qualquer tratado firmado pelos Estados. Esta referência ao artigo 103 se deu em razão da invocação pela Líbia, perante a Corte Internacional de Justiça, da Convenção de Montreal de 1971 sobre a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, para sustentar o pedido de medidas conservatórias que lhe garantissem o direito de julgar em seu território os indiciados no caso da explosão do avião da *Pan Am* quando sobrevoava *Lockerbie*, na Escócia, no dia 21 de dezembro de 1988. Em 1991, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos solicitaram a extradição dos responsáveis pelo crime – dois indivíduos de nacionalidade líbia – para serem processados. O governo líbio silenciou-se diante do pedido. Os interessados na extradição recorreram ao Conselho de Segurança e este, mediante resolução com base no capítulo VI da Carta[83], ordenou ao governo Khadafi que se manifestasse sobre o pedido de extradição. Diante disso a Líbia, com base na citada Convenção de Montreal, recorreu à Corte solicitando as medidas conservatórias já mencionadas, uma vez que dispositivos dessa Convenção facultam ao Estado julgar ou extraditar os indiciados. Contudo, em 31 de março de 1992, o Conselho de Segurançaaprovou uma nova resolução[84] sobre o assunto, desta feita com fundamento no capítulo VII da Carta, ordenando à Líbia que concedesse a extradição dos dois acusados.A CIJ, em 14 de abril de 1992, negou o pedido líbio. Esta questão acabou sendo resolvida por acordo entre os Estados Unidos, a Grã-Bretanhaea Líbia.[85]

Sobre o poder discricionário do Conselho de Segurança em relação ao uso da força, o Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças das Nações Unidas propõe o estabelecimento de critérios que, fixados em

[83] Resolução 731 de 21 de janeiro de 1992.

[84] Resolução 748 de 31 de março de 1992. Sobre o tema ver Antonio Augusto Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, págs. 823/853.

[85] Ver Bedjaoui, Mohammed. *Nuevo Orden Mundial y Controle de Legalidad de los Actos del Consejo de Seguridad:* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. Ver também, do mesmo autor, *Les Relations entre la Cour Internationale de Justice et les Autres Organes Principaux des Nations Unies. In*: BoutrosBoutros-Ghali – *Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruxelles: Bruylant, 1999, págs. 175/226.

resoluções do próprio Conselho e da Assembléia Geral, disciplinem e assegurem legitimidade a essa competência que é atribuída ao Conselho pela Carta da ONU. Para tanto, sugere que o recurso à força deverá, preliminarmente, levar em conta o seguinte: a gravidade da ameaça; verificar se, de fato, foram esgotadas todas medidas não-militares; considerar se a ação terá como objetivo prevenir ou impedir uma ameaça à paz e à segurança internacionais; atentar para a proporcionalidade dos meios militares a serem empregados; e, por fim, antes de decidir usar a força, avaliar, com muito cuidado, as conseqüências da provável ação do Conselho.[86] "O Brasil – assegura o Chanceler Celso Amorim – privilegia um sistema de segurança coletiva verdadeiramente multilateral, em que a força militar seja contemplada como último recurso, uma vez esgotados todos os esforços diplomáticos".[87]

Considerando o que foi registrado nas linhas anteriores, e levando em conta, principalmente, a oposição do governo dos Estados Unidos a qualquer projeto que pretenda abolir o direito de veto ou estendê-lo aos possíveis novos membros permanentes, além da oposição da China ao ingresso do Japão como membro permanente, pode-se concluir que não haverá uma reforma do Conselho de Segurança. Não havendo qualquer modificação no sistema de votação, isto é, uma mudança que democratize as suas decisões, e, ainda, não havendo a institucionalização de um mecanismo de controle da legalidade dos atos do Conselho de Segurança, haverá, no máximo, apenas uma expansão do órgão, ficando a sua verdadeira e necessária reforma para o futuro.

VI. A reforma e o financiamento das Nações Unidas

Desde a sua fundação, as Nações Unidas vêm enfrentando sérios problemas orçamentários. A expansão da sociedade internacional a partir do processo de descolonização e o conseqüente ingresso dos novos Estados na ONU propiciaram o surgimento de novas exigências e grandes desafios à Instituição. Em razão disso, ampliaram-se as demandas por operações de paz e por apoio a projetos sociais em todos os continentes, sem um correspondente aumento das contribuições dos Estados-membros que,

[86] Ver Soares, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas,* pág. 41.
[87] *A ONU aos 60. In:* Política Externa, Vol 14, nº2. São Paulo: Setembro/Outubro/Novembro 2005, pág. 19.

além de não saldarem em dia suas obrigações, relutam em aceitar o aumento de suas participações para o financiamento da Organização. O orçamento das Nações Unidas, em números de 2005, atingiu 1 bilhão e 820 milhões de dólares. Os Estados Unidos, na condição de maior contribuinte financeiro da Organização – atualmente, 22% do orçamento, ou seja, 438 milhões de dólares –, todas as vezes que entram em desacordo com alguma decisão da ONU ameaçam suspender os pagamentos, e, em várias ocasiões, concretizaram a ameaça. A contribuição norte-americana para as operações de paz, por exemplo, foi, nos últimos tempos, reduzida de 31,15% para 25%. Em 2005, para pressionar as Nações Unidas no sentido de aprovar imediatas reformas administrativas, principalmente no Secretariado, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos chegou a aprovar um projeto – 221 votos contra 184 – recomendando o corte de 50% da contribuição norte-americana à ONU. A medida, agora em tramitação no Senado, não foi ainda submetida à votação e, se vier a ser aprovada, dependerá, para vigorar, da sanção do presidente Bush. Sobre a insatisfação do Congresso dos Estados Unidos com os rumos da reforma da ONU, José Maurício Bustani e Lauro Eduardo Soutello Alves registram o seguinte:

> O Brasil tem sustentado a idéia de que se se permitir que o principal ímpeto reformista parta de fora da ONU, por decisão unilateral do Legislativo do seu principal contribuinte, isso enfraquecerá a capacidade de renovação interna da instituição e terminará por derrotar o objetivo da reforma. Tem resistido, por outro lado, a um tratamento em separado da temática financeira da Organização, em detrimento da substantiva, conforme proposto, entre outros, pelo próprio Secretário-Geral. O Brasil tem trilhado caminho moderado e eqüidistante entre propostas que, por seu caráter extremo, terminam por apresentar menores perspectivas de êxito. Tem evitado, por outro lado, a tentação de adiar a tomada de posição sobre iniciativas que têm partido, cada vez mais, dos países desenvolvidos. Tem reconhecido que sua posição entre os dez maiores contribuintes do Sistema da ONU poderá terminar por aproximá-lo, com o tempo, de algumas das posições desses países, e, além do mais, pela necessidade de racionalizar a utilização de recursos cada vez mais escassos.[88]

[88] Ver artigo de autoria de José Maurício Bustani e Lauro Eduardo Soutello Alves *A situação Financeira da ONU: crise de pagamentos ou jogo político? In:* http://www.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias2/rev28.htm, consulta em 03 de novembro de 2005.

O Brasil contribui atualmente com 2,39% para o orçamento da ONU, esforço financeiro que o classifica como o décimo maior contribuinte e o primeiro entre os países em desenvolvimento. Após perfilar durante anos entre os devedores, nosso país, recentemente, saldou todo o seu débito com as Nações Unidas. A participação do Brasil (2,39%) é superior ao que pagam, individualmente, China, 1,5%, e Rússia, 1,2%.

O Japão, segundo na ordem dos maiores contribuintes, cobre 19,51% do orçamento da ONU. O valor pago por esse país é superior ao total das contribuições dos quatros membros permanentes do Conselho de Segurança: França, Reino Unido, China e Rússia. A Alemanha é a terceira nessa ordem das contribuições, com 9,76%. Itália, 5,06%. Dois terços dos membros da ONU contribuem com menos de 1%, quando pagam. De acordo com a Carta – artigo 19 – o país que acumular dívidas com a ONU, cujo montante for superior ao dobro da contribuição devida anualmente, perde o direito de voto na Assembléia Geral. Contudo, se o devedor provar que a inadimplência decorre de "condições independentes de sua vontade", a Assembléia poderá autorizar o voto. Este dispositivo nunca foi, de fato, aplicado aos devedores contumazes. Em 1968 o Haiti e a URSS foram apenas advertidos que perderiam o direito de voto, caso não saldassem seus compromissos com a ONU.

A penúria orçamentária da ONU precisa ser resolvida imediatamente. Se as dificuldades financeiras persistirem a Organização terá, cada vez mais, sua legitimidade contestada, na medida em que não poderá dispor dos meios necessários para cumprir suas finalidades. A ausência da ONU na manutenção da paz e da segurança internacionais constitui forte incentivo às ações unilaterais das grandes potências, medidas que, em muitos casos, transformam a Carta da Organização em letra morta.

VI. CONCLUSÕES

A reforma das Nações Unidas é imprescindível para a continuidade desta importantíssima Instituição. Os problemas que afligem a humanidade são por demais graves e as soluções que exigem são inadiáveis. Na medida em que o nosso planeta transformou-se numa "densa rede de dependência mútua",[89] somente uma instituição como as Nações Unidas, com a sua universalidade, uma vez dotada de instrumentos políticos, jurídicos,

[89] BAUMAN, Zigmunt. *Europa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, pág. 46

administrativos e financeiros adequados, poderá centralizar os esforços para a construção de um mundo menos violento e mais justo, com maiores oportunidades de desenvolvimento, de respeito aos direitos humanos e de paz. Lembrando que nenhum Estado fundador retirou-se da ONU, ao contrário do que acontecera com a antiga Liga das Nações,[90] a Organização das Nações Unidas, como disse Ricardo Seitenfus, "afirmou o seu caráter de indispensabilidade, pois as críticas que lhe são endereçadas objetivam sua reforma e não sua extinção".[91] Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

As propostas de reforma do Conselho de Segurança que estão em pauta indicam apenas uma ampliação do órgão, uma adaptação às realidades da atual distribuição do poder mundial. De fato, não se propõe uma verdadeira reforma.

Nesse processo, em relação à Assembléia Geral as sugestões são no sentido de torná-la mais participativa nas soluções dos graves desafios destes tempos iniciais do século XXI. A criação do Conselho de Direitos Humanos, já concretizada, é um dos pontos altos da reforma em andamento. Lamenta-se a ausência, em qualquer dos projetos de reforma, da necessária criação de um mecanismo para o controle da legalidade dos atos do Conselho de Segurança.

[90] O Brasil se retirou da Liga das Nações em 1926.

[91] SEITENFUS, Ricardo. *As Organizações Internacionais Frente ao Direito e ao Poder. In*: O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Wagner Meneses, organizador. Ijui: Editora Unijui, 2004,pág. 144.0.

As emendas à Carta, para serem aprovadas, devem obedecer ao que dispõe o artigo 108. Embora o texto deste artigo não confira aos membros permanentes o direito de vetar emendas, estas só entram em vigor se aprovadas por dois terços da Assembléia Geral e ratificadas por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

"A recente guerra do Iraque e suas conseqüências até o presente momento – afirmou o chanceler Celso Amorim – demonstraram claramente os limites de enfoques unilaterais que recolocaram em evidência a necessidade de que a comunidade internacional seja sempre ouvida no equacionamento de crises que a afetam. Para isso a ONU foi criada. Por isso, ela continua a ser insubstituível".[92]

[92] *EUA e o mundo, uma perspectiva brasileira*. Artigo publicado na *Folha de São Paulo*, edição de 12 de outubro de 2004, pág. A14.

Evolução da Justiça Internacional

Vicente Marotta Rangel*

I. Introdução

Agradeço a gentileza do convite para discorrer sobre o tema que me foi proposto – Evolução da Justiça Internacional –, o que me desvanece e enseja o prazer de reencontrar-me nesta Casa ilustre e nela rever amigos mui caros. O tema a ser versado suscita, de início, alguma perplexidade em torno da expressão "justiça internacional", pois não estaria ele a exorbitar do título genérico destas Jornadas, que se refere especificamente ao Direito Internacional Público?

Pertinente é a indagação. Mas é negativa a resposta a ser-lhe dada. Entre justiça e direito, a relação é bastante estreita, íntima, conexa. É verdade que a palavra direito resulta do termo latino *directum* e sugere uma idéia de retidão, enquanto a palavra *jus*, vinculada a outros vocábulos latinos, como *jubeo*, *jussio*, parece indicar uma idéia de comando. Porém não se deve esquecer – como assinala Louis Le Fur[1] – que o radical *jus* se encontra na palavra *justitia* e que, como dizia Cícero, *non est jus sine justitia*.

Permito-me retomar, a esse propósito, considerações que formulara em livro destinado a homenagear Eduardo Jiménez de Aréchaga, pouco tempo após seu falecimento[2]. "A idéia de justiça" – escrevera então[3] – "nos conduz necessariamente ao próprio conceito de direito, do qual a justiça é a sua verdadeira dimensão axiológica. Sem dúvida, outros valores poderiam

---

* Professor titular de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz do Tribunal Internacional de Direito do Mar (Hamburgo).

[1] "La théorie du droit naturel depuis le XVIII[e] siècle et la doctrine moderne", **Recueil des Cours**, Académie de Droit International, 1927 – III, p. 371.

[2] "Sobre la efectividad de la justicia en las relaciones internacionales", **El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación**, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, p. 173-179.

[3] *Ibidem*, p. 173.

ser identificados no contexto dessa dimensão; por exemplo, os valores da liberdade, da paz, da utilidade, da segurança. Todavia, a justiça é um valor singular e superior; ela vale para que os outros valores valham e ela tem, no contexto do direito, um valor absoluto, como o têm, em suas respectivas esferas, os valores da verdade, do bem, da beleza, porquanto cada um desses valores repousa em si mesmo, não se origina de outro superior". Por isso, ao referir-me em particular à realização da justiça, lembrei o que assinalava Juan Carlos Puig, o de não haver para a justiça nunca limites: "quanto mais justiça se alcance no mundo, tanto melhor"[4], razão pela qual, como dizia o homenageado daquele livro, toda definição do interesse próprio dos Estados "deve levar em conta o mundo mais além das fronteiras de cada Estado" e "alcançar uma ordem mundial nova e mais justa"[5].

Não há duvidar que, dentro dessa perspectiva ampliada e progressiva da justiça internacional, dificilmente caberia, no espaço de uma palestra, cuidar de sua evolução até hoje e na perspectiva do futuro. Em verdade, a temática da justiça internacional cabe também legitimamente ser entendida em alcance restrito, não como objetivo superior a ser gradualmente alcançado em processo evolutivo, mas em sentido propriamente institucional, tal como registrado conceitualmente no clássico **Dictionnaire de la Terminologie du Droit International**, da autoria de Jules Basdevant, editado em Paris, pela Sirey, em 1960. Assim é que o termo justiça internacional igualmente consiste, desse modo, em "expression employée pour désigner ou qualifier une institution ou un ensemble d'institutions préétablies et chargées d'appliquer le droit aux affaires internationales qui leur sont soumises", esclarece o venerável e antigo Presidente da Corte Internacional de Justiça. Trata-se, pois, e é esse de fato o nosso propósito, de cuidar da evolução de instituições jurisdicionais, preexistentes à controvérsia que lhes cabe solver, e cuja composição independe em princípio da livre escolha dos litigantes. Trata-se, em outras palavras, da evolução das chamadas jurisdições internacionais permanentes, em torno das quais a Sociedade Francesa de Direito Internacional realizou colóquio específico em Lyon, em 1986, e cujo desdobramento se reflete em livro editado em Paris no ano subseqüente.

[4] Juan Carlos Puig, **Derecho de la Comunidad Internacional**, vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 3.

[5] "El legado de Grocio y el concepto de un orden internacional justo", **Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional**, Estudios en honor de Antonio Truyol y Serra, vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 622.

A formulação e a efetividade da justiça são o propósito de tribunais permanentes, internos ou internacionais. Possuem eles a chamada jurisdição, a qual, tanto no sentido etimológico quanto no sentido funcional, significa dizer o direito. Têm eles por escopo a realização efetiva da justiça. São órgãos de solução de litígios mediante processos propriamente jurídicos e nesse sentido distinguem-se dos órgãos que também visam a solucioná-los, mas recorrem a processos políticos ou diplomáticos, tais como negociação, inquérito, mediação, conciliação, recurso a entidades ou acordos regionais, processos estes enunciados, por sinal, no artigo 33, § 1º, da Carta das Nações Unidas, ainda que incompletamente, pois nessa disposição se dispensa menção a bons ofícios e a métodos próprios de entidades internacionais, inclusive a própria Organização das Nações Unidas. Talvez nesse elenco de omissões se pudesse incluir as chamadas "trocas de opiniões", mencionadas no artigo 283 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Sobre os processos políticos, coube-me por sinal a honrosa tarefa de a eles reportar-me, alguns anos atrás neste Ministério, em palestra sobre "O direito na formação do diplomata"[6], a convite do ilustre Embaixador e Ministro Ramiro Saraiva Guerreiro.

Os processos jurídicos dos políticos distinguem-se, como se sabe, porque aqueles se encaminham para decisões providas da força de *res iudicata* e são decorrentes da aplicação ao litígio de normas jurídicas identificáveis e específicas. Por terem efeitos assim precisos e eficazes nas relações internacionais e, em particular, nas que se processam entre Estados litigantes, os processos jurídicos somente se iniciam e prosseguem mediante prévia anuência desses Estados cuja soberania ficaria assim devidamente resguardada e deixaria de ser, como temia o insigne Professor Haroldo Valladão, "o grande corrosivo da justiça".[7]

Da relativa predominância qualificadora de processos jurídicos, não caberia inferir tenham eles monopólio na elaboração do direito, segundo por vezes se assinala[8]. O direito não se reduz à sentença judicial, nem todas as leis e decretos passam pelo crivo do poder que a profere.

---

[6] **Revista de Informação Legislativa**, outubro-dezembro de 1981, ano 18, n.72, p. 349-364.

[7] **Direito Internacional Privado**, I, Rio de Janeiro – São Paulo, Freitas Bastos, 1980, p. 16. No mesmo sentido, *vide* ainda recentemente Robert Kolb, "Note sur certaines caractéristiques du différend international", **The Global Community**, Yearbook of International Law and Jurisprudence, 2004, 4, 4 (I), p. 227.

[8] É o que com mais freqüência se assevera nos Estados Unidos, como registram O. W. Holmes Jr., "The parth of the law", **Harvard Review**, 1987, p. 457-461, e J. C. Gray, **The Nature and Sources of the Law**, New York, Macmillan, 1948, p. 283".

No contexto dos processos jurídicos, os tribunais arbitrais, como se sabe, têm jurisdição transitória; ostentam caráter *ad hoc*; proferido o julgamento, cessam de existir; quando muito, subsiste órgão administrativo e lista de árbitros, visando a facilitar a constituição de futuros órgãos de arbitragem. Os tribunais de solução judiciária usufruem de permanência, aptos a julgarem as controvérsias que entram na respectiva esfera de competência, sem ficarem adstritos à decisão de litígio específico. Entre os méritos atribuídos a tribunais de solução judicial, quando cotejados com órgãos de arbitragem, menciona-se maior capacidade de refletir e estimular processos de integração regional assim como áreas de especialização "*ratione materiae*", além de promover a elaboração de jurisprudência consolidada e uniforme. Há que aditar vantagem subsidiária, a de serem menos dispendiosos, em princípio, a litigantes que sejam partes do estatuto constitutivo do tribunal em causa; a de não exigirem negociações prévias, por vezes demoradas, para se reunirem; e a de oferecerem maiores garantias de neutralidade em razão do maior número de julgadores.

Nesse cotejo entre tribunais arbitrais, de um lado, e tribunais de solução judicial, de outro lado, cabe adicionar traço distintivo entre o que ocorre na esfera interna e na esfera internacional. Enquanto naquela a arbitragem é susceptível, em grau mais ou menos variável, de sujeitar-se ao controle do poder judiciário, na esfera internacional a arbitragem permanece em princípio independente do controle de tribunais de solução judicial.

Em face do que acaba de ser dito, a exposição da temática a nós atribuída compele-nos a tecer um painel, conquanto sumário e necessariamente incompleto em razão do tempo disponível, sobre tribunais judiciais internacionais ora existentes, de cujo tratado constitutivo o Brasil é signatário (com exceção apenas de tribunais europeus de direitos humanos e de natureza comunitária, sobre os quais faremos observações sumárias). Em caráter preambular, referir-nos-emos também à arbitragem, mas apenas como antecedente da solução judicial.

II . Arbitragem como Precursora da Solução Judicial

A importância da arbitragem como precursora do processo de solução judicial ficou refletida no âmbito da primeira Conferência da Paz, reunida por iniciativa do czar da Rússia, Nicolau II, à qual compareceram

vinte e seis Estados, entre os quais apenas um latino-americano, oMéxico[9],tendooBrasildeclinadodoconviterecebido.Da Conferência, reunida de 18 de março a 29 de julho de 1899, resultado positivo foi a instituição da Corte Permanente de Arbitragem, o mais antigo mecanismo global para a solução de controvérsias internacionais. Mantida pela Segunda Conferência da Paz, reunida também na Haia, de 15 de maio a 18 de outubro de 1907, com a presença de maior número de Estados, ao todo 44 (inclusive o Brasil), a Corte, ainda atuante, não consiste a rigor, como se sabe, em organismo judicante pleno – como foi a Corte Permanente de Justiça Internacional e o é a Corte Internacional de Justiça –, mas em instituição integrada por secretaria permanente e uma relação de árbitros, quatro indicados por cada Estado-Parte da Convenção, os quais constituem os chamados grupos nacionais[10]. A relevância ainda subsistente da Corte Permanente de Arbitragem deve-se muito à função cometida a esses grupos nacionais, pois lhes compete indicar "os nomes das pessoas em condições de desempenhar as funções de membro da Corte Internacional de Justiça" (Estatuto desta Corte, artigo 5º). Para dirimir determinado conflito, e na ausência de acordo entre as Partes, cada qual nomeia dois árbitros, dos quais somente um pode ser de sua nacionalidade; os quatro árbitros escolhem um superárbitro. A Corte Permanente de Arbitragem é gerida administrativamente por um Conselho integrado por representantes diplomáticos das Potências contratantes acreditadas na Haia e do Ministro das Relações Exteriores da Holanda. Este exerce as funções de Presidente do Conselho.

Foi a Corte Permanente de Arbitragem bastante acionada antes da Primeira Guerra Mundial, mas teve reduzida a sua contribuição desde então. Porém o mecanismo administrativo da instituição tem permanecido bastante ativo até hoje, a serviço de solução de controvérsias em nível não apenas interestatal senão também transnacional[11], como reflexo, aliás, de tendência contemporânea: "c'est

[9] Alejandro Sobarzo, "El centenario de la Corte Permanente de Arbitraje", **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. I, 2001, p. 325.

[10] B. M. Capithorne, "The permanent court of arbitration and the election of members of the International Court of Justice", **The Canadian Yearbook of International Law**, vol. XVI, 1978, p. 315-327.

[11] Vide Arthur Eyffinger, **The Hague Peace Conference**, The Hague, Kluwer Law International, 1999; M. W. Janis, **International Court for the Twenty First Century**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1922, p. 6-17.

le domaine économique, et plus particulièrement le contentieux des investissements, qui est souvent signalé comme champ de prédilection de l'arbitrage international".[12]

Desde a celebração do tratado Jay até 1922, cerca de 350 arbitragens internacionais ocorreram, sendo o período áureo entre 1981 e 1900, no curso do qual houve não menos que 74 arbitragens. De 1900 a 1930, manteve-se elevada a utilização desse processo, pois ocorreram 165 arbitragens. De 1930 a 1990, o número de arbitragens limitou-se a pouco mais de cinqüenta[13]. Esse relativo declínio numérico explica-se em razão do surgimento e da multiplicação de tribunais de solução judiciária. Não significa diminuição da importância do processo arbitral, ao qual se têm submetido relevantes controvérsias contemporâneas, de que são exemplos as referentes ao Canal de Beagle e à Delimitação da plataforma continental franco-britânica. Dessa importância dão também testemunho as disposições do artigo 287 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, pelas quais, no caso de discrepância de procedimento escolhido pelas partes, prevalecerá o sistema de arbitragem contemplado no Anexo VII da Convenção. A opção pela arbitragem de tipo clássico, segundo a prevista nesse Anexo[14], deve-se, entre outras razões, à maior flexibilidade desse processo, assim como à disponibilidade outorgada às partes litigantes na composição do juízo arbitral.

III. Tribunais de Solução Judicial Anteriores à Carta das Nações Unidas

Não há como contestar que o surgimento, a partir do começo do século passado, em número crescente, de tribunais de solução judicial, modificou profundamente o panorama da jurisdição internacional. Cabe

[12] Georges Abi-Saab, "De l'arbitrage dans ses rapports avec la justice internationale", **Études de Droit International en honneur de Pierre Lalive**, Bale/Frankfurt, Helbing and Lichtenhahn, 1993, p. 381.

[13] São dados relatados por Jonathan I. Charney, "Is international law threatened by multiple international tribunals?" **Recueil des Cours**, Académie de Droit International, tome 271, 1998, p. 31.

[14] Como se sabe, a essa arbitragem contrapõe-se outra, contemplada no Anexo VIII da Convenção, de caráter mais técnico, em que o órgão julgador se integra de peritos especializados em pesca, proteção e preservação do meio marinho, investigação científica marinha e navegação (na qual se inclui poluição proveniente de embarcações e por alijamento).

notar, porém, que já no curso da Conferência da Paz de 1907 se tinham envidado esforços para a instituição de dois desses tribunais. Um deles era o Tribunal Internacional de Presas, ao qual retornaremos, ao focalizar o atual Tribunal Internacional do Direito do Mar. Outro concerne à denominada, aliás equivocadamente, Corte de Justiça Arbitral, cujo projeto não logrou aprovação por motivo de discordância sobre critério de escolha dos juízes.

Nesse mesmo ano, mas em nível estritamente regional, deu-se a criação do primeiro tribunal internacional de solução judicial. Em 20 de dezembro de 1907, foi assinada em Washington a Convenção para o Estabelecimento da Corte de Justiça Centro-Americana, subscrita por cinco países que, de 1824 a 1848, já haviam, aliás, se constituído em confederação: El Salvador, Honduras, Nicarágua, Costa Rica e Guatemala. Sediada na Costa Rica, a Corte não subsistiu além do prazo de vigência do tratado, que era de dez anos. Entre os motivos de dissolução da Corte, estava a recusa da Nicarágua em cumprir a sentença de nulidade do tratado que celebrara com os Estados Unidos em 1913–1914, em que este último usufruía da exclusividade da abertura de eventual canal interoceânico em território nicaragüense.

Embora sem ser contemplada como órgão originário, a Corte Permanente de Justiça Internacional fora prevista no Pacto constitutivo da Sociedade das Nações. Foi ela de relevância no período de intervalo entre os dois conflitos mundiais. Segundo o artigo 14, cumpria ao Conselho da Sociedade preparar um projeto desta Corte e submetê-lo aos membros da Sociedade. A Corte conheceria de todas as controvérsias de caráter internacional que as partes lhe submetessem. Também daria "pareceres consultivos sobre toda controvérsia ou questões a ela submetidas pelo Conselho ou a Assembléia". Foi na sessão do Conselho, de 13 de fevereiro de 1920, reunida em Londres, que se designou Comissão Especial para elaborar esse projeto, dela tendo participado Raul Fernandes, então deputado federal pelo Rio de Janeiro. Ele havia integrado a delegação de nosso país à Conferência da Paz de Versalhes.

A aprovação do projeto pela Sociedade tornou-se possível graças à superação do conflito de interesses entre grandes e pequenos Estados quanto à escolha dos juízes, interesses esses prevalecentes respectivamente no Conselho e na Assembléia da Sociedade. Os juízes deveriam ser eleitos concomitantemente por cada qual desses órgãos.

Epitácio Pessoa estava entre os juízes que, de início, integraram o tribunal da Haia. Nela remanesceu de 1923 a 1930.

Sediada na cidade holandesa desde 1922, a CPJI proferiu, ao todo, 88 decisões, sendo 63 com referência ao mérito das questões a ela submetidas. Foi a Corte dissolvida em 19 de abril de 1946, por força de resolução do dia anterior adotada pela XXXª Assembléia Geral da SdN, durante o processo de sucessão da antiga pela nova organização internacional de vocação universal.

IV. Tribunais de Vocação Universal: Corte Internacional de Justiça

Um dos seis órgãos especiais da ONU (Carta, artigo 7), da qual é também o principal órgão judiciário (artigo 92), a Corte Internacional de Justiça funciona de acordo com o Estatuto específico, integrante da própria Carta das Nações Unidas, Estatuto este que se inspira no pré-cedente da Corte Permanente de Justiça Internacional.

"Cada membro das Nações Unidas" – reza a Carta – "se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte. Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá o direito de recorrer ao Conselho de Segurança, que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença" (artigo 94, §§ 1 e 2). Membro originário das Nações Unidas, o Brasil é *ipso facto* parte do Estatuto.

São quinze os juízes da Corte, não podendo figurar entre eles dois nacionais do mesmo Estado. São eleitos pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança de uma lista de pessoas apresentadas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem. Essa lista é elaborada, em etapa ulterior, pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, que a encaminha, para fins de votação, àqueles dois órgãos. A composição do Tribunal deverá refletir os principais sistemas jurídicos do mundo. O mandato dos juízes é de nove anos, podendo ser reeleitos. Quatro têm sido os juízes de nacionalidade brasileira integrantes da Corte. Dois deles tiveram mandato incompleto. Philadelpho Azevedo integrou-a em 1946, assim que ela começou a funcionar, mas sem terminar o mandato, pois veio a falecer em 1951, substituído então por Levi Carneiro, que nela completou o período restante. De 1979 a 1992, José Sette Câmara esteve como juiz na Corte. Eleito em 1997, José Francisco Rezek está em vias de terminar o seu mandato.

Tal como ocorreu com a CPJI, dispõe a Carta atual de duas espécies de jurisdição: contenciosa e consultiva. Quanto à última, são competentes para solicitar pareceres a Assembléia Geral e o Conselho de Segurança assim como "órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembléia Geral" (Carta, artigo 96, §§ 1º e 2º).

Quanto à competência contenciosa, somente Estados podem ser partes em questão perante a Corte (artigo 34, § 1º). "A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor". É o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 36, sendo os demais parágrafos deste artigo concernentes à chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, cujos termos se originam de proposta de Raul Fernandes, destinada a ampliar, com flexibilidade, a jurisdição da Corte. Cerca de sessenta declarações, baseadas nesta cláusula, estão em vigor, entre as quais não se inclui a de nosso país. Declaração o Brasil formulou a 12 de fevereiro de 1948, quando Raul Fernandes era nosso Ministro de Estado das Relações Exteriores. Foi explicitada "sob condição de reciprocidade" e "por um prazo de cinco anos, a partir da data da sua apresentação ao Secretariado das Nações Unidas", data esta que ocorreu a 12 de março de 1948[15]. Extinto o mencionado prazo, a Declaração não foi prorrogada, nem ulteriormente apresentada.

Durante as décadas de 1960 e 1970, a Corte passou por período de relativa inatividade e certa descrença por parte de Estados em desenvolvimento, mas não tardou a recuperar e aumentar suas funções relevantes, como ocorre na atualidade. Foi durante parte desse período de declínio que as negociações em torno de novo tratado sobre direito do mar se iniciaram e acabaram por favorecer a instituição de novo tribunal de solução de controvérsias e de vocação universal.

V. Tribunais de Vocação Universal: Direito do Mar

Para sopesar a evolução de órgãos e processos referentes a esse direito, cabe-nos retornar à Conferência da Paz de 1907, quando se debateu (assim como na precedente) a questão do julgamento das presas marítimas. Estas ocorrem durante período de beligerância, com admissibilidade da

[15] Nations Unies, **Recueil des Traités**, vol. 15, 1948, p. 222.

captura de navios inimigos, assim como de mercadoria transportada tanto neles como em navios de nacionalidade neutra. Como o julgamento da licitude ou não de presas marítimas era processado por tribunais do Estado de nacionalidade do navio apresador, sentiu-se necessidade de constituir tribunal internacional a respeito, com competência para rever sentenças daqueles tribunais. Projeto a respeito converteu-se na Convenção XIII, de 18 de outubro de 1907. Com sede na Haia, a Corte seria composta por quinze membros, oito deles (indicados pelas grandes potências) com mandato de seis anos e os demais, alternativamente, "à tour de rôle", com mandato de um a quatro anos. A necessidade de determinar com maior precisão as normas a serem aplicadas pelo tribunal motivou a convocação da Conferência de Londres de 1908, de que resultou a Declaração de 26 de fevereiro de 1909, cuja ratificação foi rejeitada a seguir pelo Parlamento do país sede da Conferência. O Tribunal de Presas Marítimas inscreve-se, destarte, no rol das tentativas malogradas de solução de controvérsias[16].

Cerca de duas décadas mais tarde, no curso da Conferência da Codificação do Direito Internacional de 1930, ainda sob a égide da Sociedade das Nações, o relator do tema "águas territoriais" propusera que as controvérsias decorrentes da aplicação de futura convenção a respeito deveriam ser submetidas a uma solução compulsória confiada à Corte Permanente de Justiça Internacional ou mesmo a órgão arbitral específico. Apoiada apenas por dois governos (Portugal e Holanda), a proposta circunscreveu-se a registros nos anais[17]. O tema da solução de controvérsias veio à consideração no curso da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1958, e deu origem a projeto de protocolo decorrente de proposta suíça, o qual, porém, consignava jurisdição meramente facultativa[18]. Tornou-se insubsistente com o malogro dos objetivos da própria Conferência.

Da terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que perdurou de 1973 a 1982, resultou a Convenção sobre esse direito,

[16] *Vide* Georges Scelle, **Manuel de Droit International Public**, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 726-729.

[17] Cf. Shabtai Rosenne, "The settlement of disputes in the new law of the sea", **Revue Iranienne des Relations Internationales**, 1978, ns. 11/12, p. 402-404.

[18] Crítica ao protocolo lê-se em André Gros, "La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer", **Les Affaires Etrangères**, Paris, PUF, 1959, p. 402 e ss.

assinada em Montego Bay e posta em vigor internacionalmente a 16 de novembro de 1994. O Estatuto do Tribunal consiste no Anexo VI dessa Convenção. O Tribunal tem sede, em Hamburgo, onde, a 18 de outubro de 1996, foi inaugurado. Sem embargo da contribuição efetiva da Corte Internacional de Justiça ao Direito do Mar[19], padece ela de limitações por ter jurisdição contenciosa adstrita a controvérsias entre Estados. Tribunal específico sobre direito do mar havia sido proposto em projeto apresentado pelos Estados Unidos à Comissão dos Fundos Marinhos, preparatória da Conferência, e acabou sendo progressivamente instituído e coincidentemente com o curto período de declínio da Corte Internacional de Justiça, conforme acima se mencionou.

Na primeira etapa de negociações, previra-se aliás a criação de dois tribunais, um de competência sobre os temas clássicos marítimos; outro de competência sobre questões referentes às atividades na área dos fundos oceânicos. Prevaleceu o propósito de fundi-los. O Tribunal é integrado por 21 juízes eleitos pela Reunião dos Estados-Partes da Convenção, e composto por Câmaras, a mais importante das quais é a referente aos Fundos Marinhos, a cuja jurisdição nenhuma questão ainda foi submetida. Se-lo-á, por certo, à medida que se cogitar efetivamente da exploração da Área. Quanto a questões pertinentes à Parte XI da Convenção, a jurisdição dessa Câmara é compulsória e a ela têm *jus standi* não apenas Estados e a própria Autoridade, senão também a Empresa, empresas estatais, pessoas físicas e jurídicas em geral. A mesma Câmara é provida de jurisdição não apenas contenciosa, mas também consultiva. Estados têm acesso ao Tribunal em controvérsias referentes às demais Partes da Convenção, em relação às quais eles têm opção a fazer, segundo o artigo 287 da Convenção, entre os seguintes meios: a) o próprio Tribunal; b) a Corte Internacional de Justiça; c) um tribunal arbitral, de tipo clássico, constituído de conformidade com o Anexo VII; d) um tribunal especial constituído de conformidade com o Anexo VIII para uma ou mais das categorias ali especificadas: pesca; proteção e preservação do meio marinho; investigação científica marinha; e navegação, incluindo a poluição proveniente de embarcação e por alijamento.

[19] ***Vide*** meu curso na Universidade de Tessalônica, em setembro de 1976, "Le droit de la mer dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice", *in* **Thesaurus Acroasium**, vol. VII, 1977, p. 263-339.

VI. Tribunais de Vocação Universal: Órgão Permanente de Apelação da OMC

Como se sabe, o sistema jurídico da Organização Mundial do Comércio (OMC), herdeira e continuadora do sistema do GATT, iniciou atividades em 1º de janeiro de 1995 e gradualmente se desenvolveu, mercê de resoluções sucessivas de seu órgão principal, a Conferência Ministerial. Foi em Marrakesh, a 15 de abril de 1994, que se assinou o Acordo Constitutivo da OMC, pelo qual o Secretariado do GATT de 1947 se tornou o Secretariado da nova organização e o Diretor-Geral das Partes Contratantes do GATT passou a exercer o cargo de Diretor Geral da OMC até que a Conferência Mundial nomeasse outro, efetivo, segundo as novas regras. Em nível imediatamente inferior à Conferência Ministerial, que se reúne ao menos uma vez a cada dois anos, situa-se o Conselho Geral, composto por representantes de todos os Estados membros, que desempenhará as funções da Conferência, quando esta não estiver reunida.

Incumbe também ao Conselho Geral reunir-se para desempenhar as funções de Órgão de Solução de Controvérsias (artigo IV, § 3º).

Nos termos do Memorando de Acordo, também aprovado em Marrakesh, adotam-se procedimentos de caráter político, *verbi gratia* consultas (artigo 4º), bons ofícios, conciliação, mediação (artigo 5º) e instituem-se os chamados "grupos especiais" (*panels*), cujo estabelecimento, termos de referência, composição e função são disciplinados minuciosamente (artigos 6º a 16º). Em suma, os mecanismos de solução de controvérsias desenvolvidos no decorrer de meio século por meio de interpretação pragmática dos artigos XXII e XXIII do GATT acabaram cedendo a um sistema ordenado e regido por normas mais precisas[20].

Procedimento de arbitragem está previsto, ou melhor, "procedimento rápido de arbitragem", segundo reza o parágrafo 1º do artigo 25, "como meio alternativo de solução de controvérsias para facilitar a resolução de controvérsias que tenham por objeto questões claramente definidas por ambas as partes". Ênfase é dada, porém, ao processo de solução judicial contemplado no artigo 17 e seguintes do Entendimento,

[20] Eric Canal Forgues, "Le système de règlement des différents de l'OMC, **La Réorganisation Mondiale des Échanges**, Societé Française de Droit International, Paris, Pedone, 1996, p. 282. Sobre apreciação favorável ao sistema da OMC, *vide* José Carlos de Magalhães, **Direito Econômico Internacional**, Curitiba, Juruá Editora, 2005, p. 108-109

pelo qual o Órgão de Solução de Consulta constitui um Órgão Permanente de Apelação, que receberá os recursos das decisões dos grupos especiais. São sete os integrantes desse Órgão, nomeados pelo Órgão de Solução de Controvérsias, com mandato de quatro anos, renovável por uma vez. Contudo, os mandatos de três das sete pessoas nomeadas imediatamente após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, escolhidas por sorteio,expiraram ao final de dois anos. A composição do Órgão de Apelação "deve ser largamente representativa" da composição da própria OMC. "Como regra geral" – diz o Entendimento (art. 17, § 5º) "o procedimento de apelação não deverá exceder sessenta dias contados a partir da data em que uma parte na controvérsia notifique formalmente sua decisão de apelar". Segundo o § 14 do mesmo artigo, "os relatórios dos Órgãos de Apelação serão adotados pelo Órgão de Solução de Consulta e aceitos sem restrições pelas partes na controvérsia", a menos que este Órgão, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da distribuição dos mesmos, decida por consenso não aceitá-los[20a].

VII. TRIBUNAIS DE VOCAÇÃO UNIVERSAL: DIREITO PENAL

Destinados a julgamento de delitos graves, de ressonância interestatal, os tribunais internacionais penais podem ser de duas especiais: *ad hoc* ou permanentes. Os primeiros são transitórios, instituídos *ex post facto* para julgar crimes cometidos em contexto histórico e geográfico determinado. Assim o foram os tribunais criados pelos Estados vencedores da Segunda Guerra Mundial, o de Nuremberg e o do Tóquio. Tiveram maior efetividade que aquele previsto anteriormente no tratado de Versalhes para o julgamento do imperador Guilherme II, cuja extradição, porém, fora denegada pelo governo da Holanda.

Subsistem na atualidade os Tribunais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para julgamento dos crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou de genocídio cometidos na antiga Iugoslávia (Resoluções nº 808, de 22 de fevereiro e nº 827, de 25 de maio, ambas de 1993), assim como em Ruanda (Resolução nº 955, de 8 de novembro de 1994). Aquele Tribunal, com sede na Haia, é composto de três Câmaras

[20a] Testemunho da fecunda atividade do Órgão de Apelação são as sentenças no último número do **International Legal Materials** (de julho deste ano, volume 44) sobre "supply of gambling and betting services" e "Sales of cigarettes" (p. 840 e ss.).

(duas de julgamento e uma de apelação), de Promotoria e da Escrivania. Com sede em Arusha, na Tanzânia, o Tribunal de Ruanda compõe-se de três Câmaras, de Escrivania e de Promotoria (esta sediada em Kigali, Ruanda).

Diferentemente dos quatro tribunais acima referidos, foram outros cogitados, de caráter permanente e competentes para julgamento de delitos previamente definidos. Propostas com esse objetivo remontam ao período de elaboração da Convenção sobre Genocídio, de 1948. Tratava-se então de constituir tribunal para julgamento não apenas de genocídio, senão também de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão. Em 1992, a Assembléia Geral das Nações Unidas recomendou à Comissão de Direito Internacional elaboração de projeto de Estatuto de Tribunal com esse alcance.

O Tribunal Penal Internacional foi criado por Conferência de Pleniponitenciários reunida em Roma nos meses de junho e julho de 1998. O Estatuto, adotado a 17 de julho de 1998 por 120 votos a favor (sete contrários e 21 abstenções), define o Tribunal como "uma instituição permanente" (art. 1º), com "personalidade jurídica internacional", provido de capacidade jurídica que seja necessária "para odesempenhode suas funções e a realização de seus propósitos" (art. 4º, 1º). Ele é complementar das jurisdições penais nacionais, não se destinando a substituí-las. A sua competência será exercida apenas quando as jurisdições nacionais não tiverem o propósito ou os meios de exercerem a própria competência e nos casos que lhe tenham sido deferidos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Outras hipóteses de competência estão contempladas no Estatuto, o qual, em obediência ao princípio da legalidade, define os delitos que compete ao Tribunal julgar.

Tem este por sede a cidade da Haia e constituiu-se a partir da entrada em vigor do Estatuto, o que ocorreu, segundo o artigo 126, "no primeiro dia do mês seguinte ao término de um período de sessenta dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da ONU". Motivou a criação do Tribunal, nos termos do Preâmbulo do Estatuto de Roma, a necessidade de pôr fim à impunidade de autores de crimes "que afetam a humanidade no seu conjunto". Eleitos os primeiros dezoito juízes do Tribunal em princípios de 2003 pela Assembléia dos Estados-Partes do tratado, as atividades iniciais concentraram-se na elaboração do regulamento, o que exigiu superação de dificuldades oriundas, em grande

parte, da diversidade de sistemas e experiências discrepantes na área penal e judicial. Já no primeiro ano de funcionamento, o Tribunal recebeu a incumbência de julgar dois casos, que lhe foram remetidos tanto pela República Democrática do Congo como por Uganda.[21]

VIII. Tribunais Regionais de Solução de Controvérsias

A) Comunidade Européia

Com base em disposições da Carta das Nações Unidas (artigos 33 e 52), os Estados-partes de acordos ou entidades regionais devem deles se valer para chegar a uma solução pacífica das controvérsias locais. Comecemos por ter em conta os tribunais da comunidade européia.

O processo de integração regional européia, cujas origens remontam a período anterior à segunda guerra mundial, tem sido gradualmente desenvolvido e consolidado, embora ainda hoje preveja desdobramentos. Bases convencionais iniciais foram os tratados de Paris de 1951 e de 1952 e o de Roma de 1957, com fundamento nos quais se constituíram a Comunidade Européia de Carvão e do Aço, a Comunidade Européia de Defesa, a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade Européia de Energia Atômica.

Além de convenções subseqüentes relativas ao ingresso de novos membros na Comunidade, cabe assinalar algumas que modificaram a estrutura e a competência anteriormente estabelecidas: o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo e na Haia, a 17 e 28 de fevereiro de 1986; o tratado da União Européia, assinado em Maastrich, a 7 de fevereiro de 1992; o tratado de Amsterdam, de outubro de 1997, que entrou em vigor a 1º de maio de 1992; e o tratado de Nice, de 26 de fevereiro de 2001. O tratado de Maastrich propiciou base jurídica unitária para o conjunto do processo da integração, plasmado na noção de União Européia, que ora compreende não apenas as Comunidades Européias (Econômica, do Carvão e do Aço, de Energia Atômica), mas também se estende à cooperação intergovernamental que entre elas se desenvolve. Como se sabe, por força deste tratado, a denominada Comissão Econômica Européia

[21] *Vide* Sylvia Steiner, "La Corte Penal Internacional: un año de experiencia", **Persona y Derecho**, Universidad de Navarra, 2004, p. 26.

passou a ser chamada apenas de Comunidade Européia para significar maior abrangência de sua área de atuação. Subseqüentemente, por força do tratado de Nice, extinguiu-se a Comunidade Européia do Carvão e do Aço cujo patrimônio acabou por ser incorporado à Comunidade Européia[22].

O tratado de Roma de 1957 havia instituído, como se sabe, em sua Parte Quinta, as instituições da Comunidade entre as quais a Assembléia (hoje Parlamento Europeu), o Conselho, a Comissão e a Corte de Justiça. Consoante o artigo 220 ainda em vigor, "[a] Corte de Justiça assegura o respeito do direito na interpretação e aplicação" do tratado. Começou por ser integrada por sete juízes, número este aumentado sucessivamente, em função da crescente ampliação de membros da Comunidade, para nove em 1973, onze em 1980, treze em 1985 e quinze em 1995. Dependendo da complexidade da questão *sub judice* e da existência ou não de jurisprudência uniforme a respeito, a Corte pode exercer sua função jurisdicional em plenário ou em câmaras integradas por três, cinco ou sete juízes. O mandato dos juízes é de seis anos, havendo de três em três anos, renovação parcial da composição da Corte. Tem esta por incumbência controlar a legalidade dos atos de demais órgãos da Comunidade. Sede da Corte, assim como do Tribunal de Primeira Instância, como se sabe, é fixada em Luxemburgo. Foi este Tribunal, composto por quinze membros, instituído a 24 de outubro de 1998 pelo Conselho das Comunidades Européias, que reconheceu estar a Corte sobrecarregada de tarefas judiciais, promovidas tanto pelo aumento progressivo de Estados-membros como pela atribuição crescente de encargos conferidos aos órgãos comunitários.

B) Mercosul

O Protocolo de Olivos, assinado a 18 de fevereiro de 2002 pelos membros do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), promulgado entre nós pelo Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004, veio a sanar lacuna sensível em relação ao sistema de solução de controvérsias nesse contexto regional. Não cogitava até então esse sistema, baseado no tratado de Assunção e nos protocolos de Brasília e de Ouro Preto, "da implantação de mecanismo efetivo de legalidade e de interpretação uniforme desses

[22] Manuel Diez de Velasco, **Las Organizaciones Internacionales**, Madrid, Tecnos, 12. ed., 2002, p. 549-553.

tratados", como tivemos ocasião de oportunamente indicar[23]. O Protocolo de Olivos não preenche integralmente a lacuna apontada, mas se encaminha para supri-la. Ele consigna procedimentos a que devam se submeter "as controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, aplicação dos acordos e protocolos do Mercosul", assim como das decisões do Conselho, das resoluções do Grupo MercadoComumedasdiretrizesda Comissão de Comércio desse organismo regional (artigo 1º; § 1º). O tratado contempla procedimentos políticos de solução de controvérsias, entre as quais procedimento opcional ante o Grupo Mercado Comum (artigos 6 a 8). Acolhe procedimento arbitral *ad hoc*, pelo qual o tribunal se compõe de três árbitros, escolhidos de uma lista em que cada Parte designa doze juristas.

Releva notar a instituição do Tribunal Permanente de Revisão, integrado por cinco juízes, cada Parte designando um juiz e seu suplente por um período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos (artigo 18). Da lista assim elaborada, será acolhido por unanimidade dos Estados-partes, o quinto juiz, designado para um período de três anos, não renovável. Outros critérios para a designação deste árbitro poderão ser definidos pelos Estados-partes (artigo 18, § 4).

Tem o Tribunal Permanente de Revisão competência para julgar, em segunda instância, recurso de revisão de laudo de Tribunal Arbitral *ad hoc* (artigo 17). Dispõe também de competência consultiva. Segundo o artigo 3, "[o] Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de pareceres consultivos ao Tribunal Permanente de Revisão, definindo seu alcance e procedimentos". Esta competência contribuirá, por certo, para uma interpretação mais uniforme do sistema do Mercosul.

Foi o Tribunal instalado na Vila Rosalba, em Assunção, a 13 de agosto 2004, data em que os seus membros foram empossados. Desde a vigência do Protocolo de Olivos, duas decisões arbitrais de primeira instância ocorreram, tendo as partes desistido, na primeira, depois de iniciado o processo. A segunda, terminada há poucos dias e ainda no prazo de apelação, poderá ensejar o primeiro caso de revisão a chegar ao Tribunal.

---

[23] "Solução de controvérsias após Ouro Preto", *in* **Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul** (Paulo Borba Casella, coordenador), São Paulo, LTR, 1996, p. 693-701.

IX. Tribunais de Vocação Regional: Direitos Humanos

A) Sistema Europeu

Inspirados nos propósitos que os motivaram a resistir e vencer os componentes do Eixo, e inspirados pelo Congresso da Haia, reunido em 1948, a que compareceram, dez Estados da Europa Ocidental assinaram em Londres, a 5 de maio de 1949, o Estatuto do Conselho da Europa, que entrou em vigor a 3 de agosto do mesmo ano. Como naquele Congresso fora aprovado um projeto de Corte européia dos direitos do homem e são esses direitos consignados no artigo 3º do Estatuto, incumbiu-se o Conselho da Europa de promover a elaboração de tratado a respeito. A Convenção Européia de Direitos Humanos foi assinada em Roma a 4 de novembro de 1950 e passou a vigorar em setembro de 1953. Juntamente com onze protocolos, ela tutela amplo espectro de direitos civis e políticos. Está hoje ratificada por cerca de meia centena de Estados membros do Conselho da Europa.

Foi o Conselho da Europa, de certo modo, "le berceau" das Comunidades Européias. O artigo 230 do tratado de Roma já havia prescrito subsistir entre aquele e estas "todas as cooperações úteis", de que resultou estabelecer-se entre esses organismos uma relação "de círculos concêntricos"[24].

Vigente desde 1º de novembro de 1998, o último desses protocolos, o de número XI, determinou que a Corte Européia de Direitos Humanos se compusesse de número de juízes igual ao dos Estados-partes, a serem eleitos para um mandato de seis anos.

Além de continuar com atribuições anteriores, a Corte passou a assumir funções próprias da Comissão, a qual até então detinha o poder de ordenar medidas preliminares de proteção a vítimas de violação aos direitos humanos. Por outro lado, a Corte Social Européia, vigente desde 1999, ao substituir a anterior (em vigor desde 1965),ampliou significativamente a esfera de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Teve o protocolo nº XI outras conseqüências, entre as quais "a capacidade – sem precedentes – de iniciar processos diretamente perante

[24] P. Leuprecht, "La coopération européene dans le domaine des droits de l'homme", *in* **L'Europe dans le Relations Internationales**, Paris, Pedonne, 1982, p. 162-195, em particular, p. 166.

a Corte", inaugurando-se, como atesta Antonio Augusto Cançado Trindade, no âmbito do sistema europeu de proteção, uma nova fase, mais avançada: "passou-se do *locus standi* a um verdadeiro *jus standi*, com os indivíduos afigurando-se como verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos dotados significativamente de inconteste e plena capacidade jurídica processual internacional".[25]

B) Sistema Interamericano

Teve esse sistema origem na Nona Conferência Interamericana, celebrada em Caracas, de 30 de março a 2 de maio de 1948, onde se aprovou a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), assim como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Esta Declaração precede de cerca de sete meses e meio a aprovação, pela Assembléia Geral da ONU, da Declaração Universal dos Direitos do Homem[26]. Por seu turno, a Carta da OEA proclamara, de modo genérico, o dever de respeito aos direitos humanos por parte de todo o Estado-membro da entidade. Onze anos mais tarde, em 1959, a Quinta Reunião de Consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile, aprovou moção em favor da criação de órgão relativo à proteção de direitos humanos, que veio a ser a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão este que, após vicissitudes, se incorporou à estrutura da OEA como órgão principal, nos termos do Protocolo de Buenos Aires de 1967, que emendou a Carta da OEA e entrou em vigor em 1970. Aprovada na Conferência de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (que somente entrou em vigor nove anos mais tarde) contemplou dois órgãos competentes para conhecer de assuntos relacionados para o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes na Convenção: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 33).

É a Corte integrada por sete juízes, eleitos pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, para um período de seis anos, podendo ser reeleitos (art. 53, § 1º; art. 54, § 1º). Somente os Estados-

[25] **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. III, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 141.

[26] Está a Declaração transcrita em meu livro de textos, **Direito e Relações Internacionais**, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 431-435.

partes e a Comissão têm o direito de submeter um caso à decisão da Corte, mas, para que "a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50 (artigo 61, § 2)", processos estes que demandam igualmente a intervenção da Comissão.

Cinjo-me, nesse ponto, a essas considerações tanto pela amplitude do tema a mim confiado como, sobretudo, em razão da palestra que ainda hoje será versada pelo ilustre Professor Cançado Trindade sobre "Desafios para a efetiva proteção dos direitos humanos".

X. Considerações Finais

Do que se expôs acima se infere de imediato a expressiva multiplicidade de órgãos destinados a dirimir controvérsias, ocorrida após a segunda guerra mundial, mesmo que nos tenhamos cingido a elencar apenas tribunais de solução judicial. Cabe a esse propósito indicar que, para não desbordar do tempo disponível, deixamos de consignar atenção a tribunais administrativos internacionais, que se incumbem, como se sabe, do contencioso que opõe funcionários internacionais e instituições que os empregam. De qualquer maneira, uns e outros órgãos de solução judicial, inclusive os de arbitragem, acabam concorrendo, em grau maior ou menor, para a consecução de justiça cuja evolução foi nosso propósito delinear. Quanto aos tribunais administrativos, eles comprovam a tendência progressiva do acesso da pessoa humana a foros internacionais.

A multiplicação desses foros deve-se, em grande parte, à superação doutrinária do rígido conceito de soberania que, ainda à época da elaboração da Carta das Nações Unidas, predominava. Dispunha a Carta, porém, de expressões e valores que denotavam esperança na reformulação daquele modelo, responsável em grande parte, pela deflagração e vicissitudes de dois conflitos armados de alcance universal. Assim é que, como se sabe, o preâmbulo não se refere a Estados, senão a povos, bem como a direitos fundamentais do homem, à dignidade e do valor do ser humano, à igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas. Menção faz ainda o preâmbulo a "condições sobre as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidas" e ao propósito de praticar "a tolerância e a convivência em paz, uns com outros, como bons vizinhos". Disposições do mesmo relevante instrumento são ainda as dos capítulos

VI e VIII e XIV, relativas à solução pacífica de controvérsias e a acordos regionais, bem como as integrantes do Estatuto da própria Corte Internacional de Justiça. Foram essas normas e valores que gradualmente estimularam e legitimaram os esforços da geração contemporânea da elaboração da Carta, assim como das subseqüentes, a buscarem fórmulas institucionais e procedimentos aptos a compelirem Estados a evitarem recursos a agressão armada e a conflitos beligerantes, e a se submeterem a instrumentos de solução pacífica desses conflitos.

Várias foram as tentativas, visando à concretização desses procedimentos. Entre aquelas que, mesmo em âmbito modesto, prosperaram – e merecem o devido realce – está a de incluir, no próprio bojo do tratado cujas cláusulas se pretende respeitar (e não em instrumentos anexos autônomos que exigiriam subseqüentes manifestações de vontade dos contratantes), regras destinadas à observância dos processos de solução pacífica de controvérsias. Exemplos de acordos em que esse louvável propósito se efetivou são a Convenção de Viena sobre Direito de Tratados e a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Tem a última, aliás, o mérito adicional de compelir os Estados-partes a optarem necessariamente por uma das vias conducentes à solução de controvérsias, tal como se estipula no artigo 287: ou o Tribunal de Hamburgo, ou a Corte Internacional de Justiça, ou um tribunal arbitral de tipo clássico (nos termos do Anexo VII), ou, enfim, um tribunal arbitral especial (nos termos do Anexo VIII da Convenção). No caso em que as partes, numa controvérsia sobre direito do mar, não tiverem aceitado o mesmo procedimento para solucioná-la, a controvérsia deverá ser submetida necessariamente a uma das modalidades da arbitragem, a mencionada no Anexo VII "salvo acordo em contrário das partes", no dizer do § 5 do mesmo artigo da Convenção. Eis aí mecanismo – entre outros a serem eventualmente aditados – conducente, de modo louvável, à solução pacífica de litígios.

Sem embargo da adoção desses mecanismos que, a título de exemplo, contribuem como contribuirão para evitar o envenenamento progressivo das relações internacionais, há quem a elas veementemente se opõe. Qualificam o sistema de Convenção de Montego Bay, pejorativamente, de "*forum shopping*". Quanto à diversificação de tribunais contemporâneos, preferem designá-la não de multiplicação – senão depreciativamente – de "proliferação". Em oposição à riqueza e à vitalidade dos mecanismos vigentes, pretendem conferir à Corte Internacional de Justiça uma posição de superioridade hierárquica, de controle dos demais

tribunais, atribuindo à expressão "órgão principal das Nações Unidas" uma conotação que a Carta de São Francisco não possui efetivamente.

Expressão dessa corrente negativista dos méritos acima apontados, embora o faça (como não poderia deixar de ser), em termos elevados, é a de antigo Presidente da Corte da Haia[27], que se refere também com orgulho à continuidade de juízes de seu país na composição do mesmo Tribunal[28], o que, aliás, não seria de estranhar, pois o sistema de eleição de juízes da Corte favorece inegavelmente os candidatos oriundos de membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em mecanismo contrário, mas certamente sofisticado, ao que pleiteara Ruy Barbosa no contexto da Segunda Conferência da Paz da Haia de 1907.

Forçoso é concluir e, para tanto, permito-me retornar ao título sugestivo e desafiador desta palestra, a saber, Evolução da Justiça Internacional.

Ficou demonstrado que, tomada em sentido institucional, a justiça tem-se ampliado, crescido, evoluído, produzido frutos e necessita de ser gradualmente aprimorada. Permito-me retomar, porém, o sentido valorativo mencionado na introdução desta palestra, sentido este que o termo justiça também comporta, como objetivo a iluminar os passos detribunais e a inspirar o comportamento e aspiração de juristas e juízes. Teria ela, nesse sentido, evoluído? Neste caso, permito-me responder negativamente. A justiça não retrocede nem progride. Ela é um valor transcendental, que remanesce incólume, fascinante, sedutora, imutável. O que teria evoluído, como acima se disse, são as instituições que, no curso dos séculos, almejam constantemente alcançá-la e pô-la a serviço do ser humano, de povos, de governos.

[27] Gilbert Guillamume, **La Cour Internationale de Justice à l'Aube du XXI^{ème} Siècle**, Paris, Pedone, 2003, p. 25 a 27.

[28] Saudação ao Presidente da República Francesa, International Court of Justice, **Communiqué de presse** nº 2000/7, de 29 de fevereiro de 2000. Discurso perante a Assembléia Geral das Nações Unidas, a 26 de outubro do mesmo ano, Cour Internationale de Justice, **Communiqué de Presse** 2000/36, de mesma data.

Controvérsias Comerciais Internacionais: Os Princípios do DCI e os Laudos do Mercosul

Nadia de Araujo[1]

Introdução

O convite para participar destas **Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty** permite uma reflexão acerca do Direito Internacional Público brasileiro em um ano no qual perdemos dois ilustres representantes: os professores Celso D. Albuquerque Mello[2] e Guido Soares[3]. Ambos tinham, cada um a seu modo, uma característica comum: sua paixão pela docência. Deixaram lembranças vívidas em várias gerações de alunos e trataram deste tema específico inúmeras vezes.

É cada vez mais tênue a separação entre as duas disciplinas do direito internacional (Direito Internacional Público e Direito Internacional

[1] Doutora em Direito Internacional, USP; Professora de Direito Internacional Privado, PUC–Rio, e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Árbitra-Suplente pelo Brasil, do Tribunal Permanente de Recursos do Mercosul, no biênio 2004/2006, e Árbitra pelo Brasil no 9º laudo arbitral, ainda pelo Protocolo de Brasília, realizado em 2005.
A autora agradece a Frederico do Valle Magalhães Marques, Doutor, UFRGS, as inúmeras discussões sobre o tema e o material de pesquisa cedido. Seus comentários e revisão do texto contribuíram para este trabalho, mas as opiniões aqui expostas são da inteira responsabilidade da autora.

[2] Da obra de Celso Albuquerque Mello, destacamos: MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Direito Internacional da Integração**, Rio de Janeiro, Renovar, 1996**; Direito Internacional Americano**, Rio de Janeiro, Renovar; 1995; **Curso de Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro, Renovar, 1993; **O Direito Constitucional Internacional**, 2. ed., Rio de Janeiro, 2000, Renovar.

[3] Na obra de Guido Soares, destacamos: SOARES, Guido F. S.; "O tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo TRIPs", *in* **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil**, CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo – Coordenadores, São Paulo, LTr, 1998; SOARES, Guido, **Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais**; Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, e **Curso de Direito Internacional Público**, Atlas, São Paulo, 2002.

Privado), e as próprias diretrizes curriculares sobre o ensino jurídico, ao estabelecerem os temas principais do curso de Direito, a elas se referiram como "Direito Internacional". O tema das *Soluções de Controvérsias Comerciais Internacionais* será tratado como um tópico de Direito Internacional.

A importância do Comércio Internacional é crucial para o desenvolvimento dos países e para a manutenção da paz. Celso Lafer aponta essa interação, ao esclarecer que "a relação positiva entre comércio e paz está na origem do projeto da *International Trade Organization* e da Carta de Havana", com o seu desdobramento para o GATT e OMC.[4] Uma das técnicas para viabilizar a paz, no plano internacional, é mediante a solução pacífica de controvérsias, pelas normas jurídicas, princípio incluído na Carta da ONU.

O aumento significativo das trocas comerciais ocasiona inúmeros litígios. Para buscar soluções para os conflitos, é preciso identificar sua espécie. As controvérsias comerciais internacionais podem ser de três tipos: entre Estados, entre Estados e partes privadas, e somente entre partes privadas.

No sistema internacional iniciado pelas reuniões de Bretton-Woods, cujos efeitos são sentidos até hoje, inaugurou-se um procedimento de discussão multilateral das regras do comércio internacional, que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio, OMC. A organização conta com um sistema próprio de solução de controvérsias. Em âmbito regional, outros sistemas também foram criados, sendo de ressaltar, no caso do Brasil, o papel do Mercosul.No bloco sul-americano, o sistema de solução de controvérsias por arbitragens *ad hoc* foi recentemente aperfeiçoado com a inauguração de uma nova instância, o Tribunal Permanente de Recursos, criado pelo Protocolo de Olivos, já em vigor.[5]

---

[4] LAFER, Celso, "Solução de Controvérsias, normas relativas a balanço de pagamentos e meio ambiente", *in* **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil**; CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo – Coordenadores, São Paulo, LTr, 1998, p. 730.

[5] O Protocolo de Olivos substitui o Protocolo de Brasília e foi assinado pelos Estados-partes do Mercosul em 2002. Entrou em vigor no Brasil, pelo Decreto 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. O Tribunal foi instalado, solenemente, em Assunção, no dia 13 de agosto de 2004. De mencionar, como contraponto, o caso da União Européia, em que há uma instância judicial própria, que cuida tanto dos casos entre Estados como entre estes e os particulares, e ainda da interpretação do direito comunitário. Cf. ACCIOLY, Elisabeth, **Sistema de Solução de Controvérsias em blocos econômicos**, Coimbra, Almedina, 2004.

Enfocamos a utilização de *princípios* na resolução dos conflitos comerciais em que o Estado está envolvido. Estes princípios do Direito do Comércio Internacional –DCI, de caráter comum, são os alicerces das organizações internacionais multilaterais e regionais que tratam do tema, utilizados pela OMC e pelo Mercosul.

Destacam-se os do *livre comércio* e da *livre concorrência*, de caráter material, e da *boa-fé*, da *pacta sunt servanda* e do *devido processo legal*, de natureza processual. A aplicação de princípios para a solução das controvérsias comerciais internacionais é freqüente nos fóruns acima citados. Neste trabalho, cuidaremos dos laudos arbitrais do Mercosul.

Parte I

1. O que são princípios

Adotamos uma análise *pós-positivista*[6] do direito para descrever a aplicação no caso concreto do sistema de ponderação de princípios. Para os *pós-positivistas*, o direito não pode ser entendido apenas como um produto acabado, fruto de uma ação legislativa, mas como um *processo* no qual a análise de como se chega à decisão judicial assume importância capital no entendimento e no funcionamento do sistema. Só com uma visão racional do conjunto de idéias que compõe o processo, é possível oferecer respostas aos operadores jurídicos.[7] De caráter fragmentário, a nova teoria utiliza inúmeras metodologias para chegar à decisão do caso concreto, inclusive aquelas provenientes de outras ciências, não se limitando aos aspectos jurídicos tradicionais. Sua orientação é voltada para a solução do problema prático e está produzindo uma revitalização da razão prática no âmbito jurídico.

O amadurecimento da cultura jurídica necessita de uma doutrina preocupada com as questões pragmáticas diuturnas e com as bases teóricas

[6] O pós-positivismo foi conceituado por Antonio Cavalcanti Maia como uma nova constelação do pensamento jurídico, na qual os princípios gerais de direito desempenham um papel crucial para a realização dos ideais de justiça política e social, sendo, também, mais comprometido com o efetivo funcionamento do Estado Democrático de Direito, especialmente no que toca às atividades concretas de interpretação e aplicação do direito. MAIA, Antonio Cavalcanti, "Os Princípios Gerais de Direito e a perspectiva de Perelman", *in* **A expansão do Direito**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.144.

[7] CALSAMIGLIA, Alberto, "Ciencia Jurídica", *in* **El Derecho y la Justicia**, ed. Ernesto Garzon Valdés e Francisco Laoporta, Editorial Trotta, 2002, p. 23.

informadoras do desenvolvimento da teoria jurídica.[8] Essa nova maneira de visualizar o direito, que aparece no direito constitucional de diversos Estados, também tem sido seguida nas arenas internacionais e revela-se de maneira bastante clara nas decisões dos órgãos internacionais de solução de controvérsias[9], como veremos nos exemplos da OMC e do Mercosul.

A hermenêutica jurídica não pode prescindir da *argumentação*[10], encontrando-se superada sua concepção tradicional limitada a técnicas de interpretação das leis, como, por exemplo, a interpretação literal ou lógico-sistemática. Ressaltamos a contribuição de Chaim Perelman para a metodologia do direito, nesta volta aos estudos da retórica como uma teoria da argumentação.[11] Sua busca é de outra dimensão da racionalidade, mais compatível com a vida prática. A melhor conduta para se chegar a uma decisão será a *mais razoável*, de forma convincente para o auditório ao qual se dirige. Escapa-se ao rigor de uma lógica formal, mas a validade da interpretação se sustenta porque eticamente correta.A técnica hermenêutica atual não pode mais subsistir apenas com a operação de subsunção. Na maneira de decidir os casos mais complexos, chamados de *casos difíceis,* há que se encontrar critérios para lidar com esse novo material normativo, os princípios, evitando-se uma excessiva ênfase na vontade do juiz. Antonio Maia, comentando a crescente diferenciação do mundo social contemporâneo, aponta para a necessidade da maior sofisticação do aparato metodológico dos operadores do direito.[12]

A necessidade de uma interpretação constitucional diferenciada da tradicional efetua a concretização da norma constitucional. Os *princípios* ocupam lugar de destaque no movimento pós-positivista. São considerados como normas basilares do sistema como um todo. A utilização de uma metodologia jurídica adequada à concretização da Constituição é parte do

[8] MAIA, Antonio Cavalcanti, "O Direito Natural e a perene questão da legitimidade", *in* LIMA, Viviane Nunes Araujo, **A Saga do Zangão**, prefácio, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, p. I.

[9] No Brasil, depois da recepção da Constituição de 1988, verifica-se o surgimento de um novo pensamento no direito constitucional brasileiro, elaborando uma maneira mais adequada de interpretar a matriz principiológica da Constituição. GUERRA FILHO, Willlis Santiago, **Teoria da Ciência Jurídica**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, p. 115.O autor une a questão da metodologia à interpretação constitucional e traz a experiência desenvolvida na Alemanha.

[10] Cf. CAMARGO, Margarida, **Hermenêutica e Argumentação**, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 8.

[11]CAMARGO, Margarida, op. cit., p. 193.

[12] MAIA, Antonio Cavalcanti, "Pós-fácio..." *in* CAMARGO, Margarida, op. cit., p. 284.

movimento de dar-se um lugar de maior destaque na pirâmide normativa aos *princípios*.[13] Permite que as decisões dos tribunais, em *casos difíceis*[14], tenham base teórica para interpretar normas produzidas pelo poder legislativo.[15]

Segundo Miguel Reale[16], os princípios são "verdades fundantes de um sistema de conhecimento", admitidas desta forma por serem evidentes ou comprovadas, pressupostos da pesquisa e da *praxis*. Sua raiz etimológica, procedente do latim *principium*, quer dizer aquilo que serve de base a algo.

Os *princípios* existentes na normativa internacional servem para guiar e delimitar a interpretação e a aplicação do quadro-jurídico das organizações internacionais. Também fornecem as diretrizes usadas para fundamentar as decisões jurídicas de seus órgãos de solução de controvérsias. Evita-se que quem está decidindo o faça de acordo com sua vontade, reduzindo seu grau de discricionariedade e garantindo a consecução dos objetivos perseguidos. O interessante da distinção entre princípios e regras jurídicas é que há uma diferença quanto ao caráter da orientação que os estabelecem: enquanto as segundas seguem a regra do "tudo ou nada" e aplicam-se ou não à situação concreta, os primeiros, os *princípios*, possuem uma dimensão de peso e importância, por sua abstração e alto grau de generalidade, o que faz que sua não-utilização em um caso concreto não o invalide para situações futuras. Não há como prever, em relação aos últimos, todas as possíveis formas de sua aplicação, pois enunciam razões que indicam apenas uma direção. Isso faz que, no caso da utilização dos princípios, seja necessário confrontá-los à situação, para determinar se seu conteúdo é aplicável ou não ao caso concreto, e em que medida.[17]

---

[13] SOUZA NETO, Claudio Pereira, **Jurisdição Constitucional Democracia e Racionalidade Prática**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 216.

[14] "Casos difíceis" é a tradução de "*hard cases*", terminologia utilizada por Dworkin para cuidar de casos paradigmáticos, que no sistema norte-americano se distinguem dos demais, especialmente os precedentes anteriores. Não são de fácil solução por envolverem questões para as quais a sociedade tem mais de um posicionamento.

[15] Praticar a "interpretação constitucional" é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, em bases jusprivatistas. GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, São Paulo, Celso Ribeiro Bastos Ed., 1999, p. 55. Essa nova prática da interpretação constitucional tem sido bastante utilizada no Brasil pelo STF e pelo STJ.

[16] REALE, Miguel, **Lições Preliminares do Direito**, São Paulo, Ed. Saraiva, 7. ed., 1980, p. 299.

[17] DWORKIN, Ronald, "Is Law a system of rules?", *in* **Philosophyof Law**, Oxford University Press, 1977, p. 45 e seguintes. Dworkin desenvolveu seu pensamento com base em um diálogo crítico com as doutrinas positivistas, criticando, em especial, o normativismo de Hart. Para Ronald Dworkin, o sistema jurídico é formado por um conjunto de normas, nos quais princípios e regras compõem o conjunto normativo.

Os princípios apontam uma direção, mas não fazem referência ao caso concreto, não sendo possível aplicar-se o método lógico-formal para solucioná-lo. Podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto, utilizando-se uma técnica de ponderação na sua aplicação.[18] Essa diferença é mais intensa quando verificamos a colisão de princípios e o conflito de regras. No primeiro caso, pondera-se o peso de cada um dos princípios envolvidos, sem promover a exclusão de qualquer um deles do sistema – um princípio cede ao outro, diante do caso concreto. Antes do aparecimento do caso concreto, não há como determinar o grau de cada um deles, que estão todos no mesmo nível. Não é possível verificar *prima facie* qual prevalecerá.[19] No segundo caso, o conflito de normas desenrola-se na dimensão de validade, importando a prevalência de uma na invalidade da outra, e sua conseqüente exclusão da ordem jurídica.

Esta nova visão da hermenêutica jurídica não serve apenas aos casos judiciais. Pode e deve ser utilizada para os litígios de caráter comercial, porque sua solução depende mais da análise de questões ligadas aos fatos concretos do caso, baseadas em dados econômicos e conjunturais, do que em regras jurídicas genéricas. Essa metodologia aparece cada vez mais nos órgãos internacionais de solução de controvérsias comerciais, que necessitam analisar em detalhes premissas fáticas de grande complexidade e aplicar princípios jurídicos gerais a situações específicas de caráter bastante particular.

A interação dos Estados no comércio internacional deve ser organizada, mas levando em conta as diferenças de vantagens comparativas entre as economias e as necessidades e interesses dos Estados mais diversos. Por isso, é necessário um mecanismo de *interface*, que, para Celso Lafer, é a OMC[20]. A organização permite que as relações dos diversos Estados não sejam apenas de confronto, mas inclua um sistema que favorece a cooperação. Aceita-se um processo calcado na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses, em que o sistema jurídico multilateral desempenha um papel positivo. No curso das soluções de controvérsias, os *princípios* do sistema são a base das decisões.

O sistema é muito similar ao modo de julgar dos sistemas jurídicos anglo-saxões, nos quais, mais do que a busca da justiça ideal, privilegia-se

[18]SOUZA NETO, Claudio Pereira, op. cit., p. 249–250.
[19] BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 251.
[20] LAFER, Celso, op. cit., p. 735.

a noção de *fairness*. Nos diversos casos analisados, nota-se a preocupação de determinar a solução para o caso, diante de situações em que o conflito de interesses é gritante, mas aceitável. Os Estados, por razões internas (e dentro da idéia de que há diversas competências internas, mas só uma representação internacional), podem acabar editando normas incompatíveis com as obrigações internacionais que assumiam. Confronta-se o caso concreto ao princípio do *livre comércio*, para verificar que solução tomar.

O fenômeno da *judicialização da vida*, sentido no plano interno, encontra eco no plano internacional, nas controvérsias comerciais internacionais. A utilização dos princípios para resolver esses casos exige a técnica da *ponderação* dos elementos em causa na questão, para resolver a questão que envolve opções políticas em tensão.[21] A tensão é o elemento permanente nesses conflitos, que atingem não só as partes, mas os árbitros, exigindo deles minuciosa argumentação para definir a solução.

No campo internacional, os objetivos dos sistemas de soluções de controvérsias comerciais contêm o unilateralismo, que utiliza mecanismos de represálias comerciais, hoje inaceitáveis no concerto das nações, que, para isso, contam com a OMC, no plano multilateral, e outras organizações, no plano regional.

Existe uma tensão entre o mundo dos negócios privados e a regulamentação internacional (envolvendo os Estados e obrigando-os a participar de controvérsias com outros Estados, de caráter público, mas de interesse privado). É necessário tomar conhecimento dessas pressões e da necessidade de recorrer aos organismos internacionais para o desenvolvimento dos negócios entre Estados.

2. Os princípios do Direito do Comércio Internacional

O que impõe a aplicação de um ou outro princípio é o grau da respectiva incidência ao caso concreto, em razão de os princípios ocuparem a mesma hierarquia normativa.

No caso do Direito do Comércio Internacional, o *livre comércio* é um princípio geral, enquanto a *não-discriminação* e o *tratamento especial e diferenciado* são princípios positivados, podendo haver a aplicação de um, e

[21] A expressão foi utilizada por Luís Roberto Barroso, no prefácio ao livro de BARCELLOS, Ana Paula de, Ponderação, **Racionalidade e atividade jurisdicional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, e também pode e deve ser utilizado no contexto desse artigo.

não do outro, dependendo da questão envolvida. Em qualquer caso, o princípio do *livre comércio* será sempre aplicado, como pano de fundo do sistema.

A coexistência pacífica dos Estados funda-se no respeito dos princípios gerais do direito internacional[22], em especial o da igualdade, consagrado na Carta das Nações Unidas.

A importância dos princípios gerais do direito foi destacada no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que o reconheceu em seu artigo 38, inciso I, letra "c"[23], como um dos fatores a serem utilizados, quando se tiver que decidir uma questão entre os Estados.[24]

Paulo Bonavides alertou sobre a importância, para o reconhecimento precoce da positividade ou normatividade dos princípios em grau constitucional, de sua inserção nas decisões das Cortes Internacionais de Justiça, com base no artigo 38 do Estatuto da CIJ, quando o positivismo ainda dominava a doutrina jurídica.[25]

No Direito Internacional[26], ao estudarmos as soluções de controvérsias para os litígios comerciais internacionais, os *princípios*

---

[22]Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, ao discorrer sobre os Princípios do Direito Internacional que regem as relações amistosas entre os Estados e sua significação para o exame das fontes do Direito Internacional, afirmou: "Já há muito se verifica entre os autores uma preocupação com o estudo dos chamados 'princípios' do direito internacional, e da função que pudessem exercer tais princípios no desenvolvimento da disciplina em questão". Trindade, Antônio Augusto Caçado, **O direito internacional em um mundo em transformação**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 139-140.

[23] O Estatuto da CIJ contém, em seu artigo 38, uma relação das fontes [elementos] aplicáveis em suas decisões: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo de direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) e, excepcionalmente, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados.

[24] Cf. Brownlie, Ian, **Principles of Public International Law**, Oxford, Claredon Press, Fourth Edition, 1990, p.15-17.

[25] Continua Bonavides, explicando a importância da fórmula do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 1920, que continuou no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em 1945, e, a seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2 do tratado que instituiu em 1957 a Comunidade Econômica Européia. Bonavides, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 2002, 12. ed., p. 237.

[26]Sobre esse ponto, veja-se: "No que diz respeito à teoria das 'fontes' do direito internacional, tais princípios exercem naturalmente uma influência considerável no reconhecimento e consagração definitivos de determinadas normas jurídicas, particularmente quando previstas anteriormente em tratado ou quando já dotadas de certo valor consuetudinário." Trindade, Antônio Augusto Caçado. **O direito internacional em um mundo em transformação**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.140.

exercem especial papel em razão de estabelecerem *standards* comuns para os julgamentos dos diversos órgãos multilaterais, sendo depois seguidos também pelos Estados, em sua normativa interna.

Os princípios que integram a normativa jurídica da OMC também fazem parte de outras iniciativas de integração regional. O do *livre comércio* aparece no Tratado da União Européia[27] e no Mercosul.[28] Há importante convergência entre os três sistemas.

---

[27] Artigo "B", do Título I – Disposições Comuns, do Tratado da União Européia (Tratado de Maastricht). A União atribui-se os seguintes objetivos: a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma União Econômica e Monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única, de acordo com as disposições do presente Tratado; a afirmação da sua identidade na cena internacional, nomeadamente através da execução de uma política externa e de segurança comum, que inclua a definição, a prazo, de uma política de defesa comum, que poderá conduzir, no momento próprio, a uma defesa comum; o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados membros, mediante a instituição de uma cidadania da União; o desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos; a manutenção da integralidade do acervo comunitário e o seu desenvolvimento, a fim de analisar, nos termos do procedimento previsto no n.° 2 do artigo N, em que medida pode ser necessário rever as políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado, com o objetivo de garantir a eficácia dos mecanismos e das Instituições da Comunidade.Os objetivo da União serão alcançados de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário nele previsto, respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no artigo 3.° B do Tratado que institui a Comunidade Européia. Para íntegra do texto, ver websites www.europa.eu.int (webportal da União Européia).

[28] Artigo 1º do Tratado de Assunção: Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994 e que se denominará "Mercado Comum do Sul" (Mercosul).Este Mercado Comum implica: a livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes. ARAUJO, Nadia de, MAGALHÃES MARQUES, Frederico do Valle e REIS, Márcio Monteiro. **Código do Mercosul – Tratados e Legislação.** Rio de Janeiro. Renovar, 1998, p.18.

Os princípios gerais são o do *livre comércio* e da *livre concorrência*[29]; e, na de princípios positivados, o da *não-discriminação*[30], *reciprocidade*[31], *transparência*[32], e *tratamento especial e diferenciado*[33].

Os princípios do *livre comércio* e da *livre concorrência* são complementares. O primeiro é de difícil definição, dada a sua amplitude, pode ser entendido por suas proibições, ou seja, como evitar sua violação:

---

[29] Para Luís Roberto Barroso, o princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Ele contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. BARROSO, Luís Roberto; "A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços", *in* **Temas de Direito Constitucional – Tomo II**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 58. Para uma melhor compreensão do princípio da livre concorrência no direito brasileiro, ver GRAU, Eros Robert, **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**, São Paulo, Malheiros, 7. ed., 2002, p. 250-258. O mesmo autor lembra que, no Brasil, o princípio da livre concorrência está na Constituição de 1988, em complemento ao art. 170, IV, e compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como 'princípios da ordem econômica'.

[30] O princípio da não-discriminação visa a possibilitar igualdade de tratamento entre os Estados-membros da OMC, protegendo-os contra a ocorrência de concessões bilaterais e possibilitando a entrada de novos competidores no mercado internacional, aspectos estes que o tornam um dos importantes pilares para a manutenção do sistema multilateral de comércio implementado pelo GATT/OMC. Este princípio está subdividido em duas partes: cláusula da nação-mais-favorecida e tratamento nacional. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, **O direito internacional da concorrência e os princípios da organização mundial do comércio**, Rio de Janeiro, Renovar, no prelo.

[31] O princípio da reciprocidade visa a assegurar que, mediante negociações em direitos alfandegários e outras matérias afins, deverá haver reciprocidade quando da adesão de um país. Assim, o GATT, por meio da reciprocidade de concessões e vantagens mútuas que um Membro estende ao outro, procura manter equilibrados os esforços dos Estados para liberalizar o comércio. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, **O direito internacional da concorrência e os princípios da organização mundial do comércio**, Rio de Janeiro, Renovar, no prelo.

[32] Este princípio tem como finalidade o acesso de todos os Membros às informações dos demais Membros sobre as medidas governamentais relevantes relacionadas aos Acordos, incluindo informação sobre a legislação em vigor e ações governamentais, fazendo que os Estados e os agentes econômicos tenham acesso a tais informações e possam melhor utilizar e tirar proveito das vantagens criadas pelo sistema multilateral de comércio constituído através da OMC. Além disso, este princípio possibilita melhor controle e monitoramento da implementação e da aplicação dos acordos celebrados no âmbito OMC, bem como o cumprimento de suas respectivas obrigações.MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, **O direito internacional da concorrência e os princípios da organização mundial do comércio**, Rio de Janeiro, Renovar, no prelo.

[33] O princípio do tratamento especial e diferenciado deverá ser implementado pela introdução de tratamento preferencial concedido pelos países desenvolvidos aos países em

cada Estado-Parte dos tratados que o consagram – no caso do Brasil, o da OMC e o do Mercosul –, deve evitar a adoção de medidas nacionais contrárias ao livre comércio, por meio da eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio internacional, ou mediante o combate de práticas que venham a limitar o regular funcionamento do mercado (prática de *dumping*, atos de concorrência desleal, abuso do poder econômico, acordos de restrição vertical).

O pleno desenvolvimento do *livre comércio* dá-se pela manutenção de concorrência leal entre os diversos operadores do comércio internacional, com o combate à concorrência predatória e às práticas comerciais abusivas. Para garantir a manutenção do primeiro, o segundo deve estar funcionando adequadamente. A incidência do princípio do *livre comércio* e da *livre concorrência* ao caso concreto – operação econômica internacional – é que dará o contorno da interpretação e da aplicação das demais normas de uma organização internacional e, conseqüentemente, do julgamento dos casos submetidos ao seu sistema de solução de controvérsias, estabelecendo, ao lado dos demais princípio, a medida e o alcance das regras de tal organização internacional para cada caso.

Ainda na categoria de princípios gerais – classificam-se para todas as relações jurídicas e somam-se os da *boa-fé,* ligados ao da *Pacta Sunt Servanda* e o *Due Process of Law*.[34] Os princípios referidos são fundantes da ordem

desenvolvimentos, como, por exemplo, (i) acesso preferencial a mercados; (ii) tratamento mais favorável na implementação dos dispositivos da Rodada Uruguai; e (iii) assistência técnica para auxiliar na implementação dos acordos. Cumpre ressaltar que tais concessões serão baseadas em compromissos de boa-vontade, e não obrigatoriedade, como deveria ser. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães, **O direito internacional da concorrência e os princípios da organização mundial do comércio**, Rio de Janeiro, Renovar, no prelo.

[34] Os princípios *Pact Sunt Servanda* e *Due Process of Law* são atinentes a qualquer ato internacional. Accioly e Nascimento e Silva ressaltam que "Dionisio Anzilotti, foi buscar na norma *pacta sunt servanda* o fundamento do DIP. Segundo Anzilotti, a norma tem "um valor jurídico absoluto, indemonstrável e que serve de critério formal para diferençar as normas internacionais das demais". A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 consagrou o princípio em seu artigo 26, nos seguintes termos: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Accioly, Hidelbrando e Nascimento e Silva, Geraldo Eulálio, **Manual de Direito Internacional Público**, São Paulo, Saraiva,2000, 14. ed.; p. 24. J. F. Rezek, ao explicar a perspectiva histórica do direito dos tratados, lembra que "[o] direito dos tratados, parte fundamental do Direito das Gentes, apresentava, até o romper deste século [XX], uma consistência costumeira, exceto por dois princípios – a boa- fé e o *pact sunt servanda* – em que muitos autores, mas não todos, preferiam reconhecer transcendência distintivas das normas resultantes da prática interestatal. Rezek, J. F., **Direito dos Tratados**, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 13.

jurídica internacional e interna. O primeiro reflete a regra segundo a qual os tratados devem ser seguidos e cumpridos de boa-fé.[35]

No direito internacional, o princípio da boa-fé está consagrado no parágrafo 2º, do artigo 2º, da Carta das Nações Unidas, o qual estabelece que "todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de *boa-fé* as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta".[36]

O segundo impõe o respeito ao devido processo legal e está relacionado, principalmente, aos procedimentos de solução de controvérsias, fazendo que tais organizações promovam e assegurem o direito dos Estados em instaurar procedimentos e apresentarem suas defesas, estabelecendo condições justas e eqüitativas nos procedimentos instaurados.

Esses princípios são utilizados como base das decisões dos sistemas de solução de controvérsias das organizações internacionais multilaterais ou regionais; por isso, vamos analisá-los nos laudos do Mercosul.

PARTE II

3. Os sistemas de solução de controvérsias comerciais e os princípios

Podem ser divididos em: (i) *sistemas estatais nacionais de solução de controvérsias*: Poder Judiciário Nacional; (ii) *sistemas privados de solução de controvérsias*: Tribunais Arbitrais (nacionais e internacionais); (iii) *sistemas*

[35] A palavra **boa-fé** vem do latim *bona fides*, boa confiança. A boa-fé vincula as partes ao dever da lealdade – incluindo a idéia de confiança. A boa-fé objetiva, por sua vez, reflete uma norma de conduta, dever de agir com lealdade e em observância aos padrões sociais, com honestidade e confiança, sendo aplicável à conduta das partes numa operação econômica, impondo a todos as partes um dever de comportamento de acordo com determinados padrões éticos, que somente podem ser aferidos de acordo com as circunstâncias daquela operação econômica.

[36] Para íntegra do texto, ver: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque, **Direito Internacional Público – Tratados e Convenções**, Rio de Janeiro; Renovar, 1997, 5. ed.; p. 1082. A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta das Nações Unidas "também estabelece a boa-fé como um dos seus princípios basilares e, nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, constitui exemplo da formação e consagração dos princípios do direito internacional contemporâneo". CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, nota 3, p. 91.

supranacionais regionais de solução de controvérsias: órgãos de solução de controvérsias dos processos de integração econômica com características supracionais (cujo exemplo maior é a própria União Européia)[37]; (iv) *sistemas intergovernamentais de solução de controvérsias: a) multilaterais,* OMC *e b) regionais,* NAFTA e Mercosul, entre outros. As características são diferentes e, dependendo do caso, podem ser utilizados indistintamente por Estados ou particulares, ou por Estados.

O sistema de solução de controvérsias da OMC é um dos pilares da organização, compatível com seus propósitos e objetivos, respeitado e acatado por todos os seus membros. A adoção de um procedimento de solução de controvérsias eficiente constituiu um elemento-chave para proporcionar segurança jurídica e previsibilidade necessária ao desenvolvimento do sistema multilateral de comércio, garantindo coerência na interpretação e na aplicação das normas da OMC. A OMC instituiu, por intermédio do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, o órgão para Solução de Controvérsias (em inglês, *Dispute Settlement Body*), já previsto no Acordo Constitutivo da OMC, com a tarefa de tratar de consultas e controvérsias entre seus membros, relacionadas aos direitos e/ou obrigações destes.[38]

[37] Na União Européia, criou-se um ordenamento jurídico novo, em que iniciativas individuais tiveram o potencial de influenciar uma quantidade indeterminada de sujeitos de direito em todo o território integrado. Garantiu-se a uniformidade na aplicação das normas de direito comunitário, sendo elas interpretadas segundo um método que atendia ao que o Tribunal considerou como interesse da "coletividade" européia. Coube ao Tribunal de Justiça da Comunidade Européia – TJCE a função de órgão de controle jurisdicional para assegurar também o respeito pelos Estados-membros às normas do direito comunitário. O Tribunal é independente dos Estados-membros e dos demais órgãos comunitários, exercendo competências próprias e exclusivas, sendo suas decisões irrecorríveis e executáveis nos territórios dos Estados-membros. Por estar ligado à ordem jurídica da União, e não dos Estados-membros, não pertence à esfera institucional destes, não havendo entre ele e as instâncias nacionais qualquer vinculação hierárquica. Funciona em caráter permanente e a nacionalidade dos juízes não deve interferir no exercício da sua atividade.

[38] O Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias é aplicável tanto às consultas quanto à solução de controvérsias do Acordo Constitutivo da OMC, dos Acordos Comerciais Multilaterais – dos Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias, do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, do Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, dos Entendimentos Relativos às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias –, e dos Acordos Comerciais Plurilaterais – Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis, Acordo sobre Compras Governamentais, Acordo Internacional de Produtos Lácteos e Acordo Internacional de Carne Bovina.

Substituiu o sistema adotado pelo antigo GATT. A fórmula em vigor é resultado da evolução do processo de codificação e desenvolvimento progressivo, iniciado 1966, até 1989. Representa uma interpretação consensual do GATT, por suas partes contratantes, nos temos do art. 31, parágrafo 3º (a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Trata-se de um sistema intergovernamental de direito internacional público econômico, em que só as partes contratantes têm *locus standi* e conduzem o processo.[39]

A estrutura da OMC favorece o acordo, devendo os membros tentar alcançar consenso sobre a matéria controvertida, mediante a implementação de uma solução positiva. Caso isto não seja possível, devem avaliar a conveniência e a utilidade de acionar o procedimento de solução de controvérsias da OMC para resolver a questão. Sua condução deve ser de acordo com o princípio da *boa-fé* e com o empenho e o esforço das partes envolvidas para resolver a demanda. Aqui surge o primeiro paralelo com o Mercosul, no qual as negociações entre as partes são etapa obrigatória do procedimento.

Ficou estabelecido que, na hipótese de não ser alcançada uma solução satisfatória para as partes, e verificada a incompatibilidade entre as medidas ou práticas controvertidas com disposto nas normas da OMC, ocorre a suspensão dessas medidas ou práticas. Caso não seja possível a suspensão imediata, poderá recorrer-se à compensação. O órgão de solução de controvérsias poderá suspender a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações no âmbito dos acordos abrangidos (parágrafo 7º, do Artigo 3º do Entendimento Relativo às Normas sobre Solução de Controvérsias).

Na hipótese de não-cumprimento de obrigação contraída em virtude de um dos acordos da OMC, presume-se que a medida constitui um caso

[39] LAFER, Celso, "O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC", *in* **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil,** CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo – Coordenadores, São Paulo, LTr, 1998, p. 734. De acordo com o disposto no inciso 2º do artigo 3º do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, os membros da OMC reconhecem que o sistema de solução de controvérsias é útil para preservar os respectivos direitos e obrigações, dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público, sendo vedado que as recomendações e decisões do Órgão de Solução de Controvérsias ampliem ou diminuam os direitos e obrigações definidos nos acordos celebrados no âmbito da OMC.

de anulação ou de restrição, o que significa haver a presunção de que todas as transgressões das normas produzem efeitos desfavoráveis para outros membros, ficando invertido o ônus da prova. Nestes casos, caberá ao membro contra o qual foi apresentada a reclamação comprovar a não-violação das normas da OMC.

Outro exemplo de sistema intergovernamental é o do acordo que criou o *North American Free Trade Agreement* – Nafta, que entrou em vigor em 1994[40]. Por este acordo, Estados Unidos, Canadá e México criaram uma zona de livre comércio, que inclui também um sistema de solução de controvérsias. Como na OMC e no Mercosul, procura-se resolver a questão por meio de negociações diplomáticas, em primeiro lugar. O princípio da *boa-fé* aparece sempre de forma subjacente, sem a preocupação de determinar qual das partes tem culpa. Antes da etapa arbitral, está prevista a de consultas, dos bons ofícios, da conciliação e da mediação.

É permitido às partes a escolha do foro, o sistema do Nafta ou o da OMC. O Protocolo de Olivos também incorporou esta norma ao Mercosul.

4. Sinopse e análise dos casos do Mercosul

O Mercosul é um marco de referência democrática dos países que o integram para estar no mundo das polaridades indefinidas do Pós-Guerra Fria.[41] Quando foi criado o Protocolo de Ouro Preto, instituiu-se uma opção pelo modelo de organização intergovernamental, mantendo-se o sistema de solução de controvérsias de tribunais arbitrais *ad hoc*, instituído pelo Protocolo de Brasília.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello assinalava que a integração tem por finalidade abolir as barreiras para consagrar a livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas, sendo promovida pelos Estados e realizada mediante a conclusão de tratados internacionais. Essa nova modalidade de relacionamento entre os Estados, conhecida como *processos de integração econômica*, acabou por resultar na criação do denominado direito internacional

[40] Cf. ACCIOLY, Elizabeth, **Sistema de Solução de Controvérsias em blocos econômicos**, Coimbra, Almedina, p. 92 e seguintes.
[41] LAFER, Celso. "Sentido estratégico do Mercosul", *in* **Mercosul: Desafios a vencer**, São Paulo, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1994, p. 9.

da integração, ou direito da integração[42] e, especialmente no caso da União Européia, no direito comunitário[43]. Quer promover, em última análise, o que se convencionou chamar de *livre comércio*, por meio da *livre concorrência*, os dois princípios basilares que informam esses processos e que são utilizados pelos sistemas de solução de controvérsias em suas decisões.

O sistema[44] já foi acionado onze vezes.[45] Resolveu *hard cases* relacionados à aplicação dos Tratados constitutivos e dos princípios que estes pretendiam consagrar, visando a promover a integração econômica. A despeito da inexistência de um tribunal permanente até 2004, os laudos produzidos pelos árbitros do Mercosul são encadeados e coerentes, seguindo um padrão de interpretação teleológica e de aplicação de princípios gerais – boa-fé, efeito útil, valor dos precedentes, compatibilidade das normas internas com os objetivos da integração.

O Mercosul foi criticado pela doutrina especializada pela ausência de um tribunal nos moldes do existente na Comunidade Européia, antes da criação do Tribunal Permanente de Revisão, que, todavia, não seguiu completamente o modelo europeu. A resolução dos conflitos por tribunais *ad hoc* poderia trazer à jurisprudência uma fragmentação indesejável. Não foi o que ocorreu. A análise dos laudos proferidos demonstra o contrário. Com a instalação do TPR, criado pelo Protocolo de Olivos, um sistema judicial permanente foi incorporado às demais instituições do bloco.

O Protocolo de Olivos definiu seu papel relativo às controvérsias sobre a aplicação, interpretação e cumprimento do direito comunitário. Manteve muitos dos pontos já consagrados pelo Protocolo de Brasília, como seu âmbito de aplicação, negociações diretas, constituição e funcionamento

[42] Esta classificação é utilizada por Celso Duvivier de Albuquerque Mello em sua obra **Direito Internacional da Integração**. Mello, Celso D. de Albuquerque, **Direito Internacional da Integração**, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 3.

[43] No caso do Mercosul, não se pode falar na existência de um verdadeiro direito comunitário, uma vez que não existe a supranacionalidade de seus órgãos e instituições. Todavia, a decisão arbitral proferida pelo Primeiro Tribunal *Ad Hoc* no âmbito de disputa comercial entre o Brasil e a Argentina determinou que o ordenamento jurídico do Mercosul deve ser interpretado finalisticamente (interpretação teleológica), de forma que suas regras prevaleçam sobre as normas internas dos seus Estados-membros. Para a íntegra das decisões, ver www.mercosur.org.uy .

[44] Cf. estudo anterior, ARAUJO, Nadia, "Solução de controvérsias no Mercosul", *in* CASELLA, Paulo Borba (coord.), **Mercosul – Integração Regional e Globalização**, cit., p. 99-141, 2000.

[45] O texto do último laudo ainda não foi publicado, e é o primeiro a utilizar o Protocolo de Olivos, sendo, portanto, passível de revisão pelo TPR.

dos tribunais *ad hoc*, adoção dos laudos por maioria, possibilidade de recursos esclarecedores dos laudos e reclamações de particulares.

Entre suas inovações, temos a opção de foro, intervenção opcional do Grupo Mercado Comum, a definição do objeto da controvérsia, a criação do Tribunal Permanente de Revisão com sede em Assunção, acesso direto ao Tribunal, obrigação do cumprimento dos laudos e cláusulas programáticas.

Não se põe como instância exclusiva para esses diferendos, que muitas vezes podem ser objeto de solução na OMC, mas permite às partes escolher o foro em que desejam litigar, se no Mercosul ou no âmbito de outra organização. É a chamada cláusula de eleição de foro. Uma vez escolhido o sistema do Mercosul ou da OMC, não se admite voltar atrás, sendo, portanto, a escolha definidora da exclusividade do tribunal. Para Luís Olavo Baptista[46], esta medida resultou em maior grau de institucionalização do sistema de solução de controvérsias, mas, ao mesmo tempo, diminuiu a margem de atuação política dos Estados, aperfeiçoando-o.

Apesar de o Protocolo de Olivos ter mantido o sistema de arbitragens *ad hoc*, instaurando no TRP uma instância de revisão, é também permitida a utilização do Tribunal de forma direta, como instância única, desde que as partes assim o estabeleçam.

4.1 – Análise dos laudos

Utilizou-se, na análise dos laudos, a idéia de que a sua *rationale* se aproxima daquela utilizada na *common law,* aqui referida de forma genérica, e com base em seu contraste com o sistema romano-germânico. Enquanto o romano-germânico parte da norma e é dedutivo – decidindo-se o caso pela sua subsunção à norma –, na *common law* a análise começa com o caso e é indutiva, pois se baseia em verdades preestabelecidas e universais, partindo do exame de generalizações oriundas dos casos concretos.

A interpretação das leis (*statutes)* que visam à solução dos casos concretos na *common law* utiliza um método que submete a questão a perguntas específicas, para entender qual é o alcance dessas normas. Mais modernamente, na Inglaterra, utiliza-se a *purposive construction* ou interpretação teleológica, procurando-se determinar quais foram a intenção e o objetivo do legislador ao criar a norma e que razões determinaram a

[46] BAPTISTA, Luís Olavo, "Análise da funcionalidade do sistema de soluções de controvérsias do Mercosul", *in* **Solução de Controvérsias no Mercosul**, p. 110.

decisão da hipótese anteriormente solucionada, de forma a ser esta a base da solução do caso atual.

Benjamim Cardozo, em "The nature of the judicial process" –, salienta a questão: onde encontra o juiz o Direito no qual baseia sua decisão? Destacamos uma idéia essencial: a interpretação é mais do que dizer o conteúdo da lei e seus objetivos, pois suplementa suas regras, preenche suas lacunas pelo mesmo processo e método por meio do qual se construiu o direito judiciário.

Na concepção da *common law* desenvolvida nos Estados Unidos, preconizada por Oliver Holmes, os juízes primeiro chegariam à decisão e depois estabeleceriam suas razões, desde que promovessem a obediência ao princípio da ordem pública, tendo em conta, portanto, os objetivos colimados pelo legislador. O direito também tem o sentido de contar a história da nação e, para conhecer seu conteúdo, é preciso conhecer o passado e procurar visualizar o caminho para o futuro. Seguindo-se essa idéia, o direito teria o sentido de contar a história das relações comerciais internacionais, na OMC, e a história da integração econômica, no Mercosul.

Guido Soares, em "CommonLaw – Introdução ao Direito dos EUA",relata que o método empregado pelo julgador anglo-americano difere daquele usado pelo juiz de direito continental, pois se começa pelos casos para determinar o direito aplicável e usa-se a lei na sua falta. Ademais, os efeitos da decisão ultrapassam as partes em conflito e passam a incidir sobre um universo mais amplo, ou seja, pautando as decisões futuras. Embora os países do Mercosul sejam todos de tradição romano-germânica, os laudos dos tribunais arbitrais utilizaram uma maneira de decidir mais próxima da *common law*.

1º Laudo

O primeiro laudo cuidava da controvérsia existente entre a Argentina e o Brasil devido à entrada em vigor, neste último, de comunicados que restringiriam o comércio no âmbito do Mercosul. Esta restrição, segundo a Argentina, geraria incerteza e insegurança, e afetaria o fluxo das operações de intercâmbio comercial. No julgamento, o Tribunal decidiu que o Tratado de Assunção continha disposições que estabeleciam um programa de liberação comercial, o qual deveria ser completado tanto no seu aspecto tarifário quanto não-tarifário. Este programa de liberação comercial teria um papel central no tratado e no seu sistema normativo, e atacá-lo representaria solapar os esforços de integração. As partes estariam, assim,

obrigadas a completar a redução de suas barreiras não-tarifárias, mesmo com o adiamento da data de entrada em vigor do mercado comum.

A dificuldade estava em aplicar as regras do Mercosul constante do Tratado de Assunção para o caso concreto, pois seu caráter sintético não esclarecia a situação que se punha, ainda mais se comparadas às similares da Comunidade Européia. Logo, na primeira controvérsia a ser decidida por um tribunal *ad hoc*, a questão era definir o que não estava escrito: a amplitude, não definida pelo tratado, da liberalização comercial pretendida pelo bloco.

Seguiram os árbitros uma metodologia de interpretação teleológica, procurando interpretar o papel dos princípios que marcam a convivência dos participantes do bloco. O método teleológico deve procurar garantir que as normas sejam eficazes com relação a seu fim último, que é dar satisfação às exigências do processo de integração, sendo a verdadeira vocação das decisões acerca de instrumentos internacionais dessa natureza a de extrair deles a plenitude dos efeitos buscados e traduzir para esta todas as conseqüências razoáveis da melhor interpretação.

Analisaram o princípio da *boa-fé* e conceituaram-no, levando em consideração não só a honestidade dos atos e aspectos formais dos textos invocados, mas também a idoneidade da ação das partes no seu mister de dar cumprimento aos fins e aos objetivos das normas acordadas, que deveriam sempre respeitar a *pacta sunt servanda*. Outro princípio decorrente do processo de integração é o da incompatibilidade com o sistema de medidas unilaterais nas matérias reguladas pelos acordos multilaterais do bloco.[47]

[47] Veja-se parágrafo 56 do laudo. Em primeiro lugar, deve-se considerar o princípio do cumprimento dos tratados – *pacta sunt servanda* – "norma fundamental", originária do Direito Romano, aceita pelos clássicos como Anzilotti, Kelsen e Verdross, e compilada por primeira vez em um texto positivo de Direito Internacional no artigo 26 da Convenção de Viena. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que tal cumprimento deverá ser realizado de boa-fé, estando este princípio unido ao de *pacta sunt servanda* no artigo citado e ratificado por abundante e pacífica jurisprudência dos Tribunais Internacionais (Conforme Ernesto De la Guardia e Marcelo Delpech, **O Derecho dos Tratados e da Convenção de Viena**, A Lei, Buenos Aires, 1970, p. 275–279; Ian Sinclair, **The Vienna Convention on the Law of Treaties**, Manchester, University Press, Second Edition, p.119–120). Incluindo no conceito de boa-fé não apenas a honestidade dos atos de execução e seu apego formal à letra dos textos, coisas que não estão evidentemente em jogo na espécie, mas a idoneidade da atividade das Partes para dar cumprimento aos fins e objetivos das normas convencionalmente acordadas. Do mesmo modo, as obrigações devem ser analisadas e interpretadas, com base nesta perspectiva, como meios apropriados para alcançar os fins comuns convindos. Ao não ter em conta esta perspectiva finalista, "um tratado quadro tornar-se-ia um tratado bloqueado", na expressão de Robert Lecourt (**L´Europe des Juges**, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 235).

Procurou-se dar prevalência ao *princípio do efeito útil*, que deve informar todo o processo de integração, verificando-se qual é a finalidade das regras estabelecidas, para se chegar ao objetivo principal do Tratado: o avanço progressivo da integração na América Latina. Entendeu o Tribunal que este princípio seria o corolário da aplicação da interpretação teleológica, pois significaria apontar como caminho, na hora de se efetuar a escolha, entre as várias soluções possíveis segundo os termos do tratado, a que melhor servisse à satisfação do objetivo e finalidade do processo de integração.

Como as regras de liberalização comercial contemplam a necessidade de adaptações legislativas de caráter interno, que devem passar pelo processo legislativo de cada Estado, haverá sempre uma grande defasagem entre as necessidades do bloco e o transcurso no legislativo de cada país dessas regras. O formato adotado pelo Mercosul para a internacionalização foi o processo clássico dos tratados, na forma do que dispõem os artigos 40 a 42 do Protocolo de Ouro Preto. Não há, no Mercosul, similar do que a Comunidade Européia chamou de seus princípios basilares, o efeito direto e a primazia do direito comunitário –, no conflito entre este e normas internas –, desenvolvidos pela atuação marcante da Corte Européia, no labor de estabelecer os critérios para conceituar a integração dos países-membros.

Estabeleceram os princípios prevalentes no direito da integração como norteadores de sua decisão, de forma a não frustrar o funcionamento do bloco como um todo. Para isso, valeram-se do direito comparado, em especial das técnicas de criação do direito comunitário, criado pelo Tribunal Europeu, quando, na década de 1970, viu-se diante do mesmo dilema: dar plena efetividade aos princípios da integração econômica ou aguardar passivamente a adaptação progressiva dos Estados ao novo sistema. Nesseprimeiro laudo, lançaram os árbitros as bases de como deveria pautar-se a presente e a futura interpretação das normas do Mercosul.

No corpo do laudo, deixam claro que o objetivo maior do Tribunal foi o de identificar as regras jurídicas aplicáveis, guiado pelos fins e objetivos do ordenamento normativo criado pelos membros do bloco. O que se pretendia com o Tratado era assegurar o *livre comércio* e, sendo o Tribunal parte desse ordenamento, cabia-lhe interpretar o desejo compartilhado pelos países sobre a regulamentação de suas relações

recíprocas pela identificação dos fins e dos princípios desse novo sistema.[48]

A decisão foi parcialmente contrária ao Brasil, que dispôs de prazo para adaptação das normas em desacordo com as regras de integração.

Como o sistema não prevê vinculação ou continuidade na atividade dos árbitros, não havia como prever a maneira como agiriam os árbitros nomeados para os casos posteriores. A surpresa surge com a verificação da grande influência das bases lançadas no primeiro laudo, numa utilização de um sistema de precedentes, pois os laudos posteriores sempre se referem ao primeiro, e utilizaram os seus princípios. O labor dos diversos tribunais *ad hoc,* ainda que sem relação entre seus integrantes, logrou construir, pouco a pouco e de forma integrada, um conceito incipiente de direito comunitário do Mercosul, estabelecendo que regras devem reger o bloco.

2º. Laudo

O segundo laudo tratou de controvérsia entre Argentina e Brasil, sobre regras brasileiras de apoio às exportações em benefício dos produtores de carne de porco.Foram atacados o Sistema de Estoques Públicos de Milho da Conab; o Programa de Financiamento de Exportações (Proex); os mecanismos do ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio) e do ACE (Adiantamento de Contrato de Exportação); e o Crédito Presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A questão jurídica versava sobre a caracterização das medidas brasileiras como subsídios incompatíveis com o Mercosul e, ainda, sua compatibilização subsidiária com as normas do GATT/OMC. Mais uma vez, esses subsídios eram considerados pelo reclamante, como contrários ao princípio do *livre comércio* intrabloco.

Os árbitros utilizaram um método de interpretação teleológico, analisando os *princípios da integração*, consubstanciados no Tratado de Assunção, à luz da situação concreta que se apresentava. A partir dessa

[48] *Vide* parágrafo 66 do laudo: Os cinco Anexos ao TA, congruentes com esta interpretação, contêm obrigações concretas e auto-exeqüíveis. Três deles referem-se a aspectos medulares do comércio (I Liberação comercial, II Origem e IV Salvaguardas) e definem concretamente o regime de cada um deles e as obrigações específicas das Partes a este respeito. Os outros dois Anexos, III Solução de controvérsias e V Grupos de Trabalho, orientam-se também a facilitar o comércio. Fica demonstrada, assim, a vontade de desfazer-se, desde o princípio, de possíveis obstáculos, ditando a tal efeito regras precisas e obrigatórias. O livre fluxo comercial é o alicerce escolhido no sistema do TA para adiantar e desenvolver o Mercosul.

análise, o laudo reconheceu que algumas das normas brasileiras estavam em desacordo com o sistema de integração proposto, decisão que foi aceita pelo Brasil.

A metodologia apoiou-se na utilizada no primeiro laudo e está mais próxima da maneira de decidir do *common law* do que a nossa tradição civilista, com uma argumentação de matiz principiológica. Houve preocupação em definir as regras jurídicas com base nas quais se chegou à decisão final. Acrescentou-se à legislação do Mercosul – dividida em originária, para os tratados e protocolos, e derivada, para aquelas normas provenientes dos órgãos permanentes do bloco –, os *princípios* e as disposições do direito internacional aplicáveis à matéria, e, integrando a *ratio decidendi*, as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), pois estas também regulam as relações comerciais internacionais dos Estados-membros.

Discutiu-se a eficácia das normas do Mercosul. Apesar de estas requerem medidas de implementação para se tornarem eficazes nos ordenamentos jurídicos internos, isto não significa que, antes de realizada esta etapa, tais normas careçam de qualquer valor. Os Estados são obrigados, em razão do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, a incorporá-las respectivos ordenamentos. Assim, pode-se deduzir o reconhecimento de alguma eficácia quanto a estas normas, antes mesmo de sua implementação em todos os Estados, servindo nesta fase, como princípios ou parâmetros de interpretação das regras já implementadas.[49]

3º. Laudo

No terceiro laudo, o Brasil reclamou contra a Argentina, por entender que a Resolução nº 861/99, do Ministério da Economia, Obras e Serviços Públicos, que criava cotas para as importações de produtos têxteis provenientes do Brasil, ditadas unilateralmente, estava em desacordo com as normas do Mercosul. A questão era relativa à incompatibilidade entre a Lei argentina e os princípios da integração, e o Tribunal, citando o primeiro laudo, usou o critério teleológico.

Dar validade à norma argentina seria contrário ao sistema normativo do Mercosul. Fez-se uma análise técnica das etapas do processo de integração, fixando-se o dia 1º de janeiro de 1999 como o termo final do

[49] O laudo foi parcialmente procedente.

período de transição. A partir de então, entenderam os árbitros ter-se inaugurado um verdadeiro mercado comum. Por isso, a adoção de qualquer medida de salvaguarda no comércio intra-regional dependeria de norma produzida pelos órgãos do bloco, sendo vedado aos Estados-membros fazê-lo por ato unilateral, considerando que a medida não poderia ter sido baixada pela Argentina de forma unilateral.

Nesse caso, temos uma aplicação do princípio do *livre comércio* aliado à *livre concorrência*. O ato unilateral de um Estado representa um entrave ao bom funcionamento desses princípios e foi considerado contrário ao que determina o regulamento do Mercosul.

4º. Laudo

Instaurado a pedido do Brasil, reclamava-se contra a edição, pelo Ministério da Economia da Argentina, da Resolução ME 574/2000, por meio da qual foram instituídas medidas *antidumping* em relação à importação de frangos inteiros congelados provenientes do país. No entender do reclamante, a citada Resolução deveria ser revogada para não existirem elementos suficientes para a aplicação de medidas *antidumping* no caso concreto, além de não ter a Argentina respeitado os procedimentos apropriados para a investigação do alegado *dumping*.

O Tribunal decidiu que não havia normativa Mercosul vigente que regulasse de forma expressa a investigação de *dumping* e a aplicação de medidas *antidumping* no comércio intrazona, referindo-se à decisão do Segundo Tribunal Arbitral no exame de incentivos às exportações e aos compromissos assumidos no âmbito do GATT. Verifica-se, novamente, o respeito às decisões anteriores, como forma de garantir coerência e continuidade às decisões tomadas pelo sistema de solução de controvérsias do bloco.

A pretensão do Brasil foi negada pelo fundamento de que a própria Resolução e seu procedimento não constituem descumprimento da regra de livre circulação de bens no âmbito do Mercosul.[50]

Outros estudiosos notaram que, embora não existisse formalmente o estabelecimento de precedentes obrigatórios entre os laudos, cada um

[50] COZENDAY, Carlos Márcio e BENJAMIM, Daniela Arruda, "Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração", *in* **Solução de Controvérsias no Mercosul**, Brasília, MRE, 2003, p. 15.

procurou valer-se dos laudos anteriores, garantindo, ainda que informalmente, a preservação de certa coerência entre as interpretações, falando-se em uma *construção jurisdicional* do Mercosul.[51] Privilegiou-se uma interpretação sistêmica e finalística das normas do Mercosul, com ênfase no efeito útil e da eficácia mínima das normas comunitárias, optando o intérprete sempre pelo caminho que dê maior efeito aos objetivos do tratado.[52]

5º. Laudo

A disputa versava sobre as restrições impostas pela Argentina ao ingresso em seu mercado de bicicletas provenientes do Uruguai, que reclamou do dispositivo da lei argentina com regras incompatíveis com o regimede origem da normativa do Mercosul. Em conseqüência, a importação estava sendo tarifada. Novamente o Tribunal endossou os princípios da integração e deu prevalência à normativa do Mercosul.

[51] Ib.,id., p. 30;31. Cf. o estudo de MOURA, Liliam Chagas, "A consolidação da Arbitragem no Mercosul: o sistema de solução de controvérsias após oito laudos arbitrais", *in* **Solução de Controvérsias no Mercosul**, op. cit., p. 91. Cita a autora 21 controvérsias, sendo a Argentina o país que mais demandou e o Brasil, o que mais foi demandado. Também alerta a autora que o sistema ganhou credibilidade justamente nos momentos de maior crise do Mercosul, em 1999/2000.

[52] Vejam-se trechos do laudo que cuidam dos princípios em questão: "A proibição de imposição de restrições ou 'medidas de efeito equivalente' no Mercosul possui um caráter absoluto, ou seja, não pode ser empregada por um Estado-membro mesmo que a 'medida' não se destine à discriminação do produto estrangeiro. Esse tipo de norma é essencial num sistema de integração regional.Todas as restrições e medidas de efeito equivalente constituem barreiras e obstruções ao comércio e são incompatíveis com o livre comércio e a formação de um mercado comum. [...] Uma questão importante para os Estados é a compatibilidade entre o livre comércio e as normas internas de comercialização de produtos. Em face desta problemática, os Estados devem sempre considerar que as razões invocadas pelas autoridades nacionais, embora relevantes, estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade, ou seja, pela lógica do processo de integração, não se admitem entraves ao comércio para a proteção de bens, proteção esta que poderia ser obtida por meios menos restritivos como, por exemplo, informar o consumidor acerca do produto que está comprando, suas especificidades e qualidades. [...] Outro tema fundamental da lógica integracionista é o que se refere à existência de uma reserva de soberania que permite aos Estados-membros do Mercosul a imposição de barreiras por decisão unilateral. Entretanto, no presente caso, não está em jogo a aplicação de uma reserva de soberania em razão de que o Tratado de Assunção limita as causais de reserva às situações previstas no art. 50 do Tratado de Montevidéu de 1980. [...] Outro princípio que deve ser considerado é o da razoabilidade, vale dizer que as ações das autoridades dos Estados Membros não podem exceder a margem do necessário para alcançar

6º. Laudo

O sexto laudo é um dos mais polêmicos e diz respeito à reclamação do Uruguai contra o Brasil, por causa das restrições à entrada no mercado brasileiro de pneus remoldados, que, afinal, foi considerada como incompatível com a normativa do Mercosul.

O princípio do livre comércio esteve em questão nas razões do laudo, que salienta a impossibilidade de os países adotarem medidas contrárias ao princípio, pois é preciso dar ao processo de integração segurança jurídica. Também se cuidou do princípio da proporcionalidade, para tentar definir o grau do entrave que a legislação do reclamado causava aos demais estados.

Voltou-se a analisar o princípio da boa-fé e da *pacta sunt servanda*, para sublinhar a imperiosa necessidade de as partes pautarem suas relações pelo respeito às obrigações anteriormente assumidas.[53]

---

os objetivos propostos. Em outras palavras, essas ações não podem ser arbitrárias e não podem violentar os princípios da livre circulação. O princípio da razoabilidade deve orientar as ações dos Estados, pois eles estão incorporados à segurança jurídica do processo de integração, a garantia dos valores protegidos pelos Tratados fundacionais do Mercosul, assim como a prudência, a causalidade e a proporcionalidade já referida.[...] O 'princípio da previsibilidade comercial'também se impõe neste caso. A certeza jurídica, a clareza e a objetividade são condições imprescindíveis e regras gerais para as atividades comerciais dos Estados-membros e elementos essenciais para a confiança no mercado comum. [...] Para o Tribunal, os princípios aqui referidos de 'proporcionalidade', 'limitação da reserva de soberania', 'razoabilidade' e de 'previsibilidade comercial' dão fundamento ao Mercado Comum do Sul. São elementos essenciais da cooperação entre os Estados-membros, da reciprocidade em condições de igualdade, do equilíbrio entre as vantagens e obrigações que derivam da integração e da formação gradual do mercado compartilhado. [...] Os princípios da proporcionalidade, da limitação da reserva de soberania, da razoalibidade e previsibilidade comercial, no caso dos pneumáticos, ditaram uma solução favorável ao Uruguai, no sentido de se manterem as bases de reciprocidade, condições de igualdade e equilíbrio entre os Estados-membros do Mercosul." O Tribunal julgou a favor da reclamação do Uruguai.

[53] Confiram-se trechos do laudo: "São aplicáveis ao objeto da controvérsia submetida para decisão perante este Tribunal os princípios reconhecidos de *pacta sunt servanda*,boa-fé e razoabilidade.O princípio de cumprimento dos Tratados e demais compromissos internacionais, o *pacta sunt servanda*, constitui uma norma fundamental, originária do Direito Romano, consagrado em textos relevantes como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. É unanimemente aceito pela doutrina internacionalista, incluída a de autores latino-americanos, e pela jurisprudência dos Tribunais internacionais, como alicerce indispensável em todo processo de integração. O princípio de *pacta sunt servanda* impõe o cumprimento dos compromissos assumidos, situação que contradiz o ato de sustentar o livre arbítrio do devedor de cumprir ou não, ou de cumprir no momento em que, segundo seu interesse, considerar oportuno ou conveniente".

7º. Laudo

A reclamação foi feita pela Argentina contra o Brasil, inconformada com os obstáculos fitossanitários impostos à entrada de produtos provenientes da Argentina.

Discutiu-se a contrariedade do Brasil à norma derivada oriunda do Mercosul, já obrigatórias para os demais membros, menos o Brasil, que ainda não procedera à sua internalização, nos termos dos artigos 38 a 40 do Protocolo de Ouro Preto.

A decisão arbitral baseou-se em diversos princípios para concluir que a demora excessiva do Brasil em adotar, a normativa do Mercosul no plano interno. Embora não houvesse um prazo específico nas regras do Mercosul, a excessiva demora do Brasil foi considerado como incompatível com o princípio da *boa-fé* e da *pacta sunta servanda*.[54]

Entendeu o Tribunal arbitral que lhe cabia dar solução à omissão normativa existente – a ausência de prazo para incorporação da legislação –, e, embora sem delimitar um prazo, este deveria ser razoável.

8º. Laudo

O 8º. laudo foi a primeira e única reclamação do Paraguai dirigida ao Uruguai. Entendia o Paraguai que a aplicação do IMESI (imposto específico interno) à comercialização de cigarros provenientes do Paraguai

[54] Confiram-se alguns trechos do laudo: "O problema que foi apresentado ao Tribunal é de dupla natureza: a igualdade de tratamento e a harmonização das normas do Mercosul enquanto restrições da livre circulação de bens. A norma que estabelece o dever de harmonização e eliminação de obstáculos à livre circulação de bens nasce da própria natureza do Tratado e é deduzida de alguns de seus pontos, tendo sido também recordada em decisões de Tribunais anteriores. A igualdade de tratamento no Mercosul será concretizada, em primeiro lugar, pela existência de fato e de direito da não-discriminação entre os Estados-membros na prática. Ou seja, uma norma aparentemente não-discriminatória, na verdade é discriminatória se em si mesma contém discriminação, a qual é incompatível com a igualdade de tratamento estabelecida no tratado do Mercosul. A livre circulação deve ocorrer tanto no campo da imposição tarifária como no campo das práticas administrativas.Do ponto de vista da livre circulação, o Mercosul quer eliminar todas as diferenças tarifárias. E nos casos em que houver exceções, estas deverão ser especificadas. Outrossim, os Estados-membros não podem criar obstáculos, de qualquer natureza, que impeçam a livre circulação de produtos. As exceções, embora não sejam diretamente contempladas pelos Tratados do Mercosul, serão apenas as previstas pelo art. 50 do Tratado de Montevidéu e pelos arts. XX e XXI do GATT/1994."

era uma regra discriminatória, contrária aos artigos 1 e 7 do Tratado de Assunção, rompendo o princípio de igualdade que rege a integração.

A questão da aplicação do princípio da *boa-fé* volta a aflorar, bem como o da igualdade das partes. A decisão usou a metodologia de análise dos princípios e foi no sentido de que o Uruguai deveria modificar sua legislação.[55]

9º. Laudo

O tribunal foi instaurado a pedido da Argentina, inconformada com a incompatibilidade do Regime de Estímulo à Industrialização de Lã outorgado pelo Uruguai, com a Normativa Mercosul que regulava a aplicação e a utilização de incentivos no comércio intrazona.

O Tribunal entendeu que a questão dizia respeito à interpretação dos princípios da integração do Tratado de Assunção[56] e a regulamentação do Uruguai infringia as obrigações assumidas pelas partes. [57]

[55] É, pois, à luz de ambas as disposições manejadas em conjunto, o artigo 1 do Tratado de Assunção e o artigo 12 da Decisão 10/94, de onde deve partir o ajuizamento deste Tribunal, vinculando assim a vulneração do objeto e do fim do Tratado com a da normativa adotada como conseqüência, que é a que, em definitivo, a Argentina considera frontalmente infringida pelo Uruguai, tal e como se deduz do próprio *petitum*, no qual a única disposição específica e expressamente citada como vulnerada é o artigo 12 da Decisão 10/94.

[56] Veja-se o dispositivo do laudo: "Que a República Oriental do Uruguai proceda a eliminar a bonificação estabelecida pela Lei 13.695 e por seus Decretos complementares para as exportações de produtos industrializados de lãs destinadas aos Estados Partes do Mercosul, porquanto contrária ao artigo 12 da Decisão do Conselho do Mercado Comum 10/94. Tal eliminação deverá tornar-se efetiva dentro dos quinze dias seguintes à notificação do presente Laudo às Partes contendentes, sem que proceda pronunciamento algum sobre comportamentos futuríveis pela República Oriental do Uruguai."

[57] Ao contrário, basta, para sua exclusão, que os Estados-Partes tenham previsto, como é o caso do Mercosul, um âmbito específico para solucionar suas controvérsias, que supedita a adoção de medidas de represália ao descumprimento do correspondente laudo no âmbito específico que, junto com o sistema visto em seu conjunto desde o mencionado prisma de lealdade até a própria estrutura regional e em direção a todos os Estados-Partes, se veria igualmente defraudado se estivesse permitido amparar descumprimentos próprios em descumprimentos alheios por meio da *exceptio non adimpleti contractus*. Justifica-se assim desestimar a *exceptio non adimpleti contractus* ou "exceção de inexecução" alegada pelo Uruguai, considerando que o ordenamento jurídico do Mercosul se muniu de uma corrente específica para fazer face às infrações de sua normativa pelos Estados-Partes que supedita, nas relações interestatais, a adoção de medidas de defesa frente a tais infrações à prévia declaração de descumprimento do laudo declarativo da infração, em seu caso emitido pelo correspondente Tribunal *ad hoc*, com este fim constituído, conforme o Protocolo de Brasília.

Em sua defesa, o Uruguai levantou uma questão inédita: não queria utilizar o sistema de solução de controvérsia, por entender que a sua hipótese não se incluía nas previstas pelo art. 43 do Protocolo de Ouro Preto. O Tribunal decidiu que o alcance do Protocolo incluía a questão, pois se destinava a fortalecer as relações entre as partes, e o sistema de integração impunha aos membros um dever de lealdade.[58]

10º Laudo

O tribunal foi instaurado mediante reclamação do Uruguai, contra o Brasil, contra a normativa do Mercosul da regulamentação brasileira sobre a exportação de tabaco e seus derivados.

O laudo não cuidou das questões de fundo da controvérsia, já que o Brasil revogou os decretos em discussão e o Uruguai se satisfez com a medida. No entanto, instalado o Tribunal, este prosseguiu para poder encerrar o litígio. A nota do Uruguai, que aceitava a revogação dos decretos, deixava margens a que a controvérsia fosse reaberta no futuro.[59]

A decisão foi baseada nos princípios do direito internacional que definem o que é uma controvérsia.[60] O tribunal declarou encerrada a controvérsia com a revogação dos decretos pelo Brasil.

---

[58] Isso porque, além dos decretos específicos que se pretendia reformar, o Uruguai "considera que também constitui objeto da controvérsia toda medida similar do Brasil, de efeito restritivo e/ou discriminatório relativa a exportações ao Uruguai de tabaco e produtos derivados do tabaco", o que o laudo expressamente excluiu.

[59] Confiram-se trechos da decisão: "Nesse contexto, o Tribunal confirma a aplicação de critérios emanados do direito internacional consuetudinário e garantidos pela jurisprudência internacional, pelo que é possível a identificação de uma controvérsia entre Estados, com base em desacordos ou pontos de vista opostos sobre a existência de um direito ou de uma obrigação. Em conseqüência da aplicação dos princípios do direito internacional para determinar a existência de uma controvérsia, o Tribunal constata que, das posições assumidas pelo Uruguai e pelo Brasil na implementação das distintas etapas do Capítulo V do Protocolo de Brasília, surgem desacordos sobre pontos de direito, ou seja, que há um conflito de opiniões legais ou interesses entre as Partes relativo, à compatibilidade de normas aplicadas pelo Brasil com a normativa Mercosul ."

[60] Confiram-se trechos da decisão: "Nesse contexto, o Tribunal confirma a aplicação de critérios emanados do direito internacional consuetudinário e garantidos pela jurisprudência internacional, pelo que é possível a identificação de uma controvérsia entre Estados, com base em desacordos ou pontos de vista opostos sobre a existência de um direito ou de uma obrigação. Em conseqüência da aplicação dos princípios do direito internacional para determinar a existência de uma controvérsia, o Tribunal constata que, das posições assumidas pelo Uruguai e pelo Brasil na implementação das distintas etapas do Capítulo V do Protocolo

Conclusões

Há uma convergência entre os sistemas de soluções de controvérsias comerciais internacionais. No plano multilateral, destaca-se o da OMC e no plano regional, do Nafta e do Mercosul. Todos têm a preocupação de resolver seus diferendos por meio de soluções pacíficas, privilegiando, preliminarmente, as negociações diretas e as consultas. Somente em última instância recorre-se à arbitragem.

Em muitos casos, chega-se a uma solução negociada. Quando ocorre um julgamento pelo sistema de solução de controvérsias, há uma característica comum: a utilização de um método de análise que privilegia a utilização dos *princípios*, dos tratados constitutivos.

No curso do procedimento, é feita uma análise minuciosa dos fatos que compõem a controvérsia, confrontados com os princípios do *livre comércio* e da *concorrência*, aliados aos de cunho geral da *boa-fé*, da *pacta sunt servanda* e do devido processo legal. Cuida-se que a decisão seja razoável e correta para as partes na forma dos parâmetros de relacionamento estatal resultantes dos acordos firmados.

Oliver Holmes, em seu clássico sobre a *common law*, faz uma afirmação que se adapta ao modo de decidir característico do sistema do Mercosul: "A vida do Direito não tem sido apenas uma questão de lógica, mas, sim, de experiência". Ressalta a característica evolutiva do processo decisório, que ocorre na prática dos tribunais. Embora se possa definir o Direito por uma série de proposições auto-suficientes, estasproposições são uma etapa de um processo contínuo de desenvolvimento.

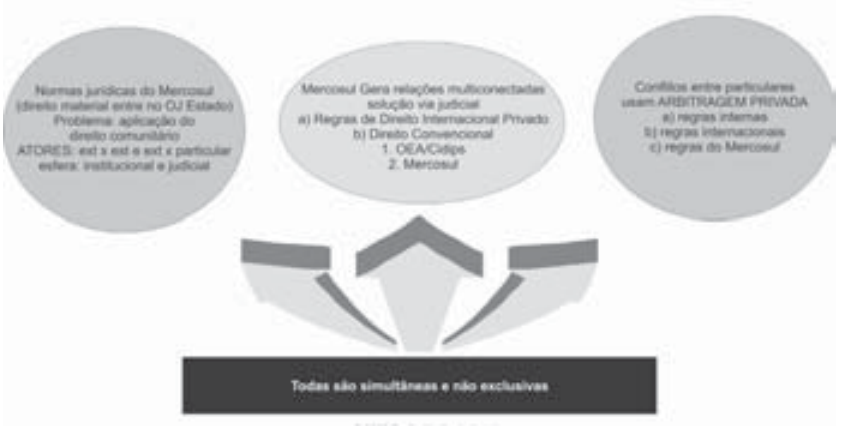
Os laudos analisados demonstram que a postura dos árbitros designados foi no sentido de decidir informados por uma hermenêutica mais ligada a uma matriz principiológica. O conjunto jurisprudencial indica uma interpretação de suas normas segundo os princípios da integração. Há uma correlação entre a compreensão do Direito pelo modelo da *commom law*, e a que emergiu no Mercosul do labor dos Tribunais Arbitrais. A criação do TPR, ainda que sem as prerrogativas do Tribunal existente na Comunidade Européia, certamente fará que essa função seja revista e ampliada.

---

de Brasília, surgem desacordos sobre pontos de direito, ou seja, que há um conflito de opiniões legais ou interesses entre as Partes relativo, à compatibilidade de normas aplicadas pelo Brasil com a normativa Mercosul."

Tabelas dos laudos

Tipos de Controvérsias no Mercosul



© 2005. Profa. Nadia de Araujo

O Resultado dos Laudos

País	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai
Rec^{te}	4	2	1	3
Rec^{do}	3	5		2
Sucesso	2 (4; 9)	1 (3)	1 (8)	3 (5; 6; 7)
Sucesso Parcial	2 (1; 2)	2 (1; 2) Acordo (10)		Acordo (10)

Temas dos Laudos (1)

Laudo	Assunto
1º. Ar/Br	Aplicação pelo Brasil de medidas restritivas de acesso ao mercado
2º. Ar/Br	Subsídios do Brasil à exportação de carne de porco
3º. Br/Ar	Medidas de Salvaguarda aplicada pela Argentina aos têxteis
4º. Br/Ar	Medidas antidumping aplicada pela Argentina para frangos congelados do Brasil

Temas dos Laudos (2)

Laudo	Assunto
5º. Ar/Br	Restrições pelo Uruguai ao acesso de bicicletas
6º. Ar/Br	Restrições à importação de pneus usados
7º. Br/Ar	Restrições fitossanitárias aos produtos argentinos
8º. Br/Ar	Imposto sobre circulação interna de cigarros provenientes do Paraguai

Temas dos Laudos (3)

Laudo	Assunto
9º. Ar/Br	Estímulo dado pelo Uruguai à industrialização de lã
10º. Ar/Br	Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio do tabaco
11º. Br/Ar	Sobre importação de pneus usados (ainda não publicado, já pelo Protocolo de Olivos)

Atualização do Direito dos Tratados*

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros[1]

Introdução

O Direito dos Tratados é ramo do Direito Internacional Público. Tem por objeto disciplinar a conclusão, por escrito, de acordos de vontade entre pessoas internacionais, dispondo sobre direitos e obrigações recíprocos. Abrange os princípios e as normas que concernem a negociação, entrada em vigor, observância, aplicação, interpretação, emenda, modificação, nulidade, extinção e suspensão da execução dos acordos internacionais.

O Direito dos Tratados é alvo da atenção dos organismos internacionais, que buscam codificá-lo, dos legisladores nacionais, da diplomacia e daqueles que se dedicam ao estudo do Direito Internacional.

Muitas controvérsias giram em torno de aspectos do Direito dos Tratados, impulsionadas tanto pela expansão das relações internacionais, e conseqüente aumento do número dos tratados, como pelo processo de democratização dos sistemas políticos internos e de redução do déficit democrático dos organismos internacionais.

A necessidade de atualizar o Direito dos Tratados no Brasil tem sido destacada em teses defendidas no Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco.

José Vicente da Silva Lessa, na tese intitulada "A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais", sublinhou, por exemplo, a "ausência no Brasil de uma lei reguladora da negociação, da assinatura, da

* As opiniões expressas neste trabalho devem ser creditadas unicamente ao autor e não refletem, necessariamente, o ponto de vista do Ministério das Relações Exteriores.

[1]Doutor em Direito (USP). Professor Universitário, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Professor do Instituto Rio Branco.

processualística e da execução dos atos internacionais – circunstância à que se agrega a relutância em ratificar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados". Uma lei nacional de tratados, tal como existente em inúmeros países, concluiu Lessa, "teria a conveniência de regulamentar aspectos sobre os quais persistem dúvidas recorrentes, inclusive no plano federal. Essas dúvidas estão relacionadas à caracterização das partes contratantes, à forma dos atos e suas hierarquias, à concessão de plenos poderes, à entrada em vigor, à ratificação e a vários outros aspectos."[2]

Clemente de Lima Baena Soares, por sua vez, na tese "O Processo Legislativo e a Aprovação de Acordos Internacionais Assinados pelo Brasil", grifou que:

> [M]esmo passados quase cem anos entre a entrada em vigor da Constituição de 1891 e a promulgação da atual Carta de 1988, não foi possível disciplinar, de forma inequívoca, a função de cada Poder no processo de celebração de atos internacionais e de sua posterior aprovação interna, ratificação, implementação e eventual denúncia. [...] Os imprecisos dispositivos constitucionais dão margem a múltiplas interpretações jurídico-doutrinárias sobre o alcance e limite das prerrogativas dos dois Poderes (Executivo e Legislativo) nessa área. [...] É inevitável a adoção de normativa jurídica equilibrada que se ajuste às exigências de dinamismo da atual macroestrutura internacional.[3]

Paulo Caliendo e Valério de Oliveira Mazzuoli entendem igualmente "necessária a promulgação de uma *lei de tratados* no Brasil, onde se deixem bem fixadas as regras brasileiras relativas à integração, eficácia e aplicabilidade dos tratados internacionais em nosso País".[4]

---

[2] LESSA, José Vicente da Silva. "A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais". Tese aprovada no XLIV Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. *Mimeo.*, p. 109.

[3] BAENA SOARES, Clemente de Lima. "O Processo Legislativo e a Aprovação de Acordos Internacionais Assinados pelo Brasil". Tese aprovada no XLVIII Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. *Mimeo.,* p. 130-31.

[4] CALIENDO, Paulo & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Projeto de Lei Complementar sobre a Aplicação das Normas Internacionais no Brasil. *Mimeo.*, p.4.

1. CONSTITUIÇÃO, RELAÇÕES EXTERIORES E PODER DE CELEBRAR TRATADOS

Desde o século XVIII, consolidou se a idéia de que a política externa – materializada juridicamente através dos tratados internacionais – tem como centro de impulsão o Poder Executivo.

Entretanto, ao mesmo tempo, ficou assentado o direito do Legislativo de velar para que os interesses nacionais não sejam afetados por equívocos do Executivo na direção das relações exteriores.

Os rumos da política externa e os métodos da ação diplomática devem ser confiados ao Executivo, mas o Legislativo precisa exercer controle sobre a atividade governamental.

O consentimento do Poder Legislativo, requisito do âmbito interno dos Estados, por conseguinte, executado depois da negociação e da assinatura dos acordos internacionais, por agentes designados pelo Chefe do Poder Executivo, e antes de sua ratificação definitiva, passou a integrar a formação da vontade do Estado para obrigar se internacionalmente.

Encontrar fórmula que permita organizar os poderes constituídos do Estado, de modo a garantir o controle do Legislativo internamente e, ao mesmo tempo, conferir ao Executivo suficiente autoridade para promover os interesses do País no cenário externo, é desafio difícil para legisladores e estudiosos do Direito.

A análise dos principais sistemas constitucionais determinadores da competência dos Poderes constituídos para a formação e a declaração da vontade do Estado em assumir compromissos externos revela a existência de incertezas neste campo.

A originalidade do poder de dirigir e controlar as relações exteriores foi percebida por autores clássicos como Locke, Montesquieu e Hamilton, que identificaram, através de seus estudos, uma função do Estado destinada ao domínio das relações exteriores.

Infelizmente, os redatores das primeiras Constituições não souberam transferir para os seus textos a função preconizada pelos mencionados publicistas. Faltaram lhes as necessárias luzes para dar uma resposta oportuna, homogênea e sistemática às exigências que as relações exteriores demandam no plano constitucional.

O exame cuidadoso das obras de Locke e de Montesquieu revela que eles viram a direção das relações exteriores como um departamento original do governo. Locke usou o termo "*federativo*" para designar esse departamento e distingui lo do "*executivo*" e do "*legislativo*".

No **Segundo Tratado sobre o Governo** (1690), John Locke reconheceu a existência de quatro poderes do Estado, distribuídos entre dois órgãos: o Parlamento e o Rei.

O poder legislativo, exercido pelo Parlamento, é o poder supremo do Estado; o poder executivo, exercido pelo Rei, compreende a execução das leis dentro dos limites do Estado e com relação a todos os que a ele pertencem; a "prerrogativa", também conferida ao Rei, é o "poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras"[5], quer dizer, o conjunto de poderes discricionários mantidos naquela época pelo monarca inglês; e o *poder federativo*, igualmente desempenhado pelo Rei, é o "poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade"[6], ou seja, o poder das relações exteriores.

O Legislativo, sustentou Locke, deve ser distinto do Executivo, porque "pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, para que as mesmas pessoas que possuem a missão de elaborar as leis tenham também nas mãos a faculdade de executá las"[7].

Os poderes executivo e federativo, apesar de diferentes, devem ser confiados a um só órgão em concreto, porque a sua separação pode acarretar inconvenientes, desordens e a ruína do Estado.

Locke declarou textualmente:

> Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo o primeiro a execução das leis municipais da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e o segundo, a gestão da segurança e do interesse do público fora dela, [...] estão quase sempre unidos. [...] Embora, conforme disse, os poderes executivo e federativo de qualquer Estado sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem separar se e colocar se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas. Visto que ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável colocar se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou os poderes executivo e federativo serem confiados a pessoas que possam

[5] LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. In: Locke. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. ("Os Pensadores"). p. 98.
[6] Ibid., p .91 2.
[7] Ibid., p. 91.

> agir separadamente, em virtude do que a força do público ficaria sob comandos diferentes, o que poderia ocasionar, em qualquer tempo, desordem e ruína.[8]

Enquanto o sistema de divisão de poderes apresentado por Locke é considerado como um produto histórico tipicamente inglês, a teoria de Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, ainda que inspirada na obra de Locke e na observação das instituições inglesas, foi concebida para aplicação geral.

O poder federativo, imaginado pelo filósofo inglês, também o foi por Montesquieu, pois declarou no **Espírito das Leis** (1748) que:

> Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o poder executivo das matérias que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz as leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab roga as que já estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia a recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as controvérsias entre os indivíduos. Chamaremos este último de poder judiciário, e o outro, simplesmente, de poder executivo do Estado.[9]

Nesta passagem do **Espírito das Leis**, vê se que Montesquieu conceituou o Legislativo e o Judiciário, mas não conseguiu esclarecer toda a amplitude do Executivo, só destacando a faculdade desse poder de conduzir as relações exteriores.

Montesquieu retomou o tema mais adiante e só então caracterizou melhor o Executivo, dizendo que compete a ele "executar as resoluções públicas".[10]

É importante sublinhar, porém, que a primeira atividade do Executivo que despertou a atenção de Montesquieu foi o poder de decidir sobre as "coisas que dependem do Direito das Gentes", o que nada mais é do que o poder federativo identificado por John Locke.

---

[8] Ibid., p. 92.
[9] MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. (Coleção Pensamento Político, 61). p.187.
[10] Ibid., p. 187.

Outrossim, há um trecho interessante de **O Federalista** (1787-1788), em que Alexander Hamilton, membro da Convenção de Filadélfia, portanto, um dos redatores da Constituição dos Estados Unidos da América, classificou o poder de celebrar tratados como um poder com peculiaridades próprias, que o distinguem dos outros três poderes.

No número 75 de **O Federalista**, intitulado "Do direito de fazer tratados", Hamilton escreveu que:

> A essência da autoridade legislativa é fazer leis, ou, em outras palavras, prescrever regras para a regulamentação da sociedade; enquanto a execução das leis e o emprego da força pública, quer seja para a citada finalidade, quer seja para a defesa comum, compreendem as funções do magistrado encarregado da autoridade executiva. O poder de fazer tratados, como nada tem a ver, ou com a execução das leis já feitas, ou com a criação de leis novas, e menos ainda com o emprego da força pública, claro está que não pertence nem ao Legislativo e nem ao Executivo. O seu objeto consiste na celebração de contratos com nações estrangeiras, que devem ter força de lei, mas que apenas ficam debaixo da salvaguarda da boa fé dos contratantes. Não são normas baixadas por um soberano para os seus súditos, mas são verdadeiros contratos de soberano a soberano. Assim, o poder em questão parece constituir um departamento distinto, não pertencendo, propriamente, nem ao Legislativo e nem ao Executivo.[11] Os meios indispensáveis nas relações com as nações estrangeiras não podem ser empregados senão pelo primeiro magistrado executivo, como o agente mais próprio nas transações deste gênero; mas a importância destes atos e as suas relações com as leis advogam fortemente em favor da associação de uma parte do corpo legislativo ao Presidente que deve concluí los.[12]

Essas lições de autores clássicos do constitucionalismo – Locke, Montesquieu, Hamilton – exprimiram claramente a posição peculiar do poder das relações exteriores, no qual se insere a faculdade de celebrar tratados, mas, infelizmente, como observou Pierre Chailley, foram

[11] Posteriormente, Hamilton mudou de opinião, passando a defender a natureza essencialmente executiva do poder das relações exteriores. *Vide* WRIGHT, Quincy. **The Control of American Foreign Relations**. New York: Macmillan, 1922. p. 135 36.

[12] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1840. 3 v., p. 133 34.

esquecidas pelas Constituições, que se preocupam com o Direito Interno acima de tudo, deixando mais ou menos na sombra as manifestações internacionais da atividade estatal.[13]

O tratado, fonte *sui generis* de regras jurídicas, ao mesmo tempo internacionais e internas, comuns a vários Estados, configura um ato absolutamente original, uma forma normativa autônoma, que não se compara a nenhuma outra, nem à lei e nem ao contrato.

Logo, o poder de celebrar tratados deveria corresponder, no conjunto das competências dos poderes do Estado, a uma função própria, original, que, subordinada, como a lei, à Constituição, formasse, paralelamente ao Poder Legislativo, um poder diferente, independente, mas que não se equiparasse também ao Executivo, pois, se, por um lado, seus titulares devem ser os mesmos, por outro, as funções são diferentes, como demonstrou John Locke.

Em geral, as Constituições não fornecem uma resposta oportuna, homogênea e sistemática às exigências das relações exteriores.

2. Competência do Poder Legislativo

As Constituições disciplinam a competência do Legislativo na celebração de tratados por meio de uma visão estática dos meios de criação de obrigações internacionais.

Visto que a política externa – materializada juridicamente por intermédio dos tratados internacionais – tem como centro de impulsão o Poder Executivo, que acumula os poderes de guerra e a atividade diplomática, convém deixar claro que isso não significa que deva ser minorada a importância da participação do Poder Legislativo no campo das relações exteriores.

A adoção de um regime representativo e democrático requer que se faça efetivo o princípio da soberania popular no domínio da política externa, até o limite permitido pela natureza da sociedade internacional.

Não há motivo que justifique os órgãos representativos de um povo terem truncadas suas possibilidades de participação, quando a atividade política – e sua instrumentação jurídica – ultrapassar as fronteiras do Estado.

---

[13] CHAILLEY, Pierre. **La Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit Contemporain**. Paris: Sirey, 1932. p. 334 35.

É o que afirma Antonio Remiro Brotons, acrescentando que o envolvimento das câmaras legislativas em questões de política externa não deve prejudicar a ação do Executivo, em uma área para a qual esse poder tem melhor aptidão.

Tampouco se pode exigir do Parlamento um conformismo incondicional com fatos consumados.[14]

Há fortes razões que advogam pela importância e pela necessidade da participação do Legislativo nos assuntos atinentes à política externa.

Na qualidade de representação nacional, o Parlamento tem o direito de velar para que os interesses do País não sejam afetados por erros ou má fé do Executivo na direção das relações exteriores. Qualquer falta cometida pode gerar graves conseqüências para a nação. Portanto, é muito perigoso conceder ao Executivo absoluta liberdade para agir no domínio das relações internacionais.

Os atos de política externa engajam a nação toda. O regime da soberania nacional, nascido da democratização dos sistemas políticos, inaugurado pelas revoluções francesa e norte americana, impõe que a nação não seja comprometida por vontade outra que a própria. Por isso, em oposição ao método secular que reduzia a política externa à condição de problema pessoal dos monarcas, surgiu a noção moderna de que a nação não pode se vincular a outra senão em virtude de sua vontade, expressa quer diretamente (hipótese teórica, de aplicação muito difícil), quer pela representação nacional, isto é, por intermédio do Parlamento, eleito pelo povo.

Permitir que o Executivo possa assumir compromissos externos sem a intervenção do Legislativo é renunciar à soberania nacional e ao direito da nação de controlar o seu próprio destino.

O Parlamento deve estar sempre atento para defender as suas prerrogativas contra usurpações do Executivo no âmbito da ação exterior do Estado.

Se o Executivo receber excessiva liberdade para dirigir as relações exteriores, ficará comprometida, em sua integralidade, a competência legislativa e financeira do Parlamento.

Os tratados internacionais freqüentemente acarretam mudanças nos preceitos legais vigentes.

Como guardião do tesouro nacional, o Parlamento tem o dever de impedir o Executivo de assumir encargos financeiros prejudiciais ao País.

[14] BROTONS, Antonio Remiro. **La Acción Exterior del Estado**. Op. cit., p. 16-7.

Não se pode negar ao Parlamento o direito de participar da política externa sem abalar o pleno exercício de suas faculdades legislativas e financeiras.

O direito das Câmaras de intervir na formação da vontade do Estado justifica se até pela sua função de órgão supremo, tanto para legislar como para controlar as finanças nacionais.

A Constituição brasileira de 1988 contém o seguinte dispositivo:

> Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> [...]
> XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

Há entendimento generalizado de que só o Executivo pode exercer adequadamente a função de dirigir a política externa.

Entretanto, as razões que recomendam a concessão dessa responsabilidade ao Executivo – continuidade, segredo, rapidez etc. – não impedem absolutamente que o Legislativo exerça um papel de caráter passivo, mas igualmente importante, nas relações exteriores.

Existiriam inconvenientes e dificuldades, se o Legislativo tomasse parte diretamente na negociação de tratados ou em outras ações diplomáticas, mas é impossível negar o direito do Parlamento de apor seu veto, quando estimar que um ato é nocivo ao interesse nacional.

Os rumos da política externa e os métodos da ação diplomática devem ser confiados ao Executivo, mas o Parlamento precisa exercer controle sobre a atividade governamental, desempenhando não um papel ativo e positivo, mas passivo e negativo.

S. R. Chow apontou a existência de três espécies de controle do Parlamento sobre a política externa, segundo as fontes de onde provém:

1) Controle constitucional. É o controle que o Parlamento exerce em decorrência de preceitos constitucionais. Geralmente, a Constituição prescreve que todos ou alguns acordos internacionais devem ser formalmente submetidos à aprovação do Legislativo para que possam se tornar obrigatórios. Neste caso, o Parlamento adquire o direito de exercer controle formal sobre o Executivo no campo da celebração de tratados.

2) Controle legislativo. É o controle que o Parlamento exerce, legislando sobre assuntos que são de sua competência exclusiva. Às vezes, mesmo não estando prevista na Constituição a compulsoriedade da

aprovação do Legislativo para os tratados, há certos acordos celebrados pelo Executivo que precisam de lei para se tornar executórios; ou então a declaração de guerra ou o emprego da força armada no exterior não podem ser operacionalizados sem um voto de crédito pelo Parlamento. Assim, o Executivo vê-se obrigado a pedir ao Legislativo a sua colaboração antes de adotar as decisões definitivas. O Parlamento pode, portanto, exercer um controle legislativo sobre a política externa.

3) Controle político. É o controle que o Parlamento exerce em virtude de sua influência sobre o Executivo na política do País em geral. Ocorre especialmente nos regimes parlamentaristas, onde a responsabilidade do Gabinete é aplicada em toda a sua plenitude. Para não provocar a oposição do Legislativo, o Governo vê-se obrigado a observar a opinião das Câmaras na condução da política externa.[15]

Os controles constitucional e legislativo são de natureza normativa, advêm das disposições do ordenamento jurídico, enquanto o controle político resulta da prática parlamentar.

Mas o controle constitucional e o controle legislativo são diferentes do ponto de vista do seu valor jurídico.

Sob o regime do controle legislativo, um ato internacional pode ser inexecutável no plano interno, por falta de lei que determine a sua execução, mas será válido no plano externo.

No regime do controle constitucional, o ato internacional praticado sem a formalidade da aprovação do Parlamento pode ser não só inexecutável no âmbito interno, como será nulo no plano externo.

As três espécies de controle parlamentar não se excluem mutuamente.

Existem países onde o controle constitucional funciona adequadamente, enquanto os demais são pouco eficientes. Em outros, os controles legislativo e político predominam. É possível, porém, que os três tipos de controle atuem ao mesmo tempo na fiscalização dos atos internacionais.

Se os atos do governo em geral estão sujeitos à fiscalização do Legislativo, não há razão para excluir do controle do Parlamento os atos referentes às relações exteriores.

---

[15] CHOW, S.R. **Le Contrôle Parlementaire de la Politique Étrangère en Angleterre, en France et aux États Unis**. Paris: Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence, 1920. p. 31-3.

A Constituição do Brasil (1988) estabelece claramente:

> Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> [...]
> X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Assim, se o Executivo preside a política, tanto interna quanto externa, ao Legislativo compete controlar as ações governamentais, concedendo lhes a sua aprovação, o seu estímulo, ou, quando for o caso, a sua censura.

A problemática essencial da determinação da competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados e para a direção e o controle da política externa consiste em buscar uma conciliação entre duas exigências contraditórias: por um lado, a exigência de que o Estado tenha unidade de ação, para que possa enfrentar os desafios da sociedade internacional; por outro, a exigência de que a representação nacional tenha controle sobre a ação do Estado, para que sejam mantidos os princípios democráticos.

Não é fácil obter essa conciliação.

"Combinar os poderes, regulamentá los, moderá los e fazê los agir [...] é obra prima de legislação que o acaso raramente produz e que também raramente deixa se à prudência fazer", sabiamente ponderou Montesquieu.[16]

A realidade do mundo contemporâneo exige a busca de novas fórmulas para o relacionamento entre o Executivo e o Legislativo no processo de celebração de tratados.

As Constituições vigentes em geral disciplinam a competência do Legislativo na celebração de tratados mediante uma visão estática dos meios de criação de obrigações internacionais.

Ocorre que o progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando amplamente os seus meios de criação e levando vários destes meios a ficarem excluídos da previsão estática das regras constitucionais.

Por isso, em muitas Constituições, surge uma área cinzenta, que torna sombrias as normas referentes às relações exteriores, dando margem ao aparecimento de incertezas constitucionais.

---

[16] MONTESQUIEU. Op. cit., p. 96.

Para sair dessa faixa sombria, há necessidade de uma ótica renovada, que encare com coragem a fluidez e a celeridade da produção de acordos internacionais.

Infelizmente, poucos Estados têm audácia para inovar neste domínio.

As Constituições da Dinamarca e da Suécia são exemplos dignos de menção, pois adotaram fórmulas que asseguram ampla participação do Parlamento – e não simples controle – nas decisões da política externa.

As referidas Constituições estabeleceram órgãos parlamentares reduzidos e representativos, sempre prontos para entrar em ação, que devem ser informados a respeito da evolução das relações exteriores e consultados sobre decisões importantes.

3. RELAÇÕES EXTERIORES E DEMOCRACIA

A aptidão da democracia para lidar com as relações exteriores tem sido questionada desde que as revoluções do final do século XVIII instituíram o controle do Legislativo sobre a política externa, mediante a obrigatoriedade da aprovação parlamentar dos tratados negociados pelo Executivo.

No Ancien Régime, as relações exteriores forneceram o ambiente onde floresceu com sua maior pureza o absolutismo real.

A política estrangeira, como foi destacado anteriormente, era considerada assunto da estrita atribuição pessoal do Monarca: debaixo de suas ordens ou das ordens dos seus auxiliares diretos agiam os encarregados de missões diplomáticas.

A diplomacia era para os Reis, sobretudo, a gestão dos negócios de sua família. Os problemas concernentes a casamentos e dotes adquiriam importância fora do comum. Mera ruptura de promessa de casamento, por exemplo, podia ser considerada causa legítima de guerra.

Os embaixadores nada mais eram do que intendentes das Casas Reais.

O Direito Internacional disciplinava as relações entre Príncipes Soberanos. Os povos eram comparados aos menores ou incapazes. Os Reis dispunham dos súditos, sem precisar do seu consentimento.

No tempo das monarquias absolutas, explicou Harold Nicolson, "o Estado, com todos os seus habitantes, era tido como propriedade do Soberano reinante".[17]

[17] NICOLSON, Harold**. Diplomacy**. London: Thornton Butterworth, 1939. p. 60.

Luís XIV, assim como Catarina II ou Frederico, o Grande, só para citar alguns exemplos mais conhecidos, mantinham a conduta da política externa nas suas próprias mãos. Eram a "autoridade soberana", não apenas nominalmente, mas de fato.

Essa nota característica da política externa das monarquias foi tão forte e vigorosa por tanto tempo que arraigou a idéia de que as democracias não têm aptidão para defender os interesses do País no exterior.

A unidade do poder, em uma monarquia, simplifica singularmente as relações diplomáticas.

O próprio Jean-Jacques Rousseau, um dos filósofos que mais influíram para o ideário da Revolução Francesa, afirmou que os assuntos inerentes à política externa não devem ser tratados pelo povo.

Nas **Lettres Écrites de la Montagne** (1764), Rousseau escreveu:

> Pelos princípios estabelecidos no Contrato Social, vimos que, malgrado a opinião geral, as alianças de Estado a Estado, as declarações de guerra e os tratados de paz não são atos de soberania, mas de governo; e este sentimento está conforme o uso das nações que melhor conheceram os verdadeiros princípios do direito político. O exercício exterior do poderio não convém ao povo, as grandes máximas do Estado não estão, de forma alguma, ao seu alcance; ele deve deixá las aos seus chefes, os quais, sempre mais esclarecidos sobre essas questões, não terão nenhum interesse em fazer com potências estrangeiras tratados desvantajosos para a pátria; a ordem recomenda que o povo deixe toda a ostentação exterior e se limite unicamente ao concreto. O que essencialmente interessa a cada cidadão é a observância das leis dentro do País, a propriedade dos bens e a segurança individual. Tudo irá a contento se esses três pontos forem observados; deixemos os Conselhos negociarem e tratarem com o estrangeiro; não é desse ponto que vêm os perigos que devem ser mais temidos. [...] Um tratado é ato de governo, não de legislação. Conseqüentemente, é da competência do governo.[18]

No entendimento de B. Mirkine Guetzévitch, essa concepção é rudimentar e até mesmo ingênua, pois Rousseau sustentou, em outras palavras, que, sendo as leis observadas no âmbito interno, podem os

[18] ROUSSEAU, Jean Jacques. **Oeuvres Complètes de J.J. Rousseau**. Paris: Bureau de la Societé des Publications Illustrès, 1846. v.3, p. 147.

cidadãos deixar que os governantes negociem livremente com o estrangeiro.[19]

Não viu Rousseau, portanto, qualquer relação entre a política externa e a liberdade dos cidadãos.

É necessário considerar, ponderou Joseph Barthélemy, que, em meados do século XVIII, época na qual Rousseau escreveu as **Cartas da Montanha**, o serviço militar não era obrigatório, nem havia exércitos que abrangessem toda a nação; sobretudo, as conseqüências das guerras não acarretavam ônus excessivamente pesados para as finanças do País e os particulares não sentiam individualmente os seus efeitos.

As opiniões de Rousseau, concluiu Joseph Barthélemy, são compreensíveis para um tempo em que a guerra era feita com exércitos profissionais, que não passavam de um punhado de homens, se forem comparados com o impressionante efetivo dos exércitos modernos.[20]

A idéia de que tratado não é ato de legislação, porém de governo, decorre da teoria sustentada por Rousseau sobre a natureza do ato legislativo, segundo a qual a lei é sempre genérica, não pode ter um objeto particular e o tratado é uma decisão particular, na ótica do autor do Contrato Social.

B. Mirkine Guetzévitch assevera que Rousseau "não entendeu o problema da validade interna do tratado internacional; tratado que revoga lei é regra geral".[21]

Quando afirmou que não convém ao povo o exercício exterior do poderio do Estado, Rousseau quis dizer que este igualmente não convém às assembléias legislativas, em um sistema representativo, pois sustentou que as alianças, declarações de guerra e tratados "não são atos de soberania, mas de governo".

É sabido que, no pensamento de Rousseau, o soberano é o povo em corpo que estabelece as leis (Legislativo), e o governo é o grupo de homens que as executam (Executivo).[22]

---

[19] MIRKINE GUETZÉVITCH, B.**Droit International et Droit Constitutionnel**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, La Haye, 38:359, 1931(IV).

[20] BARTHÉLEMY, Joseph. **La Conduite de la Politique Étrangère dans les Démocraties**. Paris: Dotation Carnegie pour la Paix Internationale/Publications de la Conciliation Internationale, 1930. p. 96-7.

[21] MIRKINE GUETZÉVITCH, B. Op. cit., p. 359.

[22] TOUCHARD, Jean (Org.). **História das Idéias Políticas**. Lisboa: Publicações Europa América, 1970. v.4, p. 92.

Na opinião de Antonio Remiro Brotons, em verdade, como tantos outros pensadores, Rousseau apoiou a tese de que a política exterior é uma atividade – e uma ciência – para iniciados.[23]

Na mesma linha de raciocínio, Alexis de Tocqueville, em sua notável obra **Democracia na América** (1835), confessou que:

> Quanto a mim, não hesito em dizer: é na direção dos interesses exteriores da sociedade que os governos democráticos me parecem decididamente inferiores aos outros. [...] A política exterior não exige o uso de quase nenhuma das qualidades que são próprias da democracia, e pelo contrário, determina o desenvolvimento de todas aquelas que lhe faltam. [...] A democracia é incapaz de coordenar os detalhes de um grande empreendimento, deter se em um propósito e depois segui lo obstinadamente, superando os obstáculos. Não consegue combinar medidas em segredo e esperar pacientemente os seus resultados. Essas qualidades pertencem mais particularmente a um homem ou a uma aristocracia.[24]

Na França, especialmente durante a Terceira República (1870–1940), partidários da monarquia insistiram na tese da inferioridade do governo republicano e democrático no trato das relações com o estrangeiro.

O Duque Albert de Broglie, presidente emérito da Societé d'Histoire Diplomatique, manteve, nas últimas décadas do século passado, uma acirrada luta doutrinária contra o regime republicano, criticando, sobretudo, o comportamento deste frente ao exterior.

Enfaticamente, argumentou que "um Rei trabalha de maneira a tornar seu Estado poderoso, rico e generoso, como o proprietário que preserva seu patrimônio, o camponês que aprimora sua lavoura, o aristocrata que decora seu solar".[25]

Os governantes democráticos, ao contrário, não possuem, diante do Estado, outros sentimentos além de indiferença e pouco caso, semelhantes aos do locatário para com o imóvel que ocupa temporariamente.

---

[23] BROTONS, Antonio Remiro. Op. cit., p. 14.

[24] TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 2.ed. São Paulo: EDUSP; Belo Horizonte: Itatiaia, 1977. p. 177.

[25] BROGLIE, Albert de. "La Diplomatie et les Principes de la Révolution Française". **Revue des Deux Mondes**, Paris, 73(XXXVIII année 2e période):598, 1868.

Prosseguiu na sua defesa das virtudes da monarquia, acrescentando que nesse sistema de governo:

> [o]s conflitos que ameaçam a paz são discutidos discretamente, a portas fechadas, e não estão sujeitos a serem envenenados pelas violências ou caprichos da opinião pública. Uma vez assinado um tratado pelo Rei, tudo está dito: nada de discussão na imprensa ou no Parlamento para contestar a sua validade; a honra monárquica e a palavra do Soberano garantem o cumprimento do acordo. Além dessas garantias, também a permanência dos interesses reforça a segurança do pacto entre Soberanos. Cada Reino tem sua tradição política conhecida pelos demais e essa se transmite juntamente com a Coroa de pai para filho.[26]

A base da tese de Broglie é a afirmação dogmática de que as virtudes da monarquia são precisamente as mesmas requeridas por uma boa política externa.

Unidade, encadeamento, permanência, durabilidade, segredo, continuidade e coerência, virtudes próprias da monarquia, também o seriam de uma diplomacia exitosa.

A democracia, por sua vez, pressupõe o domínio da opinião pública, portanto, dos partidos políticos, acarretando a desunião, a dispersão, a fraqueza no interior e a impotência no exterior.

Marcada pela instabilidade, a democracia ficaria impossibilitada de estabelecer um plano diplomático consistente e de perseguir pacientemente a sua realização, sendo obrigada a renunciar aos grandes desígnios e aos projetos de longo alcance.

Ademais, para realizar os vastos planos diplomáticos que só ela é capaz de conceber, a monarquia disporia, por definição, de meios políticos que faltam aos regimes democráticos: as alianças de família, a influência exterior da pessoa do Rei, o pessoal diplomático pretensamente mais qualificado, entre outros.

Igualmente ardoroso defensor da monarquia, Lord Reay reforçou a tese da superioridade desta forma de governo, escrevendo nas páginas da conceituada **Revue d'Histoire Diplomatique**, publicada pela Societé que o Duque de Broglie presidia.

[26] Ibid., p. 598.

Ponderou Lord Reay que o modo de abordar as questões da política externa no Parlamento não é o que convém às chancelarias. Os argumentos empregados nos debates parlamentares não conduzem à conclusão de tratados vantajosos com potências estrangeiras, pois a reticência é indispensável para o êxito da ação diplomática e é precisamente a reticência que a democracia desfaz.

Para dirigir a política externa, são necessários talentos de caráter diferente dos talentos oratórios. As graves questões internacionais não podem ser tratadas à luz do dia. O bom diplomata trabalha na sombra, discretamente. Deve saber distinguir o permanente do transitório, observar os fatos continuadamente, sem interrupções, para saber prevenir e não se deixar surpreender por acontecimentos e, assim, ter domínio da situação, escolhendo corretamente o curso a seguir.

Concluiu Lord Reay: "A política externa deve ser protegida das discussões parlamentares, que dão vazão à efervescência da opinião pública. As Câmaras legislativas podem provocar crises que os diplomatas só com muito esforço conseguem contornar."[27]

Além de Reay e de Broglie, engajados nos embates políticos do seu tempo, a tese da falta de aptidão da democracia para o trato das relações exteriores foi sustentada da cátedra pelo jurista Maurice Hauriou, que alertou para a necessidade de se buscar soluções ao problema da "incapacidade das democracias liberais em matéria de política estrangeira".[28]

Joseph Barthélemy combateu a tese da inferioridade da democracia, procurando demonstrar que o governo democrático pode manter política externa tão eficiente quanto o regime monárquico, pois, se esse sistema desfruta, desde o ponto de vista dos seus partidários, de certos meios particulares e de certas vantagens especiais, eles são, sem dúvida, exagerados.

A democracia não é menos apta que a monarquia para gerir os destinos do País no exterior.

É, principalmente, do gosto pelo tema que ela carece: "Ávida de justiça, igualdade, liberdade e reformas sociais, a democracia se interessa menos pela direção da política além fronteiras do que pela condução da política nacional."[29]

---

[27] REAY, Lord. **La Démocratie et la Diplomatie. Revue d'Histoire Diplomatique**, Paris, 10e année:351-52, 1896.

[28] Le Figaro, 27 de maio de 1916. *Apud* BARTHÉLEMY, Joseph. **Démocratie et Politique Étrangère**. Paris: Félix Alcan, 1917. p.14.

[29] BARTHÉLEMY, Joseph. Ibid., p.87.

Ademais, mesmo que se admita a superioridade da monarquia para o equacionamento das relações exteriores, ela padece de um grave defeito: está morta, pelo menos na sua forma absoluta.

Nem os mais extremados defensores modernos da monarquia pretendem restaurar o poder real como existia, por exemplo, nos tempos de Luís XIV.

O sentimento democrático emergiu por toda a parte e está definitivamente implantado na consciência dos povos.

Não há como suprimir o sufrágio universal. É possível apenas melhorá lo.

As modernas monarquias que adotam o sufrágio para a escolha de representantes populares e estão submetidas ao império da Constituição e das leis são formas de democracia.

No clássico **Les Démocraties Modernes**, James Bryce frisou que: "Sejam quais forem as falhas das democracias modernas no domínio da política externa, elas são mais desculpáveis que os erros praticados por Monarcas e Oligarquias no passado, pois esses foram mais funestos quanto à manutenção da paz e ao progresso da humanidade."[30]

Com efeito, a tese da superioridade monárquica é falsa, porque está alicerçada na concepção de um governo ideal, que reúne todas as qualidades e não possui nenhum defeito para conduzir a política externa.

Ao mesmo tempo, a tese também está baseada na falsa premissa de que o povo é uma massa sem vontade própria, inerte e obediente.

Enfim, os defensores da tese das virtudes da monarquia ficam absortos na contemplação do passado, hipnotizados por uma conjuntura pretérita que está irremediavelmente superada, e na qual destacam as glórias e dissimulam os fracassos.

Entretanto, é forçoso admitir que, na evolução constitucional de todos os países, o progresso democrático é bem mais lento, e ainda hoje menos completo, no campo da política externa, do que no campo da política doméstica.

A direção da política externa precisa ficar a cargo do Executivo e a intervenção do Legislativo neste domínio só pode ocorrer sob a forma de controle das ações governamentais.

Destarte, a aptidão dos governos democráticos no trato das relações exteriores continua sendo uma questão polêmica.

[30] BRYCE, James. **Les Démocraties Modernes**. Paris: Payot, 1924. v. 2, p. 423.

Nos Estados Unidos da América, Walter Lippmann declarou, em 1917:

> A razão pela qual confiamos em um homem, mais do que em muitos, é porque um homem pode negociar e muitos não podem fazê lo. Duas massas de povo não têm como tratar uma com a outra. [...] O povo americano inteiro não pode tomar uma caneta e redigir nota aos sessenta e cinco milhões de pessoas que habitam a Alemanha. [...] As reais qualidades necessárias para a negociação – perspicácia, contato direto, adaptabilidade, inventividade, noção de proporcionalidade entre ceder e exigir – são qualidades que as massas populares não possuem.[31]

George F. Kennan, diplomata e historiador, autor do famoso artigo "Motivações da Conduta Soviética", publicado sob o pseudônimo de "Mr. X", na revista **Foreign Affairs**, em julho de 1947, entre outros importantes trabalhos, filiou se à tese de que os sistemas políticos democráticos são particularmente mal equipados para enfrentar os desafios das relações internacionais. Expressou grande receio de que uma população desinformada e emotiva possa impedir que um Estado pratique ações necessárias para sua segurança e bem estar. Por outro lado, os caprichos da opinião de parlamentares e as concessões que precisam ser feitas para obter consenso político podem igualmente afetar o andamento da política externa. A paralisia, a indecisão e a rigidez, no entendimento de Kennan, são os defeitos mais comuns das relações exteriores de Estados democráticos.[32]

Na Grã Bretanha, Harold Nicolson tentou sistematizar, na sua conhecida obra **Diplomacy**, de 1939, os perigos e dificuldades a que estão expostos os governos democráticos na condução dos assuntos internacionais.

Teoricamente, os perigos para a diplomacia democrática são:

1) Irresponsabilidade. O povo em geral não está preparado para assumir a responsabilidade do controle da política externa.

2) Ignorância. Nem sempre os fatos da política internacional são apresentados ao povo de maneira clara. Mais perigosas ainda são certas

[31] *Apud* WRIGHT, Quincy. **The Control of American Foreign Relations**. New York: Macmillan, 1922. p. 365.

[32] WILLIANS, P. & SMITH, M.H. **The Conduct of Foreign Policy in Democratic and Authoritarian States**. The Year Book of Worlds Affairs, London, 1976:205, 1976.

formas de conhecimento popular. O diplomata profissional passa a vida estudando a política externa e é cauteloso em não tirar conclusões precipitadas nem fazer generalizações apressadas. O cidadão comum não tem o mesmo cuidado.

3) Demora. O monarca absoluto ou o ditador podem decidir e executar uma ação no espaço de poucas horas. O governo democrático age lentamente.

4) Imprecisão. As democracias tendem a preferir fórmulas vagas a definições precisas.[33]

Já do ponto de vista da prática, os perigos que cercam a diplomacia democrática são os seguintes:

1) Publicidade. Os regimes totalitários usam a imprensa como veículo de propaganda, enquanto os democráticos a usam para propósitos de formação e educação.

2) Participação de políticos. Os governos democráticos tendem a permitir que políticos tomem parte de negociações internacionais. A diplomacia não é a arte de conversar, mas a arte de negociar acordos de forma precisa e técnica, tarefa para a qual só estão preparados os diplomatas profissionais.[34]

Mesmo identificando todos esses problemas teóricos e práticos, Harold Nicolson sublinhou que isso não quer dizer que considera a diplomacia dos países democráticos mais ineficiente ou perigosa que a dos não democráticos. Ao contrário, classifica a diplomacia democrática como "infinitamente preferível a qualquer outro sistema", mas acha que ela ainda não encontrou a sua própria fórmula de atuação.[35]

Essa fórmula pode ser descoberta se as democracias atingirem três metas.

Em primeiro lugar, Nicolson insiste na necessidade de o povo aprender a distinção entre "política externa", que é matéria para o Executivo resolver, com a aprovação do Legislativo, e "negociação", que é a execução da política externa, e deve ser geralmente confiada ao discernimento dos diplomatas profissionais.

[33] NICOLSON, Harold. Op. cit., p. 90-7.
[34] Ibid., p. 97-101.
[35] Ibid., p. 101.

Em segundo lugar, é preciso fortalecer o caráter profissional do corpo diplomático e ampliar as suas bases, democratizando o acesso de pessoas de todas as camadas da população ao serviço exterior.

Finalmente, em terceiro lugar, é conveniente promover continuamente a educação do povo, de modo que adquira razoável assimilação dos princípios de bom senso que devem presidir as relações internacionais.[36]

Oportuno é mencionar, ainda, mais alguns dados que comprovam as virtudes da democracia nos assuntos internacionais.

Quando um governo democrático transgride uma regra de Direito Internacional, a sua Constituição em geral prevê mecanismos que permitem reagir internamente contra essa infração. Por exemplo: o descumprimento de um tratado, ratificado nos termos constitucionais, é uma flagrante violação do direito interno, que pode ser impugnada por recursos judiciais que a própria Constituição estabelece.

Já na hipótese de um governo totalitário violar uma regra internacional, não há qualquer recurso no direito interno.

É certo, portanto, que a democracia trouxe sensíveis modificações nos meios de conduzir e de controlar as relações exteriores e no próprio Direito Internacional.

Conforme a lição de Nicolas Politis:

> O Direito Internacional era misterioso e obscuro. Achava se em um estágio semelhante ao do Direito Romano antes da redação da Lei das XII Tábuas: o seu conhecimento era monopólio de altos funcionários das chancelarias e de poucos iniciados. O povo nada sabia da matéria. As coisas começaram a mudar com a democracia. Os governos aos poucos foram sendo levados a publicar ou a permitir a divulgação de documentos de sua vida normal. A honra de ser o primeiro a entrar nesse caminho coube aos Estados Unidos. O seu exemplo permanecerá na história do Direito Internacional como tão benfazejo quanto o de Gnaius Flavos que, há vinte e cinco séculos, abriu ao povo romano os arquivos onde os pontífices conservavam a interpretação dos costumes e as fórmulas processuais.[37]

---

[36] Ibid., p. 101-3.

[37] POLITIS, Nicolas. **Les Nouvelles Tendences du Droit International**. Paris: Hachette, 1927. p. 232-33.

4. Competência do Poder Executivo

A competência para declarar a vontade do Estado em obrigar se por tratados pertence ao Executivo.

Na grande maioria dos Países democráticos, a Constituição exige a convergência das vontades do Executivo e do Legislativo para a formação da vontade do Estado. Raramente, a Constituição prescreve que esta formação compete só ao Legislativo. Contudo, a declaração da vontade estatal é sempre competência do Executivo.

O processo de celebração de tratados caracteriza-se, portanto, pela acentuada predominância do Executivo.

Investido no poder de entabular as negociações e de engajar definitivamente a fé nacional, compete ao Executivo comunicar a vontade do Estado aos demais sujeitos do Direito Internacional.

A condução da política externa é atributo natural do Poder Executivo.

Não obstante a força e a expansão dos princípios democráticos, que influenciam, desde o final do século XVIII, a organização dos regimes políticos representativos, os Estados mantêm, no domínio das relações exteriores, um comportamento quase monárquico.

A direção da política externa é geralmente competência de uma só pessoa. Pouquíssimos são os países onde há envolvimento de um número maior ou de todas as pessoas.

Compete privativamente ao Presidente da República, diz a Constituição brasileira de 1988, "manter relações com Estados estrangeiros" (artigo 84, VIII).

São principalmente as circunstâncias inerentes à política internacional que direcionam as Constituições a conferir ao Executivo o poder de dirigir as relações exteriores.

No plano interno, as Constituições procuram impor limites à ação do Executivo, de forma a preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado. A maior concentração de prerrogativas nas mãos do Executivo desperta suspeitas e temores, levando, freqüentemente, à divisão territorial do poder, mediante descentralizações administrativas e aplicação do federalismo, e à divisão funcional do poder, por meio do sistema de freios e contrapesos, entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

No plano externo, ao contrário, as Constituições admitem uma concentração de prerrogativas em torno do Executivo, pois só esse poder

reúne os requisitos necessários para imprimir dinâmica contínua à política externa, garantindo a segurança do Estado e preservando a sua existência.

O Executivo dos países que adotam regimes democráticos e representativos dispõe de uma autoridade no domínio das relações exteriores, que não lhe é concedida nos outros setores da atividade estatal.

A predominância do ramo executivo do governo decorre da natureza do sistema internacional contemporâneo, que ainda se conserva em uma fase de autotutela, na qual cada Estado precisa proteger a si mesmo e conta para isso basicamente com as próprias forças.

A convivência na sociedade internacional requer uma fonte única de autoridade.

Só o Executivo pode defender eficientemente os interesses nacionais no âmbito das relações exteriores.

A estrutura (ou a ausência de estrutura) da sociedade internacional, que, por não dispor de órgãos institucionalizados, capazes de impor as suas decisões aos Estados, configura uma ordem potencialmente belicosa, é a principal razão que conduz as Constituições dos países democráticos a confiarem a direção das relações exteriores ao Executivo.

Quer se trate de relações diplomáticas, quer de ações militares, é ao Executivo que compete sempre a iniciativa e a impulsão; cabe a ele orientar; dar a primeira e a última palavra.

Só assim o Estado pode, se necessário, agir rapidamente, em segredo, com continuidade de propósitos, ou, quando for o caso, com flexibilidade.

O representante do Estado nas suas relações com as potências estrangeiras, o órgão central, diretor da política externa, por excelência, é o Chefe do Estado.

Convém, entretanto, frisar que essa função pode ser deslocada para o Chefe do Governo, se o Poder Executivo apresentar estrutura dual.

Nas repúblicas presidencialistas e nas monarquias absolutas, o mesmo indivíduo exerce a Chefia do Estado e a Chefia do Governo.

Nos regimes parlamentaristas, monárquicos ou republicanos, as aludidas funções são exercidas por distintos titulares. Neste caso, geralmente é o Chefe do Governo que conduz a política externa.

O Executivo, em suma, seja qual for a sua configuração, impulsiona as relações internacionais.

As conferências diplomáticas, das quais depende a solução de intrincados problemas, exigem demorada e paciente preparação.

Nessas reuniões, impõe se que o Estado atue às vezes em segredo, sempre com unidade de visão, prudência, espírito de continuidade e perseverança, condições que só o Executivo pode proporcionar.

Por outro lado, a heterogeneidade e a instabilidade da composição das Câmaras, integradas por grande número de parlamentares; os períodos de recesso a que estão submetidas; o caráter público e nada discreto dos debates; a lentidão do processo decisório, entre outros aspectos, representam obstáculos muito sérios para que o Legislativo possa ter uma participação ativa na direção da política externa.

Ademais, as tribunas parlamentares não têm se revelado instrumento apropriado para examinar em profundidade os temas das relações internacionais ou para conciliar interesses e visões conflitantes.

Não é possível, igualmente, atribuir ao Legislativo competência para tomar parte da negociação de tratados.

O Executivo dispõe não só dos meios indispensáveis para perceber quais são as cláusulas úteis ao interesse nacional, mais bem informado que é das necessidades gerais do País e mais habilitado a assegurar a boa redação dos textos convencionais, como também apenas o Executivo pode divisar, através das informações que recebe dos agentes diplomáticos, o que pode exigir das demais partes contratantes e obter dessas as maiores concessões possíveis.

A constatação de que o Executivo deve ser o centro de impulsão da política externa e reunir sob sua competência os poderes de guerra, a negociação dos tratados e as relações diplomáticas, vem do tempo dos regimes monárquicos do século XVIII e continua verdadeira para as democracias da época contemporânea.

Foi essa a tese vitoriosa na Convenção de Filadélfia, de 1787, e na Constituinte francesa, que aprovou, em 1790, o Decreto sobre o Direito da Paz e da Guerra, sob a inspiração de Mirabeau.

Entretanto, devido à necessidade de as Constituições imporem limites às funções do Executivo no plano doméstico e à exigência que advém das características das relações exteriores de ampliação das faculdades do Executivo, surge uma inevitável dificuldade para disciplinar essa área.

Se for severamente cerceado nas suas atividades, em função da imperiosidade de proteger o regime democrático, há o perigo de o Executivo se tornar enfraquecido e ficar inapto a defender eficazmente os interesses nacionais em face dos demais países.

Por outro lado, se a Constituição conferir ao Executivo poder vigoroso no campo das relações exteriores, para que possa se desempenhar com a necessária autoridade, rapidez e segredo na vida internacional, ele pode tornar-se um poder forte demais e extrapolar as suas limitações, instituídas para preservar o equilíbrio entre os poderes do Estado.

Assim, o que é virtude no tocante ao âmbito interno pode ser vício no domínio das relações exteriores, na medida em que a política externa pode se tornar prisioneira e vítima da organização democrática do Estado; e o que é virtude para as relações exteriores pode ser vício internamente, na medida em que a convivência democrática interna entre os poderes pode ficar prejudicada, na ânsia de fortalecer a direção da política externa.

Ao fazer a divisão de poderes, as Constituições geralmente conferem ao Parlamento o poder de legislar e ao Executivo o poder de administrar e cuidar para que as leis sejam fielmente executadas.

Essa divisão aplica se tanto aos assuntos internos quanto externos.

O Parlamento pode, por exemplo, legislar sobre impostos e tarifas, para garantir o progresso do País, no pertinente tanto às questões internas como externas.

O Executivo pode designar ministros e altos funcionários da administração interna, assim como pode nomear o Ministro das Relações Exteriores e agentes diplomáticos que vão atuar nas questões da política externa.

Entretanto, as Constituições, em geral, são imprecisas no domínio das relações internacionais.

Há poderes que o ordenamento constitucional confere que não se ajustam à clássica divisão entre elaborar e executar a lei.

O Parlamento tem poder para autorizar o Presidente a declarar a guerra e a celebrar a paz, o que não é estritamente uma função legislativa; o Governo tem poder para negociar tratados e, com o consentimento do Legislativo, torná los obrigatórios, o que não é estritamente uma função executiva.

Mas a política externa abrange atividades bem mais vastas do que fazer tratados, declarar guerra ou legislar sobre tarifas, pois consiste em um processo cotidiano, dinâmico, contínuo e informal.

O Legislativo nem sempre está em sessão, e seus membros se dispersam pelos mais distantes pontos do País.

O Executivo está sempre em atividade.

O Parlamento decide formalmente, por lei ou resolução, dando ampla publicidade aos seus atos.

O Executivo pode agir informalmente e, quando necessário, atua de maneira discreta ou até secreta.

Mesmo que a Constituição imponha a obrigatoriedade de obter a aprovação do Parlamento para os tratados internacionais, é difícil contornar a prática do Executivo de celebrar acordos informais (e mesmo formais), agindo sozinho, sem a participação do Legislativo.

Como único órgão de comunicação com o resto do mundo, o Executivo torna se olhos, ouvidos e voz do Estado e também o próprio centro de formulação da política externa.

O Parlamento, via de regra, contribui para a expansão dos poderes do Executivo nas relações exteriores.

Há sentimento generalizado entre os legisladores de que a exclusividade das informações e a experiência acumulada fazem do Executivo o órgão apto a lidar com a política internacional.

O Legislativo esboça reações pouco enérgicas contra a celebração de acordos pelo Executivo sem a aprovação parlamentar.

A prática freqüente de consultas informais entre o Executivo e os líderes dos partidos representados no Parlamento serve para desarmá los, assim como aos demais legisladores, e ajuda a confirmar a autoridade do governo para agir sem a participação do Legislativo.

Enfim, são tantas as incertezas constitucionais que cercam a condução da política externa, que há quem vislumbre a existência de uma área cinzenta (*twilight zone*), na qual a divisão de poder entre o Executivo e o Legislativo é obscura.[38]

O progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando amplamente os meios de criação delas e levando vários destes meios a ficarem excluídos da previsão estática das regras constitucionais.

Por isso, fala se na existência de uma área cinzenta em algumas Constituições, que torna sombrias as normas referentes às relações exteriores.

Para sair dessa faixa sombria, há necessidade de uma ótica renovada, que encare com senso de realismo a fluidez e a celeridade da produção de acordos internacionais.

---

[38] HENKIN, Louis. **Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs**. New York: Columbia University Press, 1990. p. 17-43.

5. Desafios constitucionais

Os contatos externos adquiriram, a partir de meados do século atual, aceleração extraordinária, realçando a importância da rapidez e da simplificação das formalidades com que os tratados internacionais precisam ser decididos.

Essa imperiosidade de resolver com celeridade as questões urgentes que a multiplicação dos contatos entre os Estados não cessa de criar no plano internacional conduziu ao surgimento de uma interpretação restritiva dos tratados – instrumentos jurídicos em forma solene – e ao aparecimento da categoria dos acordos em forma simplificada.

Em alguns países, os Parlamentos, firmes na defesa de suas prerrogativas no terreno propriamente legislativo, mostram-se dispostos, contudo, a conceder ao Poder Executivo a decisão exclusiva sobre acordos internacionais de importância secundária e de natureza técnica ou administrativa.

Certos Estados decidiram enumerar na Constituição os tratados que requerem obrigatoriamente a aprovação do Legislativo ou os tratados que não requerem aprovação parlamentar.

Nos países onde os procedimentos constitucionais de celebração de tratados continuam particularmente lentos e complicados, os acordos em forma simplificada adquiriram desenvolvimento especial.

Os sistemas que mantêm a obrigatoriedade da aprovação do Legislativo para todos os tratados, a despeito da prática reiterada dos acordos em forma simplificada, estão sujeitos ao surgimento de conflitos entre as normas constitucionais relativas à competência dos Poderes do Estado para a celebração de tratados e os acordos internacionais que não as respeitarem.

O aprimoramento do Direito das Relações Exteriores, seja em nível constitucional, seja em nível de legislação ordinária, é de notória importância para o futuro do Direito Internacional.

Os Estados conservam no poder constituinte e na faculdade de legislar internamente uma boa parcela de sua adequada conformação jurídica à sociedade das nações.

O Direito Internacional Público ganha em vitalidade com o aperfeiçoamento de princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais da ação exterior do Estado.

A participação do Estado na vida societária internacional adquire maior confiabilidade, uma vez que a correta regulamentação da atividade

externa é garantia de executoriedade das normas internacionais no âmbito interno.

No quadro constitucional, há países que conservam as regras clássicas de divisão da competência entre os poderes constituídos para a celebração de tratados (negociação – assinatura – aprovação legislativa – ratificação), mas admitem uma interpretação dos textos constitucionais no sentido de que certos acordos de interpretação, complementação ou execução de tratados preexistentes, ou de caráter administrativo ou técnico, podem ser concluídos em forma simplificada (sem aprovação legislativa e sem ratificação), geralmente pela troca de notas diplomáticas.

Existem países, por outro lado, que optam por introduzir em suas Constituições uma disposição específica relativa aos acordos em forma simplificada, quando se apresentam três alternativas: 1) prever expressamente a celebração dos referidos acordos; 2) estabelecer uma lista de tratados que precisam ou não da aprovação do Legislativo, de modo que os acordos que não constarem da lista, afirmativa ou negativa, podem ser celebrados em forma simplificada; 3) proibir a celebração desses acordos.

Várias Constituições determinam que todos os tratados internacionais devem ser aprovados pelo Legislativo, sem exceções. Mas nenhuma proíbe expressamente a celebração de acordos em forma simplificada.

A multiplicação dos acordos simplificados tem sido de tal ordem que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada sob os auspícios da ONU e assinada a 23 de maio de 1969, admite a existência deles, dispondo que o consentimento de um Estado em obrigar se por um tratado pode manifestar se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.

No Brasil, a exigência do assentimento do Legislativo para os tratados foi amadurecendo aos poucos, por meio da própria experiência política nacional. Preocupados com certos tratados prejudiciais aos interesses pátrios, concluídos durante o Primeiro Reinado, os legisladores da época imperial já haviam exigido a aprovação parlamentar para todos os compromissos externos, enquanto o governo fosse exercido pela Regência Permanente (1831–1840).

Implantada a República, o legislador constituinte conferiu ao Parlamento a prerrogativa de apreciar os tratados internacionais e conceder ou não o seu consentimento a estes.

A Constituição de 1891, primeira Lei Fundamental republicana do Brasil, atribuiu ao Presidente da República o poder de entabular negociações, celebrar ajustes, convenções e tratados internacionais, tudo submetendo, sempre, ao referendo do Congresso Nacional. Os termos claros empregados pelo texto constitucional não foram copiados de nenhum modelo estrangeiro.

Na vigência da Constituição de 1891, a doutrina jurídica também foi incisiva em sustentar a compulsoriedade da submissão dos tratados ao referendo do Congresso Nacional.

Ficou assentado, portanto, que o controle congressional dos compromissos externos no Brasil é absoluto.

Todas as Constituições republicanas brasileiras, adotadas após a de 1891, preceituaram, com pequenas variações nos termos empregados, que é competência do Presidente da República celebrar tratados internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional.

A Constituição de 1988 adotou idêntico dispositivo, no artigo 84, VIII. Todavia estabeleceu que compete ao Congresso resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, no artigo 49, I.

Há, assim, entre os artigos 84, VIII, e 49, I, uma aparente antinomia, de caráter solúvel, pois se percebe, mediante a aplicação de princípios hermenêuticos, que o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretarem encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional.

Embora tenham ocorrido tentativas isoladas, tanto no terreno doutrinário, como no próprio Legislativo, de interpretar restritivamente os mencionados preceitos constitucionais, no sentido de que só devem passar pelo crivo do Congresso os tratados que acarretem "encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", prevaleceu a interpretação extensiva, e os poderes constituídos, tanto o Executivo como o Legislativo, não colocam em dúvida a compulsoriedade da deliberação do Congresso para os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, quer acarretem ou não "encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Na prática, porém, são utilizados no Brasil dois processos para a celebração de tratados internacionais: o ***processo completo***, que compreende as etapas da negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação e promulgação (ou, quando for o caso,

mensagem ao Congresso, aprovação, adesão e promulgação); e o ***processo abreviado***, que compreende as etapas da negociação, assinatura ou troca de notas e publicação.

O processo abreviado é o seguido pelos chamados acordos em forma simplificada, cuja admissibilidade no Direito brasileiro é sustentada por parte da doutrina jurídica nacional desde a vigência da Constituição de 1946.

A prática desses acordos vem de longa data e não foi interrompida pela Constituição de 1988.

Os mais numerosos são os ajustes complementares a tratados preexistentes, que se destinam a operacionalizar tratado anterior, devidamente aprovado. Em geral, são concluídos no quadro de acordos de cooperação científica, técnica ou tecnológica. Tornou se hábito do Congresso Nacional exigir que os atos celebrados em decorrência de tratados referendados também sejam submetidos à aprovação parlamentar, inserindo, neste sentido, preceito nos decretos legislativos.

Entretanto, há decisões do Congresso, em casos isolados, que admitem a celebração pelo Executivo de ajustes complementares em forma simplificada, desde que visem apenas a implementar tratado preexistente.

Segundo tais decisões, só requerem referendo do Legislativo os atos que possam resultar em revisão de tratado preexistente ou os ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Desde 1991, a maior parte das deliberações do Congresso confirma esse entendimento, contudo, simultaneamente ocorrem decisões que sujeitam ao crivo do Legislativo todos os ajustes complementares a tratados referendados.

A prática atual da formação da vontade do Estado brasileiro para obrigar se por tratados internacionais é incerta em alguns pontos.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal firmaram entendimento de que, se o texto de um tratado prevê a possibilidade de ser revisado, modificado ou complementado por ajustes que terão vigência imediata, sem o cumprimento de todos os trâmites constitucionais, é preciso inserir no decreto legislativo que aprovar o tratado um preceito explicitando que os referidos ajustes também devem passar pelo crivo do Congresso Nacional.

Entretanto, esse posicionamento não foi regulamentado por nenhum ato formal do Legislativo.

Fica a critério de cada relator ou de algum parlamentar atento propor às comissões técnicas ou ao plenário de qualquer das Câmaras legislativas a inserção do aludido preceito.

Logo, nos termos em que a matéria está posta atualmente, é impossível afirmar, com certeza, se o preceito será ou não inserido pelo Congresso Nacional.

Outrossim, os decretos pelos quais o Presidente da República promulga os tratados, incorporando os ao Direito brasileiro, só muito raramente reproduzem os preceitos inseridos nos decretos legislativos em que o Congresso Nacional aprova os tratados.

Se o Executivo igualmente não está obrigado a levar ao conhecimento do Congresso os acordos em forma simplificada, o Parlamento não tem como fiscalizar a obediência aos decretos legislativos que exigem a aprovação congressional para os ajustes complementares a tratados preexistentes.

Por conseguinte, é recomendável que esses pontos incertos da processualística da celebração de tratados no Brasil sejam elucidados.

O meio para obter o necessário esclarecimento poderia ser a adoção de uma lei geral de aplicação das normas jurídicas, ou alguma outra forma de regulamentação específica da tramitação dos tratados internacionais.

A fórmula que melhor se ajustaria às exigências da vida internacional contemporânea, respeitando as prescrições da Constituição Federal, consistiria em reiterar que os tratados são sujeitos a referendo do Congresso Nacional, mas admitindo a celebração de acordos em forma simplificada: 1) quando se destinem a executar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes devidamente aprovados pelo Legislativo; 2) quando forem estritamente inerentes à rotina diplomática ordinária e puderem ser desconstituídos mediante comunicação à outra parte, eficaz desde logo, sem necessidade de denúncia.

Entretanto, o Congresso Nacional sempre seria informado da existência desses acordos, imediatamente após a celebração deles.

Se entender que determinado acordo tiver modificado o ato que lhe deu origem ou não for estritamente inerente à rotina diplomática ordinária, o Congresso Nacional poderia rejeitá lo, por decreto legislativo, ficando o Executivo obrigado a denunciar ou desconstituir o acordo.

6. PROJETOS PARLAMENTARES DE EMENDA CONSTITUCIONAL OU DE REGULAMENTAÇÃO

Há congressistas que formulam projetos de lei com o propósito de regulamentar a celebração de acordos internacionais e tornar mais completo e seguro o controle do Legislativo no tema.

6.1. Compulsoriedade da aprovação legislativa

É justo mencionar iniciativas como a de Itamar Franco, que apresentou o Projeto de Lei nº 31, de 1982, regulamentando a expedição de credenciais, plenos poderes ou outros instrumentos que habilitem agente diplomático a firmar atos internacionais em nome do País, nos termos que seguem.

> O Congresso Nacional decreta:
> Artigo 1º – As credenciais, plenos poderes ou qualquer outro instrumento que habilite agente do Governo Federal a negociar ato internacional em nome do País esclarecerá que as obrigações constantes do texto final só se tornarão juridicamente vinculantes após a ratificação.
> Artigo 2º – A ratificação de qualquer ato jurídico que crie obrigações internacionais para o País será, em qualquer hipótese, precedida de aprovação pelo Congresso Nacional.
> Artigo 3º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.
> Artigo 4º – São revogadas as disposições em contrário.

O então senador por Minas Gerais justificou seu projeto argumentando que:

> [N]ão obstante a existência de inequívoco mandamento constitucional, vêm as autoridades responsáveis pela condução dos negócios exteriores acolhendo com crescente liberalidade a prática dos *executive agreements*, que, em outros ordenamentos jurídicos, permitem ao Chefe do Governo vincular legalmente o Estado, no plano internacional, sem a prévia consulta ao Parlamento. Esta prática, adotada ao arrepio da Lei Maior, tem sido justificada com o argumento de que o Poder Legislativo seria por demais moroso na apreciação das matérias que lhe são submetidas a exame. [...] Na verdade, o que se procura utilizando tais caminhos é

simplesmente frustrar a competência fiscalizadora das Casas Legislativas.[39]

Em 1990, o deputado Gerson Marcondes apresentou o Projeto de Lei nº 4.938, preceituando que "nenhum tratado, acordo ou ato internacional que acarrete encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional terá validade e eficácia enquanto o respectivo instrumento, em sua redação oficial e definitiva, não for aprovado, mediante decreto legislativo, pelas Casas do Congresso Nacional".

Aduziu o parlamentar que "a violação à disciplina estatuída nesta lei constitui crime de responsabilidade e sujeita o agente a julgamento político e criminal", sendo que "qualquer do povo é parte legítima para promover a responsabilidade do funcionário ou agente político por violação aos dispositivos desta lei".[40]

6.2. Regulamentação geral do processo legislativo e a questão das emendas aos tratados introduzidas pelo Congresso Nacional

O Deputado Pedro Valadares apresentou o Projeto de Decreto Legislativo nº 08/99 à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, retomando iniciativa da ex-deputada Sandra Starling na legislatura passada (Projeto de Decreto Legislativo nº 184/95).

Segundo a justificativa do Deputado Pedro Valadares, o projeto "visa regulamentar, formalmente, aspectos do processo legislativo pertinente aos atos internacionais, consoante as diretrizes emanadas de nossa Lei Maior, que confere ao Parlamento amplos poderes, sejam de intervenção ou sejam de controle aos atos internacionais do País".

O Projeto, em síntese, invoca o preceito contido no artigo 49, I, da Constituição da República, segundo o qual "é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", e estabelece normas e procedimentos que passarão a reger o Legislativo e suas Comissões no desempenho da referida atribuição.

[39] Diário do Congresso Nacional (Seção II), de 26 de março de 1982, p. 719.
[40] Diário do Congresso Nacional (Seção I), de 25 de abril de 1990, p. 3402.

Os pontos regulados pelo Projeto são cinco, a saber:

1º. Explicitação dos poderes do Congresso Nacional na apreciação de atos internacionais: fazer reservas; suprimir reservas efetuadas pelo Executivo por ocasião da assinatura; propor emendas, que deverão ser negociadas pelo Executivo; e emitir declarações interpretativas.

2º. Exigência de que os atos internacionais cheguem ao Congresso instruídos pelos seguintes documentos: cópia integral em vernáculo; exposição de motivos; e definição, quando for o caso, do cronograma previsto para a execução.

3º. Previsão da possibilidade de convocação dos negociadores para prestarem informações às Comissões das duas Casas do Congresso durante o processo de apreciação dos atos internacionais.

4º. Encaminhamento trimestral à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, mediante requerimento do Senhor Presidente desta Casa ao Senhor Presidente da República, dos seguintes documentos: lista dos atos internacionais assinados pelo Executivo nos três meses; lista das resoluções, que resultem em obrigações para o País, adotadas, durante os três meses, por organizações internacionais; informações referentes às ratificações e adesões efetuadas pelo País; e lista de atos internacionais que estejam sendo negociados pelo Executivo, mencionando assunto, natureza e foro das tratativas.

5º. Possibilidade de o Congresso, por iniciativa de qualquer das duas Casas, declarar sujeitos à aprovação do Legislativo os acordos executivos ou acordos em forma simplificada que tenham modificado o ato que lhes deu origem ou que não sejam inerentes à rotina diplomática ordinária.

O Projeto de Decreto Legislativo do deputado Pedro Valadares consiste em um esforço no sentido de lançar luz e dar maior segurança jurídica ao processo interno de formação da vontade do Estado brasileiro em assumir compromissos internacionais. A iniciativa é meritória e digna das melhores atenções, pois busca conferir claridade às relações entre Executivo e Legislativo na celebração de tratados, área cinzenta nos sistemas internos da maioria dos Países.

Decreto Legislativo é ato que se destina a regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (previstas no artigo 49 da Constituição), que tenham efeitos externos ao Legislativo. A Constituição exclui, expressamente, do domínio da lei, as matérias da competência exclusiva do Congresso Nacional, que devem ser disciplinadas mediante Decreto Legislativo.

O inciso I do artigo 49 contém precisamente a regra segundo a qual compete ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Não é possível, entretanto, isolar o artigo 49, I, do artigo 84, VIII, que confere ao Presidente da República competência privativa para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

A competência para formar a vontade do Estado brasileiro em assumir compromissos internacionais é, pois, partilhada entre o Presidente da República (Chefe do Poder Executivo) e o Congresso Nacional.

O sistema presidencialista pátrio confere ao Presidente da República competência para formar a vontade do Estado (pois conduz o processo de negociações, assina o texto dos tratados e os submete ao Legislativo no momento em que julgar oportuno) e para declarar a vontade do Estado aos demais Estados (pois ratifica ou adere aos tratados e os denuncia), mas na formação da vontade do Estado participa com ele o Congresso Nacional (ao qual compete dar ou não o consentimento aos tratados negociados pelo Executivo).

Portanto, o Congresso pode regulamentar, mediante Decreto Legislativo, o processo de apreciação congressional dos tratados internacionais, sem restringir a competência constitucional do Presidente da República para celebrá-los.

A expressão "sujeitos a referendo" do artigo 84, VIII, da Constituição implica a idéia de que um poder constituído – o Executivo – necessita do outro – o Legislativo – para completar qualquer ato validamente.

Para Afonso Arinos de Melo Franco, o próprio texto encarrega-se de fornecer o sentido a expressão "sujeitos a referendo", quando diz ser da competência do Congresso resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados pelo Presidente.

Portanto, concluiu Afonso Arinos, na terminologia constitucional, "sujeitos a referendo" equivale a "resolver definitivamente".[41]

Todavia, é essa expressão – "resolver definitivamente" – mantida até hoje na Constituição do Brasil – que tem sido considerada como a

[41] FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 263.

mais inadequada, visto que a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados internacionais, depois de estes terem sido aprovados pelo Congresso.

Coube a José Francisco Rezek esclarecer essa matéria com precisão:

> Outra impropriedade de expressão no legado da primeira Carta republicana, possivelmente a mais séria dentre as que vêm resistindo ao banho lustral do tempo, foi aquela inerente à competência do Congresso Nacional para "resolver definitivamente" sobre os tratados internacionais celebrados pelo Chefe de Estado. [...] Embora muito poucos aten-tem à transcendência desse detalhe, o certo é que a aprovação legislativa traduz simplesmente a necessária ausência de oposição ao tratado internacio-nal, por parte do Congresso. Ao Chefe de Estado incumbe, a partir desse ponto, a decisão verdadeiramente definitiva.[42]

O Congresso só decide definitivamente sobre um tratado internacional quando resolve rejeitá lo, ficando, neste caso, o Presidente impedido de efetuar sua ratificação.

O Projeto de Decreto Legislativo do deputado Pedro Valadares invadiu área de competência constitucional do Presidente da República, ao prever a possibilidade de o Congresso Nacional propor emendas aos tratados internacionais, que deverão ser negociadas pelo Executivo, bem como a possibilidade de o Legislativo suprimir reservas efetuadas pelo Executivo por ocasião da assinatura.

Uma vez submetido certo acordo internacional ao Legislativo, pode este recusar a aprovação de determinados preceitos contidos no convênio, introduzir emendas, ou lhe cabe somente aceitar ou recusar o tratado na íntegra, dando ou não o seu assentimento?

Essa questão tem sido discutida pelos juristas brasileiros desde a Constituição de 1891 e continua motivando divergências na atualidade.

Negaram o poder do Congresso de aprovar tratados com emendas ou parcialmente, entendendo que a competência do Legislativo está limitada à aprovação ou à rejeição global, João Barbalho, Aristides A. Milton[43] e

[42] REZEK, José Francisco. **As Relações Internacionais na Constituição da Primeira República**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 126:110 11, junho 1973.
[43] MILTON, Aristides A. **A Constituição do Brasil – Notícia Histórica, Texto e Comentário**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 142.

Clóvis Bevilaqua, na vigência da Constituição de 1891; Carlos Medeiros Silva[44], Alberto Deodato[45], João da Fonseca Hermes Júnior e João Hermes Pereira de Araújo, sob a Constituição de 1946; Antônio Augusto Cançado Trindade, sob a Carta de 1969.

João Barbalho, clássico comentarista de nossa primeira Constituição republicana, entendia que quebrar a integridade de um tratado "vem a ser o mesmo que rejeitá lo *per totum* e deve o Congresso ver que se mais não obteve o governo em bem dos interesses que se prendem ao tratado é que naturalmente outra coisa não pode conseguir".

Concluiu, afirmando que a Constituição reservou para o Poder Legislativo a resolução final dos tratados e, como pela aprovação parcial e indicação de outras cláusulas, o ato ficará ainda dependente de novos acordos, a resolução do Congresso deixará de ser conclusiva e de última instância; serão os tratados como que negociados e feitos por ele e por ele mesmo aprovados.[46]

Clóvis Bevilaqua asseverou, resumidamente: "O Congresso aprova ou rejeita o tratado; não lhe cabe o direito de emendá lo ou de aprová lo somente em parte."[47]

João da Fonseca Hermes Júnior, referindo se à Constituição de 1946, sustentou que ao Congresso Nacional não cabe a faculdade de modificar o conteúdo do ato internacional, mas resolver definitivamente sobre a aprovação ou rejeição dele.

Outrossim, o direito de reserva também não é dado atribuir ao Legislativo, porquanto se apresenta como:

> [...] faculdade a ser exercida pelo plenipotenciário ou negociador e apenas em atos internacionais coletivos, quando algumas das partes contratantes concordam em dispositivo, cláusula ou artigo que não pode ser aceito por outra ou outras partes, em vista de preceitos legais ou constitucionais,

---

[44] SILVA, Carlos Medeiros. "As Atribuições Constitucionais do Poder Executivo". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 31:8, jan./mar. 1953.

[45] DEODATO, Alberto. "Pode o Congresso apresentar emendas aos Acordos Internacionais?" **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, outubro de 1953:140.

[46] BARBALHO U.C., João. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**. Rio de Janeiro: Litho Typographia, 1902. p. 150.

[47] BEVILAQUA, Clovis. **Direito Público Internacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 2, p. 18.

> por motivos doutrinários de natureza superior, ou, ainda, em obediência a instruções concretas recebidas dos respectivos governos. O direito de reserva ocorre, ainda, quando o próprio ato internacional prevê esse direito para os efeitos de adesão ou acessão.[48]

Assim igualmente se pronunciou João Hermes Pereira de Araújo: "O Congresso Nacional aprova ou rejeita, *in toto*, tratados, convenções ou quaisquer outros atos internacionais que lhe são submetidos. A rejeição de um ou mais artigos, ou a proposta de qualquer modificação, importa na rejeição global do acordo."[49]

Antônio Augusto Cançado Trindade, por sua vez, sustentou que o Congresso Nacional aprova, ou rejeita, *in toto*, acordos internacionais submetidos ao seu crivo. A rejeição parcial de um ou mais artigos, ou a proposta de quaisquer alterações, importariam em última análise na rejeição global do acordo.

Argumentou que:

> O ato internacional, negociado pelo Executivo e submetido à aprovação do Legislativo, é resultado de um acordo de vontades, que não pode ser posterior e unilateralmente alterado por um dos Estados em questão, porquanto tal pretendida modificação (e.g., por meio de ressalva a um ou mais de seus dispositivos) implicaria na renegociação de novo acordo pelos Estados interessados, o que só poderia efetuar se constitucionalmente pelo Poder Executivo. Assim sendo, o Poder Legislativo, ao examinar o texto de um acordo submetido ao seu crivo, haverá de aprová lo ou, então, rejeitá lo e devolvê lo ao Executivo para que este busque renegociá lo – se assim o entender – por outro acordo contendo as alterações julgadas essenciais pelo Legislativo para sua aprovação. Ao Congresso Nacional escapa competência para, ele próprio, promover alterações ou introduzir ressalvas no texto de um acordo já negociado, no Decreto Legislativo para sua aprovação.[50]

---

[48] HERMES JÚNIOR, João da Fonseca. "O Poder Legislativo e os Atos Internacionais". **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, 17/18:132 33, jan./dez. 1953.

[49] ARAÚJO, João Hermes Pereira de. **A Processualística dos Atos Internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958. p. 199.

[50] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Acordos Internacionais: As Atribuições Distintas de Negociação pelo Poder Executivo e de Aprovação pelo Poder Legislativo**. Parecer CJ/114 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, de 24 de março de 1988, p. 4.

Por outro lado, a defesa da tese de que o Legislativo pode aprovar com emendas os acordos internacionais foi feita por Aurelino Leal, sob a Carta de 1891, e, mais tarde, por Wilson Accioli de Vasconcellos.

Aurelino Leal considerou que "o poder de emenda dos tratados e convenções internacionais existe necessariamente e não seria possível suprimi lo". O Congresso, segundo este autor, não pode ficar jungido a aprovar ou rejeitar os acordos, "até porque muito poderá convir aos interesses públicos a aprovação de um pacto internacional, uma vez expurgado desta ou daquela irregularidade".[51]

Wilson Accioli de Vasconcellos, comentando o texto constitucional de 1969, considerou "perfeitamente admissíveis as emendas, pois tais modificações não elidiriam o preceito do artigo 44, inciso I, quanto à aprovação definitiva".

Resolver definitivamente, afirmou o aludido jurista, não significa apenas aprovar ou desaprovar totalmente:

> Aprovar totalmente, mesmo que, nessa aprovação, se englobassem cláusulas contrárias ao interesse nacional, seria contraproducente. Desaprovar totalmente, mesmo que essa desaprovação importasse no julgamento de certas cláusulas favoráveis às conveniências da política nacional, seria desaconselhável.[52]

Também opinaram sobre o assunto em tela Carlos Maximiliano, Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda e Celso de Albuquerque Mello.

Carlos Maximiliano, comentando a Carta de 1891, afirmou que "o texto não se opõe a que, em vez de rejeitar pura e simplesmente os tratados, o Congresso sugira modificações que, levadas ao plenipotenciário estrangeiro e por ele aceitas, determinariam uma aprovação definitiva."[53]

Themístocles Brandão Cavalcanti defendeu igualmente a licitude da aprovação parcial de tratados pelo Legislativo:

---

[51] LEAL, Aurelino. **Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1925. v.1, p. 628.

[52] VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. "O Congresso Nacional e o Treaty Making Power". **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 50:122, abr./jun. 1976.

[53] MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 360.

> [...] o exame amplo pelo Legislativo, acessível a todas as reclamações e exigências nacionais, não poderia ficar limitado, sob pena de reduzir a sua competência na escolha entre duas possibilidades, que muitas vezes encontra em seu bojo muitas particularidades facilmente superadas pela aprovação parcial ou sob reserva, permitindo um ajustamento futuro, pela revisão da cláusula rejeitada.[54]

Pontes de Miranda considerou que, em regra, o exame do Legislativo nos tratados é para aprovar ou não. Se o Congresso sugere alterações, o Presidente da República deve interpretar que o acordo não conseguiu aprovação, e entabulará, ou não, a seu juízo, novas negociações.

Lembrou, contudo, que alguns tratados prevêem a possibilidade de reservas e o Legislativo brasileiro, então, poderia apresentá las, usando da faculdade que lhe deu o próprio tratado, assim como nada obstaria a que o Presidente da República, que não as fez desde logo, as sugerisse ao Poder Legislativo.[55]

Celso de Albuquerque Mello expressou entendimento, negando a possibilidade de emendas e aceitando a apresentação de reservas aos tratados pelo Legislativo.

A emenda do Congresso, para o referido jurisconsulto, é uma "interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação."

Já a reserva não tem esse aspecto: "O Legislativo poderá apresentá la desde que seja cabível. [...] Entretanto, caberá ao Executivo apreciar a vantagem de ratificar o tratado aprovado pelo Congresso com reserva ou deixar de fazê lo."[56]

Vicente Marotta Rangel frisou a importância em distinguir as emendas das reservas aos tratados internacionais. Enquanto aquelas pretendem a revisão ou reforma de determinadas cláusulas, estas visam a suspender lhes a aplicação.

---

[54] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. "A Ratificação Parcial de Tratados". **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, IV(1):16, jan./abr., 1961.
[55] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, tomo III, p. 106 7.
[56] MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. v. 1, p .148.

Com muita acuidade, o referido jurista demonstrou que as emendas eventualmente incorporadas ao Decreto Legislativo não constituem, a rigor, emendas ao tratado internacional.

As emendas inseridas nos decretos legislativos valem, na verdade, como propostas de emenda ao tratado, encaminhadas ao Poder Executivo.

A interposição de emendas pelo Congresso Nacional aos tratados deve ser utilizada com "extrema prudência" e pode ou não representar uma recusa a eles.

Implicará recusa nos casos em que: 1) outra parte contratante de tratado, bilateral ou multilateral, não aceitar a modificação; 2) embora o tratado contenha cláusula admitindo emenda ou revisão de seu próprio texto, a emenda sugerida pelo Congresso não se harmonizar com as hipóteses aceitas.

Não implicará recusa do tratado, que poderá ter seguimento, se: 1) em sendo o tratado bilateral, houver concordância da outra parte contratante com a emenda proposta; 2) em sendo o tratado multilateral, houver concordância das demais partes contratantes; 3) em sendo o tratado multilateral e havendo discrepância de parte contratante, existirem cláusulas a propósito de emenda e modificação do tratado e a emenda proposta harmonizar-se com as mesmas.

Essa opinião foi manifestada por Vicente Marotta Rangel na qualidade de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores e já sob a égide da Constituição de 1988.[57]

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, em 31 de agosto de 1994, aprovou, por unanimidade, parecer do deputado José Thomaz Nonô, sobre consulta formulada pela Presidência da Casa, a respeito da "possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê lo parcialmente".

A consulta decorreu das reservas sugeridas pelas Comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça e de Redação aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Argumentou o deputado José Thomaz Nonô que, "se ao Congresso é conferido o direito–dever de aprovar ou rejeitar, *in toto*, o texto

[57] RANGEL, Vicente Marotta. **Emenda dos Tratados Internacionais. Parecer CJ/029 do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores**, de 24 de setembro de 1991. 12 p.

internacional pactuado pelo Executivo, torna se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová lo com restrições: *Qui potest maius potest minus*."[58]

A conclusão do deputado, endossada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi que o Congresso pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.[59]

Deveriam os legisladores brasileiros estar atentos para a circunstância de que, se a Constituição do Brasil reservou ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais, a adoção de emendas aos textos já negociados com potências estrangeiras pelo Presidente da República fará que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. O Congresso não estaria, assim, cumprindo seu dever de "resolver definitivamente" sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República. Aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. Isso também se pode dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República.

Há convenções internacionais que prevêem a possibilidade de reservas. Neste caso, o Legislativo poderia apresentá-las, usando faculdade conferida pelo próprio tratado.

Com base nos pontos acima aludidos, o Projeto de Decreto Legislativo do Deputado Pedro Valadares, embora imbuído de nobres propósitos, incorreu em sérios equívocos de interpretação constitucional do processo de celebração de tratados no Brasil.

Por outro lado, estudos de Direito Comparado revelam, conclusivamente, que países que se filiam à mesma tradição jurídica romano-germânica do Brasil não admitem a introdução de emendas pelo Legislativo aos tratados negociados pelo Executivo. São os casos, entre

[58] **Parecer sobre a Consulta nº 7, de 1993**. Autora: Presidência da Câmara. Relator: deputado José Thomaz Nonô. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. *datil.*, p. 14.
[59] Ibid., p. 15 6.

outros, da Argentina, do Chile, do Paraguai, do Uruguai, da França e da Espanha.[60]

São ilustrativos quanto às conseqüências da introdução de emendas pelo Congresso Nacional os casos recentes da apreciação dos Acordos de Salvaguardas assinados com a Ucrânia e com os Estados Unidos da América, tendo o primeiro já concluído o seu processo, enquanto o segundo continua aguardando decisão.

A apresentação de emendas a tratados obriga o Executivo a iniciar novos entendimentos com a outra Parte.

Se, por um lado, a emenda do Congresso pode ser vista como último recurso para "salvar" tratado, por outro, pode significar a "rejeição de fato" dos termos do acordo.

O Decreto Legislativo nº 766, de 16 de outubro de 2003, que aprovou o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas Brasil-Ucrânia incorpora as cláusulas interpretativas consideradas necessárias pelo Congresso Nacional. Nesse sentido, os dois países procurarão assegurar que: autoridades brasileiras participem também do controle das áreas restritas, respeitada a proteção da tecnologia de origem ucraniana; pessoas autorizadas pelo Governo do Brasil participem também, no que couber, do controle do acesso a Veículos de Lançamento, Espaçonaves e Equipamentos Afins, respeitada a proteção da tecnologia de origem ucraniana; os crachás de identificação a serem utilizados pelos indivíduos que controlarão as áreas restritas serão emitidos pelo Governo da Ucrânia ou pelo Licenciado Ucraniano, para o pessoal ucraniano, e pelo Governo do Brasil, para o pessoal brasileiro, respeitada a proteção da tecnologia de origem ucraniana; os *containers* lacrados poderão ser abertos para inspeção por autoridades brasileiras devidamente autorizadas para tal pelo Governo do Brasil, na presença de autoridades ucranianas e em áreas apropriadas, sem que isto implique estudo técnico indevido do material ali contido, e preservada inteiramente a proteção da tecnologia de origem ucraniana.

Ademais, o Congresso Nacional aprovou o texto do Acordo no entendimento de que o Governo da Ucrânia procurará:

> [...] autorizar os seus licenciados a divulgar informações referentes à presença, nas cargas úteis ou nos Veículos Lançadores e Espaçonaves,

[60] BAENA SOARES, Clemente de Lima. "O Processo Legislativo e a Aprovação de Acordos Internacionais Assinados pelo Brasil". Tese aprovada no XLVIII Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. *Mimeo.,* p. 94-7.

de material radioativo ou de quaisquer substâncias que possam ser danosas ao meio ambiente ou à saúde humana, bem como dados relativos ao objetivo do lançamento e ao tipo e às órbitas dos satélites lançados, respeitada a proteção da tecnologia de origem ucraniana.

6.3. Atos que acarretam encargos ao patrimônio nacional e operações externas de natureza financeira.

O Senador Ademir Andrade apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 28/2001 (arquivada), pretendendo que fosse acrescido parágrafo único ao art. 49, com a seguinte redação:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
> [...]
> Parágrafo único. Na competência prevista no inciso I, inclui-se a apreciação de todos os acordos, entendimentos, contratos ou atos internacionais firmados por entes da administração pública direta e indireta com organismos financeiros internacionais, quando a República Federativa do Brasil figurar na qualidade de parte, avalista, fiadora ou garantidora.

O proponente almejou "encerrar a interminável discussão entre os defensores e opositores da apreciação congressual dos acordos com o FMI" e para tanto julgou oportuna "a inclusão de novo e esclarecedor dispositivo na Constituição da República". E acrescentou: "Não é sustentável, no atual estágio de desenvolvimento da democracia brasileira, que o Parlamento, no caso dos acordos com o FMI, permaneça relegado a função de simples espectador sem qualquer poder decisório".

A Constituição do Brasil já contém dispositivo prevendo a necessidade de autorização do Senado Federal para a conclusão de qualquer *stand-by arrangement* com o Fundo Monetário Internacional.

Trata-se do art. 52, inciso V, *verbis*:

> Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
> [...]

> V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

A regra é inovadora com relação às Constituições anteriores, no que tange à inclusão das operações financeiras externas da União e dos Territórios, entre as que precisam ser autorizadas pelo Senado, pois a Carta de 1969 exigia apenas que os "empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" fossem autorizados pelo Senado (art.42, IV).

Considerando que o artigo 49, inciso I, da Constituição de 1988 confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre "tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", necessário é demonstrar a diferença entre estes atos e as operações financeiras externas que o artigo 52, inciso V, exige sejam autorizadas só pelo Senado Federal.

Ato internacional, na terminologia das Constituições brasileiras, é sinônimo de acordo internacional. Salvo algumas opiniões doutrinárias, nunca se entendeu que o acréscimo dos "atos internacionais" aos "tratados e convenções", efetuado, primeiramente, pelo texto da Constituição de 1967 e mantido pelas posteriores, representaria a obrigatoriedade da submissão ao Congresso de quaisquer atos que não fossem acordos internacionais. Logo, o preceito contido no artigo 49, inciso I, da Constituição confere competência ao Congresso para resolver sobre tratados internacionais, dando ênfase aos que acarretarem encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional.

Já o artigo 52, inciso V, estabelece que quaisquer contratos ou transações empreendidas pelo Governo Federal, Governos Estaduais, do Distrito Federal, Territórios ou Municípios, inclusive entes da administração indireta ou descentralizada, objetivando o levantamento ou o suprimento de numerário no exterior, junto a instituições estrangeiras, públicas ou privadas, ou internacionais, ficam sujeitas à autorização do Senado Federal.

O artigo 52 deixa bem sublinhado o controle do Senado sobre as operações financeiras externas, prescrevendo que também compete à Câmara Alta, privativamente: dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas

pelo Poder Público Federal (artigo 52, VII); e dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (artigo 52, VIII).

O legislador constituinte conferiu ao Senado Federal o poder de impedir que o Executivo efetue, discricionariamente, operações externas de natureza financeira capazes de comprometer a capacidade de pagamentos da União.

O Senado não possuía essa competência, quando foram celebrados contratos com bancos comerciais estrangeiros e firmados acordos com entidades internacionais que conduziram ao sério agravamento da dívida externa brasileira.

Por isso, a Constituição de 1988 adicionou o poder de autorizar tais operações ao Senado Federal, corrigindo a falha da Carta de 1969.

Entretanto, a Carta de 1969 não submetia à aprovação do Congresso, como o faz a Constituição de 1988, os atos internacionais que "acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

É inevitável o surgimento de dúvidas sobre a abrangência dos artigos 49, I, e 52, V, da Constituição.

Entre 1992 e 1993, tramitou no Senado um Projeto de Resolução, disciplinando a aprovação das operações financeiras com o Fundo Monetário Internacional. Foi proposto pelo senador José Eduardo, na conclusão do parecer que emitiu na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, como relator da Indicação nº 03, de 1991.

Essa indicação partiu do senador Jutahy Magalhães e tinha por objetivo proclamar que qualquer instrumento que crie obrigações para o País em face do Fundo Monetário Internacional precisa ser submetido à prévia aprovação do Congresso Nacional. Jutahy Magalhães argumentou que: "O Constituinte de 1988, em boa hora, resolveu sujeitar, de forma expressa, à prévia aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer ato internacional que acarrete encargo ou compromisso gravoso ao patrimônio do País (art.49, inciso I, *in fine*)."[61] Os instrumentos que criam obrigações junto ao FMI, para Jutahy Magalhães, são atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Portanto, precisam ser aprovados pelo Congresso Nacional.

O relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador José Eduardo, discordou dessa interpretação, por considerá la "muito

[61] **Diário do Congresso Nacional** (Seção II), 26 de junho de 1992, p. 5295.

abrangente". Preferiu ver o negócio jurídico envolvendo a liberação de crédito *stand by* junto ao FMI, iniciado com o envio de "Carta de Intenções", uma operação de crédito externo de interesse da União e, a tal título, sujeita à autorização apenas do Senado Federal. Entretanto, sugeriu que, quando chegar ao Senado um pedido de autorização do Executivo para efetivar operação desta natureza, deve ser ouvida a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, visando a determinar se o ato pode ser caracterizado como gravoso ao patrimônio nacional, caso em que será encaminhado à aprovação do Congresso, nos termos do artigo 49, I, da Lei Suprema. O parecer de José Eduardo foi aprovado por unanimidade.[62]

O senador Jonas Pinheiro, na qualidade de relator da Comissão de Assuntos Econômicos, opinou a favor da competência do Senado para deliberar sobre as operações financeiras com o Fundo Monetário Internacional, mas contra a possibilidade de o Senado decidir se determinado instrumento é gravoso ao patrimônio nacional, enviando o para a aprovação do Congresso:

> Os acordos internacionais fogem, obviamente, à competência privativa do Senado Federal e, como dito, são da competência exclusiva do Congresso Nacional, quando considerados gravosos ao patrimônio da Nação. Assim, os acordos internacionais e as operações de crédito neles inseridas demarcam, respectivamente, espaços próprios de competências do Senado Federal e do Congresso Nacional, que devem ser exercidas em sua plenitude. Não há, assim, por que sujeitar o exercício de uma ao de outra.[63]

O Senador Jonas Pinheiro apresentou substitutivo, aprovado pela Comissão, com o seguinte conteúdo, que merece ser transcrito:

> Substitutivo ao Projeto de Resolução do Senado nº 44, de 1993.
>
> Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Resolução nº 96, de 1989 que "dispõe sobre limites globais para as operações de crédito externo e interno da União, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal e estabelece limites e

[62] Ibid., p. 5296.
[63] **Diário do Congresso Nacional** (Seção II), 1º de julho de 1993, p. 6166.

condições para a concessão da garantia da União em operações de crédito externo e interno".

O Senado Federal resolve:

Art. 1º. O art. 4º da Resolução nº 96, de 15 de dezembro de 1989, restabelecida pela Resolução nº 17/92, do Senado Federal, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:
Art. 4º.
[...]
§ 4º. No caso das operações de crédito junto ao Fundo Monetário Internacional, os pedidos de autorização para a sua realização deverão ser encaminhados ao Senado Federal instruídos com os seguintes documentos e informações:
I – mensagem do Senhor Presidente da República acompanhada de Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro de Estado competente, explicitando:
a) as razões que recomendam a iniciativa;
b) o interesse nacional na realização da operação e os motivos que a ensejam;
c) a capacidade do País para assumir o ônus;
d) o impacto da operação sobre a estabilidade de preços e o crescimento econômico do País; e
e) outros dados relevantes.
II – pareceres do Banco Central do Brasil e da Secretaria do Tesouro Nacional contendo minuciosa descrição dos aspectos financeiros da operação e de seus impactos monetários, cambiais e fiscais;
III – cópia da carta de intenções ou outro documento que consubstancie a posição do governo perante o organismo internacional;
IV – natureza da garantia exigida;
V – as demais informações e exigências contidas nas alíneas e, f, g, h, i e j do parágrafo anterior.'
Art 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 3º. Revogam se as disposições em contrário.[64]

[64] Ibid., p. 6167.

O substitutivo foi aprovado pelo plenário do Senado na sessão de 10 de agosto de 1993.[65] Levado a turno suplementar de discussão e votação no dia 17 de setembro de 1993, o substitutivo recebeu emenda do senador Hydeckel de Freitas, propondo a inclusão do seguinte parágrafo: "§ 5º. Em qualquer hipótese será ouvida a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania quanto aos aspectos jurídicos da operação e, notadamente, no que diz respeito à eventual caracterização de ato gravoso ao patrimônio nacional (art. 49, I, da Constituição Federal)."[66] O Presidente remeteu a proposição de volta à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para exame da emenda. Em 18 de novembro de 1993, a matéria estava pronta para ser incluída na pauta da Comissão. Essa é a última informação divulgada sobre o projeto de resolução nº 44, de 1992.

Portanto, o Senado não levou a cabo a regulamentação da sua competência constitucional de autorizar as operações de crédito do Governo brasileiro com o Fundo Monetário Internacional.

A processualística adotada pelo FMI para aprovação de um *stand by arrangement* guarda muita semelhança com a mecânica da celebração de um tratado internacional por meio de notas reversais ou troca de notas, quando os pactuantes desdobram o acordo de vontades em textos produzidos em momentos diversos, cada um deles firmado em nome de uma das partes apenas.

O Estado-Membro solicita ao Fundo acesso aos seus recursos financeiros, por meio de minuciosa carta de intenções em que explicita as políticas que pretende trilhar com o fito de superar suas dificuldades econômicas; o Fundo analisa a carta e decide aprovar o crédito solicitado, sob certas condições, comunicando sua deliberação ao Estado, que fica autorizado a iniciar os saques programados. Há, destarte, troca de manifestações de vontade, em momentos distintos, mas claramente conectadas entre si.

O Fundo, entretanto, que tem a responsabilidade de estabelecer as garantias adequadas para a utilização de seus recursos gerais, optou por não qualificar os *stand by arrangements* como acordos internacionais. Os intérpretes da organização, demonstrando bom senso e sabedoria, admitem que o abandono das intenções pelo Estado pode vir a ser conseqüência de fatos imprevisíveis ou incontroláveis, por isso, o programa expresso na carta não deve adquirir caráter jurídico.

[65] **Diário do Congresso Nacional** (Seção II), 11 de agosto de 1993, p. 7231.
[66] **Diário do Congresso Nacional** (Seção II), 18 de setembro de 1993, p. 8896.

Ora, na falta do *animus contrahendi*, isto é, inexistindo a vontade de criar verdadeiros vínculos obrigacionais entre as partes, não é possível qualificar o *stand by arrangement* como tratado internacional.[67]

O Institut de Droit International dedicou expressiva parte de sua sessão de Cambridge, em 1983, ao exame da distinção entre "textos internacionais dotados de caráter jurídico nas relações mútuas entre seus autores e textos internacionais desprovidos deste caráter".[68] Os membros do Institut, após intensos debates, constataram que as pessoas internacionais freqüentemente adotam textos, sob diversas denominações, que geram deveres em suas relações mútuas, mas a propósito dos quais acordam, expressa ou implicitamente, serem desprovidos de caráter jurídico; ou adotam textos em que, mesmo inexistindo tal acordo, fica difícil determinar o caráter, se jurídico ou não. Michel Virally, relator do tema, reconhecendo a proliferação destes textos na atualidade, considera que as causas do fenômeno são múltiplas, mas destaca entre elas a conjuntura econômica internacional extremamente flutuante dos dias de hoje e o progresso técnico galopante, cujos efeitos se fazem sentir de forma imediata sobre as trocas internacionais. Destes diversos fatores, ligados à intensificação das relações internacionais contemporâneas, resultam situações difíceis de submeter ao Direito. Daí o aparecimento de diversos instrumentos concebidos para matizar os vínculos internacionais e destinados, às vezes, a cultivar certa incerteza sobre seu caráter no plano jurídico. Esta realidade faz que surjam perplexidades e dúvidas sobre a natureza do direito que pode decorrer dos aludidos textos, já havendo quem fale no aparecimento de um *soft law* ou *droit doux* (direito flexível) em oposição ao tradicional *hard law* ou *droit dur* (direito rígido).[69]

Entre os textos internacionais desprovidos de caráter jurídico, Michel Virally inclui os "acordos informais", dividindo os em dois tipos, os *gentlemen's agreements* e os *arrangements*, aparentemente muito diferentes, mas que na prática se assemelham, pois ambos são concluídos em circunstâncias nas quais um tratado formal dificilmente passaria.

Os *arrangements* são definidos por Virally como:

---

[67] *Vide* SILVA, Roberto Luiz & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). **O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
[68] **Annuaire de l'Institut de Droit International**. Paris: Editions A. Pedone, 1984. v. 60, t. I, p. 166-374; v. 60, t. II, p.116-53, 284-91.
[69] Ibid., v. 60, t. I, p. 191.

> [...] acordos informais versando sobre relações políticas, financeiras, monetárias, etc., concluídos freqüentemente não por agentes diplomáticos tradicionais, mas por Ministros de Estado de áreas técnicas, funcionários destes Ministérios, dirigentes de Bancos Centrais, chefes de Secretariados Internacionais, etc. Tratam habitualmente de questões administrativas ou técnicas, complexas ou subalternas, e quase sempre não definem com precisão os compromissos nem as possibilidades de ação.[70]

Frieder Roessler, em estudo recente, demonstrou que a prática dos *arrangements*, de caráter informal, generalizou se no sistema econômico contemporâneo, particularmente no âmbito do FMI e do GATT, versando questões monetárias, financeiras ou comerciais. Para deixar clara a ausência de classificação jurídica destas operações, Roessler chamou as de *de facto agreements*.[71] Nestes casos, sustenta Roessler, "a fuga do enquadramento jurídico resulta da preocupação de preservar ao máximo a flexibilidade da aplicação do acordo e a possibilidade de modificá lo, em caso de necessidade, sem constrangimento a procedimentos muito formais."[72]

Em conseqüência de todas essas considerações, acrescidas da constatação de que os *stand by arrangements* não são levados a registro no Secretariado das Nações Unidas, formalidade que o artigo 102 da Carta desta Organização exige para os tratados internacionais e, principalmente, recordando a falta declarada de *animus contrahendi* pelo próprio Fundo Monetário Internacional, chega se à conclusão de que os *stand by arrangements*, ou as cartas de intenções que deles fazem parte, não devem ser tidos como tratados internacionais.

O *stand by arrangement* consiste na abertura de uma linha de crédito ("crédito contingente", como classifica a versão brasileira do Convênio Constitutivo do FMI), através da qual o Fundo Monetário atende a pedido de assistência financeira de um Estado-Membro, garantindo lhe a faculdade de efetuar saques da Conta de Recursos Gerais.

É, portanto, uma operação de crédito externo, em que o Fundo põe à disposição do Membro solicitante, por prazo determinado, uma quantia de dinheiro, para que seja utilizada por meio de vários saques.

---

[70] Ibid., v.60, t. I, p. 212.
[71] *Apud* VIRALLY, Michel. Ibid., v.60, t. I, p. 214.
[72] Ibid.

Pelas quantias efetivamente utilizadas, o Fundo cobra comissões (artigo V, seção 8, letra "a", inciso II, do Convênio Constitutivo).

Está claro, pois, que um *stand by arrangement* solicitado pelo Governo Federal ao FMI constitui operação externa de natureza financeira de interesse da União, logo, aplica se à espécie o preceito contido no artigo 52, inciso V, da Constituição, isto é, o Executivo necessita obter autorização do Senado para concretizar o *stand by*.

Na mesma linha, assevera Valério de Oliveira Mazzuoli:

> Os *stand-by arrangements* não se enquadram no conceito de "tratado" da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de março de 1986, segundo a qual "*tratado* significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito entre um ou mais Estados e uma ou mais or-ganizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica" (art. 2.°, *a)*. Não havendo nos *stand-by arrangements* a vontade de contratar *(animus contrahendi),* necessária para que se estabeleça um vínculo jurídi-co internacionalmente válido, também não há falar-se em tratado internacional existente e potencialmente eficaz. Ademais, os acordos *stand-by* não são levados a registro no Secretariado das Nações Unidas, formalidade que o art. 102 da Carta da ONU exige para os tratados internacionais em geral, estando, portanto, fora do universo jurídico dos acordos internacionais disciplinados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986.

E prossegue:

> Os chamados *acordos* concluídos com o Fundo Monetário Internacional não passam, em verdade, de "arranjos internacionais", ou seja, promessas de cumprimento de critérios de desem-penho; daí o motivo de o Fundo os denominar de *arrangement* (ar-ranjo, acomodação, composição), consistente na abertura de uma linha de crédito por meio da qual o Fundo atende uma solicitação de auxílio financeiro de um Estado-membro, permitindo-lhe sacar de sua Conta de Recursos Gerais determinado montante em dinheiro. Não têm tais arranjos o condão de

> vincular o Estado na obrigação de cumprir aquilo que foi programado, sendo, por isso, considerados como *non binding agreements,* sem qualquer cono-tação contratual internacional", concluindo que "no Direito Constitucional Brasileiro os *stand-by arrangements* enquadram-se na categoria das operações externas de natureza financeira de interesse da União, nos termos do art. 52, V, da Carta Magna de 1988. Dessa forma, a competência para au-torizar tais operações externas, bem como a de apreciar as Cartas de Intenções do governo brasileiro junto ao FMI, cabe tão-somen-te ao Senado Federal, dispensando-se a manifestação das duas Casas do nosso Parlamento Federal. Além de a regra do art. 52, V, da Constituição de 1988 ser dirigida especificamente ao Senado Fe-deral, sendo este mais rápido e melhor adaptado à dinâmica das relações internacionais, os acordos empreendidos no âmbito do Fundo Monetário Internacional não são tratados internacionais. Por tal motivo é que fica dispensada a manifestação das duas Casas do Congresso Nacional quanto aos mesmos.[73]

Entretanto, o Procurador Geral da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz, discordou desta conclusão, em depoimento perante a Comissão do Congresso destinada ao exame analítico e pericial da dívida externa, sustentando a tese de que não há necessidade de autorização do Senado para o levantamento de recursos do FMI pelo Brasil, pois a autorização provém de tratado aprovado pelo Parlamento (o Convênio Constitutivo do FMI).[74]

A posição defendida pelo procurador reflete interpretação seguidamente esposada por agentes do Poder Executivo e esgrimida perante as comissões do Parlamento, quando convocados para depor, cujo argumento principal consiste em dizer que aos "tratados quadro", acordos genéricos que consubstanciam grandes bases políticas, econômicas, financeiras, de cooperação entre as partes, seguem se "atos de execução", instrumentos pelos quais se acordam os aspectos práticos e casuísticos da cooperação planejada. Os atos do primeiro tipo precisam ser submetidos ao Parlamento; os do segundo estão dispensados desta formalidade.

---

[73] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Natureza Jurídica dos Acordos *Stand-by* com o FMI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 315-17.
[74] **Diário do Congresso Nacional** (Suplemento), 26 de julho de 1989, p. 26.

O procurador entendeu, portanto, que um *stand by arrangement* entre o Brasil e o FMI não precisa ser autorizado pelo Senado, porque é mero ato de execução do Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional, aprovado pelo Congresso Nacional.

Essa posição parece ter sido assumida pelo Ministério da Fazenda, pois já foram enviadas pelo menos duas cartas de intenções ao FMI, em nome do Governo brasileiro, sem que tivesse ocorrido autorização do Senado Federal.

Ora, pretender que operações financeiras tão complexas e significativas, com tantos efeitos para a economia da Nação, como um *stand by arrangement* junto ao FMI, fiquem dispensadas da autorização do Senado, em virtude de lhes ser atribuído caráter executório, é conceder, salvo melhor juízo, elasticidade de fato inexistente ao artigo 52, inciso V, da Constituição Federal, que exige a autorização senatorial para as operações externas de natureza financeira de interesse da União, e não faz menção, sequer remotamente, à dispensa para operações de execução de tratados internacionais.

Se a Constituição não contemplou a possibilidade de o Executivo ficar exonerado da obrigação de pedir a autorização do Senado para operações financeiras que ocorram dentro do marco de tratado aprovado pelo Legislativo, e se o Congresso tampouco editou regulamentação legal sobre a matéria, não cabe ao Executivo o poder de subtrair da apreciação do Senado importantes operações financeiras externas, somente em função de princípios doutrinários.

Nos precisos termos da Constituição Federal, toda operação externa de natureza financeira de interesse da União, como é o caso do *stand by arrangement* junto ao FMI, precisa da autorização do Senado.

Admitir que, em cada caso, o Poder Executivo interprete livremente a Constituição para decidir se há ou não obrigação de atender à exigência do artigo 52, inciso V, de pedir autorização para o Senado, significa retirar desta Casa do Congresso Nacional uma das principais atribuições que a Lei Suprema de 1988 lhe concedeu, em caráter privativo.

A Proposta do senador Ademir Andrade implicava, destarte, colisão com o art. 52, V, da Constituição Federal.

Não obstante isso, o Senado Federal deveria regulamentar a sua faculdade privativa de autorizar *stand-by arrangements* com o Fundo Monetário Nacional.

6.4. Acordos comerciais

O então senador Roberto Requião apresentou Proposta de Emenda à Constituição nº 52/2001, pretendendo que seja acrescido inciso XVIII e parágrafo único ao art. 49 e inciso XXVIII ao art. 84, com a seguinte redação:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> [...]
> XVIII – Acompanhar as negociações realizadas pelo Poder Executivo dos atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o seu início até o momento de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os Países signatários.
> Parágrafo único. O Congresso Nacional terá um prazo de até 30 dias para emissão de relatório autorizativo para assinatura dos atos, acordos, convênios e tratados referidos no inciso XVIII.
> [...]
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> XXVIII – submeter ao Congresso Nacional, para o acompanhamento de seu processo de elaboração até a fase de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os Países signatários, os atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o início de suas negociações.

Justifica a Proposta, argumentando que cresce no mundo a importância da participação do Parlamento no processo de formulação, negociação e implantação da política exterior das nações, sempre dependente de fatores políticos e do equilíbrio interno do poder, hoje fortemente pressionados por realidades diversas e por inesperados momentos históricos.

Exemplifica com o caso dos Estados Unidos da América, paradigma, segundo o senador, de criação, pelo Legislativo, de ordenamento complementar ao texto constitucional, com destaque para os tratados, acordos, convênios e atos internacionais que abordem relações comerciais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, dispõe quanto à celebração de tratados internacionais:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
> [...]
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Destarte, os "atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional", mencionados na PEC de autoria do senador Roberto Requião, já são atualmente submetidos ao referendo do Congresso Nacional, nos termos das disposições constitucionais vigentes, pois não podem ser juridicamente dissociados das expressões "tratados, convenções e atos internacionais".

A pretensão do proponente da Emenda não é, portanto, compelir o Executivo a submeter à aprovação do Legislativo acordos internacionais sobre comércio, mas consiste em forçar o Executivo a ter o acompanhamento do Legislativo nas negociações de quaisquer ajustes comerciais internacionais e, ainda, obter a autorização deste Poder para a assinatura dos referidos instrumentos.

A Lei Suprema prescreve que compete privativamente ao Presidente da República "manter relações com Estados estrangeiros" (artigo 84, VII) e "celebrar tratados, convenções e atos internacionais" (art. 84, VIII).

Conferindo ao Presidente da República a competência de manter os contatos com as potências estrangeiras e celebrar tratados com elas, a Constituição de 1988 confirmou inequivocamente que a condução da política externa é atributo do Poder Executivo.

A doutrina é unânime a esse propósito e pode ser bem expressa pela abalizada opinião de Celso de Albuquerque Mello: "No Brasil, sistema presidencialista, a política externa esteve sempre concentrada nas mãos do Presidente da República."[75]

[75] MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 219.

A condução da política externa pelo Executivo compreende a negociação dos tratados internacionais. Não é possível excluir os acordos em matéria de comércio dos tratados em geral.

Impor ao Executivo parceria com o Congresso Nacional no curso das negociações de ajustes comerciais seria retirar do Presidente da República a competência constitucional privativa de impulsionar as relações exteriores, mediante a celebração de tratados.

Na lição de José Francisco Rezek, "a autoridade do Chefe de Estado, no domínio da celebração de tratados internacionais, não conhece limites: ele ostenta, em razão do cargo, idoneidade para negociar e firmar o acordo, e ainda para exprimir – desde logo ou mediante ratificação ulterior – o consentimento estatal definitivo".[76]

O Parlamento, via de regra, reconhece a necessidade de serem preservados os poderes do Executivo no domínio das relações exteriores. Há sentimento predominante entre os legisladores de que a exclusividade das informações e a experiência acumulada fazem do Executivo o órgão apto a lidar com a política internacional. A prática freqüente de consultas informais entre o Executivo e os líderes dos partidos representados no Parlamento serve para dirimir suas dúvidas, assim como as dos demais legisladores, e ajuda a confirmar a autoridade do governo para agir sem a participação do Legislativo. Os freqüentes depoimentos do Chanceler, do Secretário-Geral, dos Subsecretários-Gerais e de outros diretores de unidades do Itamaraty às comissões técnicas das duas Casas do Congresso Nacional igualmente representam contribuição importante para o esclarecimento dos parlamentares. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal têm mesmo a prerrogativa constitucional de convocar o Ministro de Estado das Relações Exteriores para pessoalmente prestar informações ou encaminhar pedidos para que o faça por escrito (art. 50 da Constituição Federal).

O senador Aloizio Mercadante apresentou as Propostas de Emenda à Constituição nºs 345/2001 e 18/2003, nas quais entende deva ser acrescentado à competência exclusiva do Congresso Nacional "autorizar o Presidente da República a negociar acordos internacionais que impliquem redução de barreiras alfandegárias e não-alfandegárias a bens e serviços, modificações no regime jurídico dos investimentos externos ou alterações no marco legal referente à propriedade intelectual", bem como a Proposta

[76] REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 205.

de Emenda à Constituição nº 20/2003, no sentido de que os eventuais negociadores dos aludidos temas também sejam previamente aprovados pelo Congresso Nacional.

O senador Eduardo Suplicy, por sua vez, é autor do Projeto de Lei do Senado nº 189, de 2003, já aprovado no Senado Federal e tramitando na Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei "define os objetivos, métodos e modalidades da participação do Governo brasileiro em negociações comerciais multilaterais, regionais ou bilaterais".

Dispõe que a participação do Brasil, individual ou coletivamente, em negociações comerciais internacionais, quaisquer que sejam seu contexto, suas motivações originais, seu marco jurídico e seu estágio de evolução na data de entrada em vigor da Lei, orientar-se-á permanentemente pela necessidade de utilização do comércio internacional como instrumento básico do desenvolvimento econômico e social do país.

O referendo do Congresso Nacional em matéria de acordos comerciais considerará a conformidade destes com o disposto na Lei, de forma especial, o atendimento de condições que permitam alcançar, entre outros, os seguintes objetivos: I – expandir mercados externos para a colocação de bens, a prestação de serviços, inclusive por meio da presença de pessoas físicas, e a realização de investimentos brasileiros; II – melhorar a posição competitiva do país, não só externa, mas também internamente; III – ampliar a capacidade dos setores produtivos do país para gerar empregos; IV – possibilitar, mediante o crescimento dinâmico das exportações, a adoção de uma política de importação de insumos, bens de capital e tecnologia necessários, em níveis compatíveis com a manutenção de altas taxas de crescimento da economia; V – modificar a composição da pauta de exportações para aumentar a participação de bens de mais alto valor agregado.

A atuação brasileira em negociações comerciais internacionais, atendendo às peculiaridades de cada processo negociador, visará como resultados, entre outros: I – definição clara do escopo de cada processo negociador; as disciplinas relacionadas com os temas ditos sistêmicos e de caráter normativo, quais sejam, serviços, investimentos, propriedade intelectual e compras governamentais, deverão ser negociadas nos foros multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), preservada a possibilidade de aprofundamento do Mercosul e de outros mecanismos

de integração econômica entre os países em desenvolvimento, especialmente do continente africano; II – inclusão, nos processos de negociação, da remoção de barreiras que impedem a penetração nos mercados externos dos produtos brasileiros efetiva ou potencialmente mais competitivos, inclusive as barreiras resultantes da utilização abusiva, com essa finalidade precípua, de legislações anti-*dumping*, de direitos compensatórios e de salvaguardas; III – preservação do exercício soberano da competência do Poder Legislativo brasileiro para aprovar legislação específica em matéria comercial e de desenvolvimento agrícola, industrial e de serviços, bem como do Poder Executivo para adotar políticas correspondentes; IV – plena utilização da proteção que a legislação internacional de comércio, particularmente o Artigo XVIII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1994), concede à indústria nascente em países em desenvolvimento; V – preservação da faculdade de que, em caso de dificuldades de balanço de pagamentos, um país em desenvolvimento participante da negociação poderá adotar prontamente medidas previstas no Artigo XVIII do GATT 1994; VI – aplicação ao Brasil, por parte dos países desenvolvidos participantes da negociação, de todas as modalidades de tratamento especial e diferenciado anteriormente acordadas para países em desenvolvimento, tanto na Parte IV do GATT 1994 quanto em decisões posteriores, atendidas as especificidades dos países de menor desenvolvimento relativo; VII – preservação da liberdade para o desenvolvimento, a absorção e a aplicação, sem restrições indevidas, de tecnologias essenciais ao aumento da competitividade da economia nacional e à execução de políticas públicas em áreas estratégicas; VIII – tratamento isonômico aos 4 (quatro) modos cobertos pelas negociações em serviços na OMC, previstos no Artigo I, 2 do Acordo Geral sobre Comércio em Serviços (GATS), assegurando o tratamento favorável aos países em desenvolvimento, conforme as normas do GATS; IX – redução acelerada dos subsídios à produção e à exportação de produtos agrícolas, até sua completa eliminação; X – regras para o combate à pirataria de recursos fitogenéticos e formas de proteção de sua propriedade e de compensação adequada por sua utilização comercial; XI – fortalecimento dos esquemas de integração com países em desenvolvimento de que o Brasil faça parte, em especial do Mercosul e da América do Sul, inclusive por meio da definição e da gradual introdução, em tais esquemas, de políticas comuns, não só em matéria econômica, comercial e financeira, mas também em temas de direitos sociais e de cidadania a serem assegurados, como os referendos à garantia de uma

renda mínima ou renda básica de cidadania e direitos de aposentadoria; XII – exclusão de compromissos, no contexto da negociação comercial, nas áreas trabalhista e do meio ambiente e na área financeira em geral, particularmente a regulação e o controle das entradas e saídas de capital na economia brasileira, a política cambial e as relações com as instituições financeiras internacionais, preservada a possibilidade de aprofundamento do Mercosul e de outros mecanismos de integração econômica com países em desenvolvimento nessas áreas; XIII – condições de proteção adequada à indústria nacional, em especial a setores fortemente geradores de emprego e setores de tecnologia de ponta; XIV – compromisso dos demais participantes nas negociações de coibir suas exportações de contrafações e de pôr em prática um sistema de cooperação e de troca de informações que facilite a apreensão de tais produtos na fronteira; XV – não-introdução, em novos mecanismos de solução de controvérsias, da ab-rogação do foro nacional e da sub-rogação de empresas privadas nos direitos de Estados.

O Congresso Nacional, por intermédio de suas comissões competentes e de missões especialmente designadas para esse fim, acompanhará de perto o andamento das negociações comerciais e, de acordo com os dispositivos regimentais, avaliará seus resultados, inclusive pela convocação de membros do Poder Executivo e de audiências com especialistas e representantes de setores da economia diretamente interessados nas negociações, de modo a facilitar a decisão sobre a aprovação congressional aos acordos comerciais. Essa avaliação far-se-á ao longo do processo de negociação dos acordos. A fim de possibilitar essa avaliação, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional mensagem, estipulando o conteúdo desses acordos, seu cronograma e custos previstos, linhas de ação e objetivos envolvidos.

O senador Eduardo Suplicy justificou o aludido Projeto de Lei de sua autoria, sustentando que:

> [A] outorga pelo Congresso Nacional de um man-dato negociador para a celebração, pelo Poder Exe-cutivo, de acordos internacionais na área de comércio atenderia a vários objetivos importantes. Primeiro, permitiria ao Congresso exercer com pleno conheci-mento de causa a prerrogativa que lhe confere o Arti-go 84, VIII, da Constituição de referendar, ou não, os acordos celebrados. Segundo, constituiria orientação segura para os negociadores brasileiros no que se re-fere ao interesse nacional. Um mandato especifica os interesses a defender e delimita o campo de atuação da equipe

> negociadora, contribuindo para que seu trabalho seja, ao final, referendado pelo órgão outorgante. Ou seja, confere aos negociadores a segurança de estarem efetivamente defendendo os interes-ses do país. Terceiro, poria os negociadores e o próprio Poder Executivo ao abrigo de constrangimentos e pressões indevidas por parte de outros parceiros nas negociações. Como é sabido, a existência de um mandato negociador é requisito indispensável para a participação em negociações no caso das duas maiores potências comerciais do mundo, a União Européia e os Estados Unidos da América.

Ao referir-se aos Estados Unidos da América, possivelmente o senador está pensando no *Trade Promotion Authority* (TPA).

O TPA, conhecido na década de 1990 pelo nome de *fast-track authority*, objetiva assegurar que acordos comerciais negociados pelo Presidente dos Estados Unidos sejam analisados pelo Congresso na forma de "pacote". O Legislativo conserva a faculdade de aprovar ou não os acordos negociados, mas, em virtude deste processo expedito, só poderá examinar os dispositivos como um todo, dentro de prazos curtos obrigatórios, sem qualquer possibilidade de alteração. O Congresso vai sendo consultado ao longo do processo de negociação.

Deve-se ter na devida conta, entretanto, que, nos Estados Unidos, a regulamentação do comércio exterior é prerrogativa histórica do Legislativo. O estabelecimento de tarifas sempre foi tema de política fiscal interna, e não de relações exteriores, logo, só podia ser alterado por lei. Ao Presidente competia assegurar a imposição das tarifas fixadas pelo Congresso e negociar tratados de amizade, comércio e navegação, que estendiam aos contratantes as tarifas mais favoráveis.

A trajetória do relacionamento entre Executivo e Legislativo no Brasil é diferente.

No caso do ordenamento constitucional brasileiro, não resta dúvida de que a competência para conduzir a política externa, bem como para negociar e assinar tratados internacionais de qualquer natureza, é do Presidente da República. A ratificação desses instrumentos jurídicos é que está condicionada ao referendo do Congresso Nacional.

Só o Executivo pode exercer adequadamente a função de dirigir a política externa. Entretanto, as razões que recomendam a concessão dessa responsabilidade ao Executivo – continuidade, segredo, rapidez etc. – não impedem absolutamente que o Legislativo exerça um papel igualmente importante nas relações exteriores. Existiriam inconvenientes e dificuldades,

se o Legislativo tomasse parte diretamente na negociação de tratados ou em outras ações diplomáticas, mas é impossível negar o direito do Parlamento de apor seu veto, quando estimar que um ato internacional é nocivo ao interesse nacional.

A condução da política externa pelo Executivo compreende as negociações internacionais. Excluir as negociações dos acordos em matéria de comércio dos tratados em geral, dando-lhes regime diferenciado, criaria dificuldades à ação externa do Estado brasileiro.

Impor ao Executivo parceria com o Congresso Nacional do curso das negociações de ajustes comerciais seria retirar do Presidente da República a competência constitucional privativa de impulsionar as relações exteriores, mediante a celebração de tratados.

6.5.Conhecimento prévio pelo Congresso Nacional dos tratados em negociação

Especialmente interessante, a Proposta de Emenda à Constituição nº 34/2003, do senador Efraim Morais, sugere alterações no art. 49 da Constituição Federal. Caso aprovada, permitiria maior flexibilidade ao Executivo na conclusão de ajustes internacionais rotineiros, sem importância transcendente ou de natureza administrativa, ajustando a Lei Suprema à prática da celebração de tratados no Brasil.

De acordo com o teor da referida Proposta, o artigo 49 da Constituição passaria a ter a seguinte redação:

> Art.49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, excetuados os que visem executar ou interpretar obrigações ou direitos estabelecidos em tratados anteriores, os que ajustem a prorrogação de tratados e os que tenham natureza administrativa.
> § I ° Para a execução do inciso I do *caput* deste artigo, o Congresso Nacional deverá ter conhecimento prévio dos tratados, convenções e atos internacionais em negociação pelo Presidente da República;
> § 2° A apreciação legislativa poderá ser dispensada por lei que autorize o Executivo a firmar atos internacionais sobre tema discriminado na lei;

§ 3° O Congresso Nacional poderá determinar que qualquer tratado incluso nas exceções dispostas no inciso I do *caput* venha a passar pela apreciação legislativa.

7. CODIFICAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DOS TRATADOS

A codificação do Direito Internacional, caracterizada pela transformação das normas consuetudinárias em normas escritas, convencionais, vem evoluindo desde as últimas décadas do século XIX.

O continente americano desempenhou importante papel no processo codificador do Direito das Gentes, e o Brasil alcançou posição destacada, formulando várias propostas, como, por exemplo, os projetos de códigos de Direito Internacional Público (organizado por Epitácio Pessoa) e de Direito Internacional Privado (preparado por Lafayette Rodrigues Pereira), apresentados, em 1912, à Comissão Internacional de Jurisconsultos Americanos, criada por convenção aprovada na 3ª Conferência Pan-americana, realizada em 1906, no Rio de Janeiro.

Os projetos inspiraram doze tratados, aprovados na 6ª Conferência Internacional Americana, realizada, na cidade de Havana, em 1928, entre os quais uma *"Convenção sobre Tratados"*.

Por conseguinte, o continente americano deu o primeiro passo rumo à regulamentação internacional do Direito dos Tratados.

A Convenção de Havana sobre Tratados, contendo 21 artigos, foi ratificada por oito Estados (Brasil, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana).[77]

Depois de prolongados estudos, a Comissão de Direito Internacional da ONU submeteu, em 1966, um "Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados" à consideração da Assembléia Geral, que decidiu convocar uma conferência internacional em Viena, para os anos de 1968 e 1969, a fim de examiná-lo e adotar convenção sobre o assunto.

No primeiro período de sessões da "Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados" (1968), fizeram-se representar 103 Estados; no segundo (1969), compareceram 110 delegações.

O Brasil participou de ambos. A delegação brasileira foi chefiada, respectivamente, pelos embaixadores Gilberto Amado, em 1968, e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, no ano seguinte.

[77] **Coleção de Atos Internacionais**, nº 21, p. 44-51.

No final do segundo período de sessões, a Conferência aprovou, por 79 votos favoráveis (inclusive do Brasil), um contrário (França) e dezenove abstenções, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, formada de 85 artigos e um anexo.[78]

Aberta à assinatura dos Estados no dia 23 de maio de 1969, a Convenção de Viena entrou em vigor a 27 de janeiro de 1980, trinta dias depois do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou de adesão, segundo estabeleceu seu artigo 84.[79]

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 22 de maio de 1969, é o coroamento de vários anos de trabalho.

Segundo Roberto Ago, presidente da conferência, quando se examina o conteúdo da Convenção de Viena de 1969, vê†se que a estrutura do Direito Internacional clássico sobre a matéria permaneceu praticamente intacta e adquiriu ainda maior solidez, pela expressiva adesão dos Estados.

Entretanto, ao mesmo tempo, adaptações às novas condições dos contatos internacionais e atualizações que foram efetuadas na referida estrutura, por meio de uma longa conversação, aberta entre todos os membros da sociedade dos Estados, fizeram, de um sistema de regras nascido e estabelecido em uma comunidade internacional ainda parcial, o sistema reconhecido por uma sociedade realmente universal.[80]

A adesão de número significativo de Estados, pertencentes a todas as regiões do mundo, constitui, acima de tudo, o reconhecimento e a confirmação explícita da existência de um corpo orgânico de normas que formalizou, por escrito, regras consuetudinárias consagradas.

Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça declarou, em sua opinião consultiva de 21 de junho de 1971, sobre "*Conseqüências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste africano), não obstante a Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança*", que: "*[a]s regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados concernentes à cessação de um tratado violado (que foram adotadas sem oposição) podem ser consideradas como uma codificação do Direito costumeiro existente neste domínio.*"[81]

---

[78] Texto *in* **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), 24 de abril de 1993, p. 7957-69.
[79] O Brasil assinou, mas ainda não ratificou a convenção.
[80] AGO, Roberto. **Droit des Traités a la lumière de la Convention de Vienne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, La Haye, 134:328, 1971(III).
[81] *Apud* AGO, Roberto. Ibid., p. 329.

Vigente desde 27 de janeiro de 1980, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados obriga, *stricto sensu*, apenas os Estados que a tenham ratificado ou comunicado a sua adesão a ela.

Porém, devido à importância que possui, a Convenção ultrapassa o limite de obrigatoriedade restrita aplicável aos Estados-partes, para influir, *lato sensu*, sobre todos os tratados celebrados após a sua entrada em vigor.

As disposições da Convenção, aprovadas por maiorias representativas superiores a dois terços, deram certeza a normas preexistentes, em certos casos, facilitaram a cristalização de determinadas regras, em outros, e, no tocante às demais situações, configurando uma *opinio juris* coletiva e orientando no sentido de que a prática posterior se desenvolva de acordo com ela, aceleraram a formação de novos preceitos.

Assegura Antonio Remiro Brotons que:

> Não obstante as dificuldades que apresente a valoração concreta de cada disposição, não se pode duvidar que as normas consuetudinárias projetadas pela Convenção, e graças a ela, são aplicáveis a todos os tratados [...], com abstração da sua entrada em vigor e do círculo dos Estados partes da mesma.[82]

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, possui um lugar de destaque no contexto dos atos internacionais.

Diferentemente de outras convenções que regulam o comportamento dos Estados em setores específicos das relações internacionais, como, por exemplo, proteção dos direitos humanos, comércio, navegação, defesa do meio ambiente etc., a Convenção de Viena destina-se a reger todos os demais tratados.

O Direito dos Tratados permeia todo o conjunto do ordenamento jurídico internacional e sedimenta a base da estrutura na qual operam as normas internacionais.

Entretanto, o Direito dos Tratados também desempenha um papel importante no âmbito interno dos Estados.

As Constituições estabelecem a competência para celebrar tratado, despertando, em muitos Estados, temor em aceitar uma regulamentação internacional sobre a matéria, pois poderia entrar em colisão com o ordenamento interno.

---

[82] BROTONS, Antonio Remiro. **Derecho Internacional Público**. 2. Derecho de los Tratados. Madrid: Tecnos, 1987. p. 41.

Preocupam se certos Estados, igualmente, com o potencial da Convenção de Viena para se converter no instrumento jurídico internacional mais utilizado pelos tribunais internos, o que é inevitável, pois sua finalidade é regulamentar a celebração, a vigência, a observância, a validade, a aplicação e a interpretação dos tratados.

Por isso, o processo da aceitação da Comissão de Viena foi um pouco lento. Levou mais de dez anos para entrar em vigor (1980).

Atualmente, várias dezenas de Estados já ratificaram a Convenção de Viena ou aderiram a ela, entre os quais os três parceiros do Brasil no Mercosul, Argentina, Uruguai e Paraguai; o Chile, o México e a Colômbia; a Grã Bretanha, a Rússia, o Japão, a Itália, a Espanha, entre outros.

Em 1969, a Assembléia Geral da ONU recomendou à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um estudo sobre tratados celebrados por organizações internacionais, uma vez que a Convenção de Viena de 1969 abrange apenas os tratados celebrados entre Estados.

Decorridos doze anos, a Comissão aprovou, em 1982, um "Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais", e a Assembléia Geral decidiu convocar mais uma conferência internacional em Viena, para os meses de fevereiro e março de 1986, com o propósito de apreciar o projeto e adotar convenção sobre a matéria.

O Brasil novamente participou, por intermédio de delegação chefiada pelo embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e integrada pelo professor Antonio Augusto Cançado Trindade.

No encerramento dos trabalhos da conferência, foi aprovada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, com 86 artigos e um anexo, aberta à assinatura de Estados e Organizações Internacionais a 21 de março de 1986.[83]

Há aspectos do Direito dos Tratados que não foram regulados nas convenções de 1969 e 1986.

Dadas as suas peculiaridades, esses aspectos vão aos poucos fazendo parte de outras convenções, como é o caso da Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, celebrada em 23 de agosto de 1978.

---

[83] Texto *in* **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, 69-71:335 74, 1987 1989. O Brasil assinou, mas ainda não ratificou a convenção (abril, 1995).

A 22 de abril de 1992, o Presidente da República submeteu à consideração do Congresso Nacional a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.[84]

O Ministro das Relações Exteriores ressaltou, na exposição de motivos, que a Convenção representa importante passo no caminho da codificação do Direito Internacional, efetuada sob a égide das Nações Unidas.

Mas lembrou que:

> Infelizmente, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais, mas derivadas de exegese talvez excessivamente rigorosa de disposições meramente enunciativas de possibilidades a serem utilizadas ou não pelos Estados segundo a sistemática adotada em cada um, retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição.[85]

Lamentando que o Brasil tenha permanecido ausente por tanto tempo da Convenção de Viena, o Ministro das Relações Exteriores concluiu que a ratificação dela honrará a tradição diplomática e o passado de apreço pelo Direito dos brasileiros.

A Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados aprovou, a 2 de dezembro de 1992, parecer do deputado Antonio Carlos

[84] Mensagem 116, de 1992 (do Poder Executivo). **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), de 19 de maio de 1992, p.9240.
[85] **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), de 19 de maio de 1992, p. 9241.

Mendes Thame, recomendando a aprovação da Convenção, com reservas aos artigos 25 e 66.[86]

O artigo 25 estabelece que um tratado, ou parte dele aplica se provisoriamente, enquanto não entra em vigor, se o próprio tratado assim dispuser, ou os Estados negociadores assim acordarem por outra forma.

Esse dispositivo, segundo o deputado Mendes Thame, é incompatível com a Constituição brasileira, considerando que o Direito pátrio "não admite a aplicação provisória de um tratado, pois, para que o Brasil se obrigue internacionalmente será imprescindível o assentimento prévio do Congresso Nacional."[87]

Neste mesmo sentido, acrescentou o aludido parlamentar, a Colômbia, a Costa Rica e a Guatemala, ao ratificarem a Convenção de Viena, manifestaram reservas ao artigo 25, argumentando que o preceito não se coaduna com os respectivos textos constitucionais.

O artigo 66, por sua vez, foi visto pelo deputado Mendes Thame como o "*dispositivo mais controvertido da Convenção*", devido à rigidez dos seus termos.

Consoante o artigo 66, qualquer parte em uma controvérsia sobre a aplicação ou interpretação dos tratados poderá submetê┼la à decisão da Corte Internacional de Justiça, supletivamente e de comum acordo, à arbitragem, ou ainda à Comissão de Conciliação prevista no anexo à Convenção.

A obrigatoriedade de submissão ao Tribunal da Haia representa obstáculo intransponível, para o deputado, devido à falta de consenso sobre as vantagens de aceitar a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça.[88]

Quanto aos meios de expressar o consentimento do Estado em obrigar┼se por um tratado, elencados nos artigos 11 a 16 da Convenção, o deputado opinou que o Governo deverá fazer uma declaração interpretativa, consignando que, como regra geral, o Brasil só se obrigará definitivamente, no âmbito internacional, após terem sido cumpridas todas as formalidades previstas no seu texto constitucional.[89]

---

[86] **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), de 24 de abril de 1993, p. 7953-56.
[87] Ibid., p. 7955.
[88] Ibid., p. 7956.
[89] Ibid.

É curioso que o conteúdo do decreto legislativo proposto pelo relator, deputado Mendes Thame, e aprovado pela Comissão de Relações Exteriores, nada dispõe sobre essa declaração interpretativa, confirmando, apenas, as reservas aos artigos 25 e 66.

O parecer é contraditório, quando sublinha, por um lado, que a aprovação do Congresso Nacional é necessária para qualquer compromisso internacional e, por outro, admite "raríssimas exceções" a essa regra.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, em 24 de março de 1993, aprovou o projeto da Comissão de Relações Exteriores, confirmando, portanto, as reservas aos artigos 25 e 66.

O Presidente da Câmara dos Deputados ia submeter o projeto à votação do Plenário, no dia 4 de maio de 1993, mas o deputado Maurilio Ferreira Lima apresentou emenda, propondo a supressão das reservas pretendidas, e alegou que, com essa atitude, desejava provocar a volta do projeto à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pois há divergências sobre a possibilidade de o Congresso aprovar tratados parcialmente.[90]

A Presidência concordou em remeter o projeto de volta à referida Comissão.

Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação aprovou, por unanimidade, parecer do relator da matéria, deputado José Thomaz Nonô, entendendo válida e oportuna a aposição de reservas aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena.

O parecer também proclamou que o Congresso Nacional pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção, ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.

Em 2 de fevereiro de 1995, o projeto de decreto legislativo, contendo o pronunciamento do Congresso Nacional a respeito da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estava pronto para a ordem do dia do plenário da Câmara dos Deputados, mas desta etapa nunca passou.

O Itamaraty procura pautar sua atividade na negociação de tratados de acordo com a Convenção de Viena, apesar de não ter sido ratificada, assim como ocorre com o Departamento de Estado norte americano.

[90] **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), de 5 de maio de 1993, p. 8799-800.

Tanto o Executivo quanto o Legislativo brasileiros agiriam com sabedoria e sensatez, decidindo pela ratificação tanto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 como da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

8. Convênios entre o Estado brasileiro, Estados federados, Municípios ou o Distrito Federal com subunidades políticas ou administrativas estrangeiras.

As unidades federadas brasileiras agem na cena internacional, perseguindo objetivos de cooperação, comércio, turismo, captação de investimentos, bem como de intercâmbio cultural, científico e educacional.

A Constituição Federal brasileira, ao contrário de outras Cartas modernas, não prevê a possibilidade de relacionamento externo das unidades federadas. O art. 21, inciso I, dispõe que é competência da União "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais".

Contudo, o relacionamento externo de governos não--centrais (unidades federadas, no Brasil) – também denominado de *paradiplomacia*, constitui realidade facilmente comprovável, reflexo da horizontalização das relações internacionais, da segmentação objetiva das políticas nacionais e da globalização.

Impõe-se, encontrar fórmula que permita a celebração de convênios pelas unidades federadas com subunidades políticas ou administrativas estrangeiras, desde que aprovados previamente pelo Ministério das Relações Exteriores, de modo a assegurar que os convênios celebrados por aquelas unidades não são incompatíveis com a lei federal ou com a política externa brasileira.

Não sendo possível qualificar as unidades federadas como sujeitos de Direito Internacional, os convênios por elas firmados com unidades estrangeiras não são tratados internacionais, logo, não pertencem ao ordenamento jurídico internacional, mas ao direito interno de cada uma das partes. Esses instrumentos não podem obrigá-las ou ao Estado brasileiro no plano internacional.

As obrigações que possam decorrer dos convênios serão reguladas pela lei do Estado, Município ou Distrito Federal que o tenha firmado.

Essa seria a esfera jurídica própria dos convênios firmados no plano paradiplomático: a lei estadual ou municipal da correspondente

unidade federada. Uma vez determinada a competência legal desta unidade sobre o tema conveniado, sua adequação à lei federal e aos objetivos da política externa brasileira, a unidade federada que entre em convênio com governo não-central estrangeiro deve incorporar este compromisso a sua lei local (estadual ou municipal).

Por outro lado, o Estado brasileiro não pode celebrar tratado com uma sub-unidade política ou administrativa estrangeira, salvo se essa subunidade estiver capacitada para assim proceder pela lei do Estado a que pertence.

A doutrina clássica sustenta que subunidades políticas do Estado não possuem capacidade internacional. O número de países, entretanto, que reconhecem a capacidade de suas unidades políticas internas de pactuar com Estados estrangeiros está aumentando. Em alguns casos, esta capacidade é constitucionalmente garantida.

José Vicente da Silva Lessa, estudioso do tema da paradiplomacia, cita como exemplo o caso da Bélgica, onde o poder constitucional de pactuar das Comunidades e Regiões em matéria de sua competência é indelegável, levando-se ao limite extremo a autonomia de uma unidade federada. Espanha e Itália adotam legislações similares: suas províncias e "regiões autônomas" têm autonomia para celebrar tratados, não apenas com outros governos não-centrais estrangeiros, como com os próprios Estados centrais. Outras federações, como a Alemanha, a Suíça, os Estados Unidos e a Argentina, adotam dispositivos constitucionais que permitem a suas unidades celebrar acordos com nações estrangeiras, ressalvada a necessidade de aprovação do governo central. A China, que não se declara formalmente federativa, adota o mesmo princípio. A este propósito, note-se que Hong Kong, ao ser reincorporado à República Popular da China, manteve todos os seus direitos de negociar, pactuar e fazer-se representar em foros mundiais.[91]

Ademais, a França, em sua Lei de Orientação ao Ultra-Mar (Lei n° 2000-1207, de 13 de dezembro de 2000, título V, "De I 'Action lnternationale de Ia Guadelupe, de Ia Guyane, de Ia Martinique et de Ia Réunion dans leurs Environnement Regional", Artigos 42 e 43, incorporados ao Código Geral das Coletividades Territoriais), autoriza

[91] *Vide* LESSA, José Vicente da Silva. "A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais". Tese aprovada no XLIV Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. *Mimeo.*

aquelas possessões a "negociar e assinar acordos com os vários Estados ou organismos regionais situados, segundo o caso, no Mar das Caraíbas, nas vizinhanças da Guiana e no Oceano Índico", em assuntos de sua competência. No que nos diz respeito, ao autorizar a Guiana Francesa a celebrar tratados com seus vizinhos, depreende-se pela possibilidade legal de o Governo brasileiro pactuar diretamente com aquele Departamento, sem a intermediação de Paris.[92]

Compete aos Estados determinar, em seu direito interno, quem tem capacidade de celebrar tratados no plano internacional.

No Brasil, têm ocorrido iniciativas no sentido de pactuar com subunidades estrangeiras, inclusive de autoria do Governo federal. Tudo indica que esses casos podem se intensificar, logo, seria aconselhável que fosse empreendida uma reflexão, à luz das práticas modernas neste campo, com vistas à adoção de uma lei de tratados que incorpore essa nova tendência.

9. Hierarquia entre tratados e leis

Trata-se do ponto que foi considerado por Celso de Albuquerque Mello como "a grande ausência" da Constituição de 1988.[93]

Muitas Constituições estrangeiras têm adotado dispositivos referentes às relações entre o direito interno e o direito internacional.

Aludindo ao "direito internacional", incluem nesta expressão ampla tanto tratados quanto costumes e princípios gerais de Direito.

As fórmulas constitucionais geralmente consistem em dispor que o ordenamento jurídico interno se conforma às normas do direito internacional ou que as regras geralmente reconhecidas do direito inter-nacional são consideradas parte integrante do direito interno e sobrepõem-se às leis.

Há Constituições que se preocupam com a hierarquia especificamente entre tratados e leis, como a Constituição francesa, cujo artigo 55 dispõe que "os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte".

---

[92] Ibidem.

[93] MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional. Uma Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 343.

O silêncio da Constituição brasileira sobre a matéria favoreceu interpretação jurisprudencial de que os tratados recepcionados na ordem jurídica interna têm hierarquia idêntica à da legislação infraconstitucional, submetidos, por conseguinte, ao princípio da *lex posterior derrogat priori*.

Essa interpretação, consubstanciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário nº 80.004, de 1977, tem causado dificuldades para a inserção do Brasil no cenário internacional contemporâneo.

A Constituição precisa ser emendada para dispor que os tratados internacionais de que o Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico pátrio e suas normas prevalecem sobre as leis.

Cito um exemplo recentíssimo para ilustrar a afirmativa supra.

A Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul aprovou em 2005 o Projeto de Lei número 102, que proíbe a "a comercialização, a estocagem e o trânsito de arroz, trigo, feijão, cebola, cevada e aveia e seus derivados importados de outros países, para consumo e comercialização no Estado do Rio Grande do Sul, que não tenham sido submetidos à análise de resíduos químicos de agrotóxicos ou de princípios ativos usados, também, na industrialização dos referidos produtos".

O aludido projeto de lei, tal como foi aprovado na Assembléia Legislativa, implica transgressão de diversas normas jurídicas contidas em tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

Caso o Governador do Estado sancione a lei, o País fica em clara situação de descumprimento de suas obrigações. Além do desgaste político, o Brasil estaria sujeito a reclamações dos países com os quais assumimos os compromissos e, conseqüentemente, estaria aberta a possibilidade de instauração de causas contra o Estado brasileiro no mecanismo de solução de controvérsias, com prognósticos desfavoráveis para o Brasil, e de possíveis medidas retaliatórias por parte de nossos parceiros comerciais.

A aprovação do projeto da Assembléia rio-grandense conduziria, ademais, a sério enfrentamento na relação com os sócios do Mercosul, em um momento especialmente delicado para as negociações intrabloco. Estão em marcha tratativas para o aprimoramento da união aduaneira, cujo bom termo é importante para a estabilidade e aprofundamento do Mercosul. Além da infração a normas internacionais, a imposição unilateral de barreiras a exportações de grande interesse desses países introduziria grave perturbação ao processo integracionista em curso.

Nos precisos termos da Constituição Federal, compete à União manter relações com Estados estrangeiros e compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas.

A condução da política externa é prerrogativa constitucional do Presidente da República, bem como a celebração de tratados internacionais, com o referendo do Congresso Nacional. A eventual adoção do Projeto de Lei nº 102/2005 causaria impacto altamente negativo na execução da política externa do Brasil.

Em vista do exposto, na situação atual, qual o remédio à disposição da União para combater a infração da legislação estadual a tratados internacionais?

Primeiro, instar o Governador a que vete o Projeto de Lei nº 102, por inconstitucional e contrário ao interesse público. Caso o Projeto seja sancionado ou o veto rejeitado pela Assembléia Legislativa, buscar junto ao Poder Judiciário a declaração da inconstitucionalidade da lei.

Contudo, em face da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre proteção ao meio ambiente, a decisão do Poder Judiciário seria incerta.

Muito maior segurança jurídica ocorreria se o Brasil consagrasse na Constituição a superioridade hierárquica do tratado sobre a lei.

Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI[1]

Antônio Augusto Cançado Trindade[2]

I. Introdução

1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos frente a Desafios Sucessivos neste Início do Século XXI

Dificilmente poderia haver uma ocasião mais oportuna que estas *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty* (07-09 de novembro de 2005) para um exame dos desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos neste início do século XXI. Proponho-me a fazê-lo dentro dos limites de tempo desta conferência de encerramento do evento, permitindo-me, de início, para um exame mais detalhado e pormenorizado da matéria, referir-me aos três tomos de meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*[3]. Desde que publiquei meu primeiro estudo monográfico sobre a matéria, escrito em 1968, ano de realização da I Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Teerã[4], até o presente, têm-se configurado sucessivos desafios distintos à proteção internacional dos direitos humanos, desenvolvida, nestes 37 anos, em meio a avanços e retrocessos.

---

[1] Texto da Conferência de encerramento das *Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty*, ministrada pelo Autor no Auditório do Ministério das Relações Exteriores, em Brasília, na tarde de 09 de novembro de 2005.

[2] Ph.D. (Cambridge, Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Ex-Consultor Jurídico do Itamaraty (1985-1990); Membro Titular do *Institut de Droit International*; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia; Membro das Academias Mineira e Brasileira de Letras Jurídicas.

[3] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, 2a. edição, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-640 (2a. edição); volume II, 1999, pp. 1-440; e volume III, 2003, pp. 1-663.

[4] A.A. Cançado Trindade,*Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1969, pp. 1-55.

Os avanços e retrocessos lamentavelmente são próprios da triste condição humana, o que deve nos incitar a continuar lutando até o final. O importante é a luta incessante pela prevalência do Direito. Tenho tido o privilégio de inserir e sistematizar o Direito Internacional dos Direitos Humanos - como é hoje conhecido - em meu país, o Brasil, e contribuir ativamente para a sua evolução no plano internacional. Nem por isso deixo de constatar a coexistência de avanços e retrocessos no quadro atual. Ao vislumbrar, hoje, este auditório do Ministério das Relações Exteriores, - de que tão gratas lembranças guardo, - repleto de juristas pátrios das novas gerações provenientes de círculos acadêmicos de todo o país, - motivo de particular satisfação para mim, - permito-me recordar uma advertência que tenho reiterado em muitos de meus Votos em mais de uma década de atuação na Corte Interamericana de Direitos Humanos (e de meia-década na Presidência da mesma).

Não podemos pressupor, neste ou em qualquer domínio, um progresso linear, constante e "inevitável", porquanto as instituições públicas (nacionais e internacionais) são, em última instância, as pessoas que nelas se encontram, e oscilam, pois, como as nuvens ou as ondas, como é próprio da vulnerável condição humana. Constato hoje com nitidez que, laborar na proteção internacional dos direitos humanos, é como o mito do Sísifo, uma tarefa que não tem fim. É como estar constantemente empurrando uma rocha para o alto de uma montanha, voltando a cair e a ser novamente empurrada para cima. Entre avanços e retrocessos, desenvolve-se o labor de proteção.

Ao descer da montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se a *consciência* da condição humana e da tragédia que a circunda. Mas há que seguir lutando. Na verdade, não há outra alternativa:

> "Sisyphe, revenant vers son rocher, contemple cette suite d'actions sans lien qui devient son destin, créé par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphe enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux"[5].

Para mim, a felicidade imaginária e fugaz de Sísifo ocorre, e.g., no presente domínio de proteção, quando uma vítima de violações de seus direitos básicos recupera sua fé na justiça humana graças à atuação de uma instância internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já tive a ocasião de receber o reconhecimento pessoal de vítimas

[5] A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168.

que se sentiram reivindicadas pela atuação da Corte Interamericana, sobre o que guardarei silêncio, ao menos por alguns anos. O que posso hoje assegurar é que já vivi momentos do alívio ou felicidade efêmera de Sísifo, - e se aqui o afirmo é na esperança de que possa servir de ânimo aos jovens juristas das novas gerações aqui presentes neste auditório repleto.

A par das numerosas pessoas que só vieram a encontrar a justiça nas instâncias internacionais de direitos humanos (e neste domínio de proteção têm efetivamente ocorrido avanços inequívocos no ideal da justiça internacional, testemunhados pelos próprios justiciáveis), - persistem os desafios da falta de universalidade de vários tratados de direitos humanos, da falta em muitos países (inclusive no Brasil[6]) de aplicabilidade direta da

[6]. Sem falar da decepcionante regulamentação no direito interno brasileiro do crime de tortura, da bizarra denúncia pelo Brasil da Convenção n. 158 da OIT (sobre garantia no emprego), e, ainda há pouco, da bisonha e patética emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004. Esta última outorga *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro (novo artigo 5(3)), tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo *aberto* consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano. Em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de nossos publicistas míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. Os triunfalistas da recente emenda constitucional n. 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *fatos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanas permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. Em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por estes melancólicos acidentes de percurso. - Para a minha premonição de 1998, contra os riscos de futuras restrições ao disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988, cf. A.A. Cançado Trindade, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", 51 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1998) pp. 90-91.

normativa destes últimos no direito interno dos Estados Partes e de mecanismos permanentes de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos, das insuficiências das medidas de prevenção e de seguimento, das insuficiências da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, da persistência preocupante da impunidade, e da alocação manifestamente inadequada de recursos humanos e materiais aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos[7]. Ante este quadro complexo, nunca é demais identificar os traços essenciais do presente domínio de proteção.

II. Os Traços Essenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, como nos demais ramos do Direito em geral, há que se precaver contra os riscos do reducionismo de definições; estas, pela dinâmica da realidade dos fatos, e com o passar do tempo, tendem a se mostrar incompletas. Há, pois, que descartar a pretensão do "definitivo". Nem por isso me eximo de conceituar o que entendo por *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tal como desenvolvido em meu supracitado *Tratado*, tendo presente a necessidade de assegurar-lhe as necessárias unidade e coesão.

Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas

[7] Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "The Future of the International Protection of Human Rights", *in B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986; 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.

relações com o poder público e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que, regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Sua fonte *material* por excelência reside, em meu entender, tal como tenho desenvolvido em meus escritos e meus numerosos Votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na *consciência jurídica universal*, responsável em última análise - tenho a convicção - pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça[8]. Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sejam, sobretudo, as que contrapõem os indivíduos como seres humanos ao poder público, nestas não se exaure a aplicação do mencionado *corpus juris* de proteção. Dada a diversificação das fontes (inclusive as não-identificadas) de violações dos direitos humanos - outro grande desafio contemporâneo, - o raio de ação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se estende também à proteção contra terceiros (grupos clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder econômico, dentre outros) - configurando-se o *Drittwirkung*; nesta hipótese, pode-se comprometer a responsabilidade do Estado por omissão (a responsabilidade internacional *objetiva*).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos conta com hermenêutica própria e seus métodos de interpretação evidenciam sua autonomia e especificidade, sem com isto apartar-se dos cânones de interpretação consagrados no direito dos tratados[9]. Desse modo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui a desenvolver a aptidão do ordenamento jurídico internacional para reger relações jurídicas de natureza diversa. Ademais, ao ter por objetivo último a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, seu *corpus* normativo abarca também, *lato sensu*, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. Juntamente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos,

[8] A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-423.

[9] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23-200.

estas três vertentes[10] convergem na realização do propósito comum de proteger o ser humano em tempos de paz assim como de conflitos armados, em seu próprio país assim como alhures, em suma, em todas as áreas da atividade humana e em todas e quaisquer circunstâncias.

Em seu percurso histórico rumo à universalização, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem-se norteado por princípios básicos, inspiradores de toda sua evolução. São eles os princípios da *universalidade*, da *integralidade* e da *indivisibilidade* dos direitos protegidos, inerentes à pessoa humana e, por conseguinte, anteriores e superiores ao Estado e demais formas de organização político-social, assim como o princípio da *complementaridade* dos sistemas e mecanismos de proteção (de base convencional e extraconvencional, de âmbito global e regional). O presente *corpus juris* de proteção forma, desse modo, um todo harmônico e indivisível. Neste universo conceitual, e por força do disposto nos tratados de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos, internacional e interno, mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma - de origem internacional ou interna - que em cada caso melhor proteja o ser humano.

É assim, em suma e em traços gerais, que concebo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como um *corpus juris* de proteção do ser humano que se ergue sobre um novo sistema de valores superiores. O ser humano não se reduz a um "objeto" de proteção, porquanto é reconhecido como *sujeito de direito*, como titular dos direitos que lhe são inerentes, e que emanam diretamente do ordenamento jurídico internacional[11]. A subjetividade internacional do indivíduo, dotado, ademais, de capacidade jurídico-processual internacional para fazer valer os seus direitos, constitui, em última análise, a grande revolução jurídica operada

[10] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genebra, CICV, [2000], pp. 1-66; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", *in Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 1a. ed., San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.

[11] Cf., a respeito, Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), Parecer n. 17 sobre a *Condição Jurídica e os Direitos Humanos da Criança*, de 28.08.2002, Série A, n. 17, Voto Concordante A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-71.

pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo da segunda metade do século XX[12], e hoje consolidada de modo irreversível.

No plano operacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao consagrar valores e interesses comuns superiores[13] consubstanciados na salvaguarda dos direitos da pessoa humana, concebe o funcionamento de seus mecanismos de proteção mediante o exercício da *garantia coletiva*. A salvaguarda dos direitos humanos passa a ser vista como sendo de interesse de todos, constituindo uma meta comum e superior a ser alcançada por todos em conjunto; em suma, passa a configurar-se como uma questão de *ordre public* internacional[14]. A operação dos mecanismos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos se direciona rumo à consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao deparar-se com uma série de novos desafios neste início do século XXI (cf. *supra*), prossegue em sua trajetória histórica rumo à universalização dos direitos humanos. A concepção e aplicação de novas formas de proteção do ser humano não podem fazer abstração das lições acumuladas em pouco mais de meio-século de evolução da matéria. Ao longo de todo esse tempo, tornou-se claro que, com a consagração dos direitos humanos no plano internacional, não se tratava de impor uma determinada forma de organização social, ou modelo de Estado, tampouco uma uniformidade de políticas, mas antes de buscar comportamentos e atitudes dos Estados - não obstante suas diferenças - que se mostrassem convergentes quanto aos valores e preceitos básicos consagrados na Carta Internacional dos Direitos Humanos.

A experiência internacional tem revelado, em distintos momentos históricos, a possibilidade de acordo ou consenso quanto à universalidade dos direitos humanos apesar das divergências ideológicas e discrepâncias

[12] A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; 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; A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2001) pp. 11-23.

[13] Não há que passar despercebido que a noção de "interesse geral" ou superior tem encontrado expressão na atividade judicial internacional, em
contextos distintos; cf., e.g., Th. Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 9-11, 23-43, 64, 74-77 e 155-160.

[14] Cf. *infra*.

doutrinárias. Foi, assim, possível, avançar no presente domínio de proteção no mundo profundamente dividido do pós-guerra[15]. De Paris a Teerã (1948-1968), as duas primeiras décadas deste processo corresponderam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos internacionais de proteção, marcada, por um lado, pela visão atomizada ou compartimentalizada - emanada das forças que ditavam a própria estrutura do sistema internacional da época - que a orientou (sem prejuízo da asserção de valores básicos universais), e, por outro lado, pela gradual superação da objeção da pretensa competência nacional exclusiva e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais assim como da capacidade jurídico-processual internacional dos indivíduos[16] (cf. *infra*).

O ritmo e a densidade desta evolução não podiam ter sido previstos ou antecipados à época da adoção da Declaração Universal de 1948, quando contavam as Nações Unidas com 56 Estados membros[17]; tampouco se podiam antever, naquele momento, os desenvolvimentos subseqüentes em nível regional. Mas, uma vez lançada a semente da internacionalização[18], -

[15] Foi, em particular, possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação à qual concorreram tanto países ocidentais quanto socialistas, em suma, países com variadas particularidades sociais e culturais; J.P. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *in The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, Thames and Hudson, 1967, pp. 49-52.

[16] A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 3-10. Para os problemas encontrados e superados na gradual passagem da fase legislativa à fase de implementação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 25 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 331-384.

[17] Cf. P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 24; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo, 1964, pp. 96-110; J.P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984, pp. 63-89; e cf. P.R. Gandhi, "The Universal Declaration of Human Rights at Fifty Years: Its Origins, Significance and Impact", 41 *German Yearbook of International Law* (1998) pp. 206-251.

[18] Cf., e.g., K. Vasak, "Le Droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 347-350; E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1954, pp. 54-70; G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1972, pp. 35-43; C.D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 13a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001, pp. 823-828; J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168; M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 141-142; A. Eide e G. Alfredsson, "Introduction", *in The Universal Declaration of Human Rights - A Common Standard of Achievement* (eds. G. Alfredsson e A. Eide), The Hague, Nijhoff, 1999, pp. XXV-XXVIII.

e com ela o ideal da universalização[19], - em pouco tempo se frutificaria em numerosos tratados e instrumentos de proteção, alguns de caráter geral[20], outros voltados a situações concretas[21], ou a condições humanas específicas[22], ou a determinados grupos em necessidade especial de proteção[23].

Os tratados e instrumentos de proteção se desenvolveram, em suma, como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos. Com a multiplicidade dos instrumentos internacionais de proteção (tratados gerais, convenções "setoriais", procedimentos baseados em resoluções, em níveis global e regional[24], reconheceu-se a complementaridade de tais instrumentos mediante um processo de interpretação reforçado posteriormente pela construção jurisprudencial convergente dos órgãos internacionais de supervisão. Esta última enfatizou a identidade comum de propósito, os valores superiores que perseguia, o caráter objetivo das obrigações neste domínio de proteção e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados e instrumentos em questão[25].

Em nada surpreende que esta densa evolução tenha requerido, duas décadas após a adoção em Paris da Declaração Universal de 1948, uma reavaliação global da matéria, para também identificar os novos rumos a trilhar. Foi este o objeto da I Conferência Mundial de Direitos Humanos

[19] Para um debate, cf., e.g.: Vários Autores, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the Strasbourg Colloquy of 1989), Kehl, N.P. Engel, 1990, pp. 5-174; Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2a. ed., Paris, Masson, 1991, pp. 33- 107; P. Sieghart, *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, University Press, 1986, pp. 47-168; K. Vasak, "Vers un Droit international spécifique des droits de l'homme", *in Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 707-715; M. Scalabrino, "Le Istanze Internazionali di Giustizia a Cinquant'anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo", *in La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo verso il Duemila* (Atti del Simposio di Lecce, novembre 1998), Lecce, Ed. Scient. Italiane, [2002], pp. 149-232.

[20] Como, e.g., os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e as três Convenções regionais de Direitos Humanos em vigor - a Européia, a Americana e a Africana, dentre outros.

[21] E.g., prevenção de discriminação, prevenção e punição da tortura e dos maus-tratos.

[22] E.g., estatuto de refugiado, nacionalidade e apatrídia.

[23] E.g., direitos dos trabalhadores, direitos humanos da mulher, proteção da criança, dos idosos, dos portadores de deficiências, dentre outros.

[24] Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, pp. 1-742; C. Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 379-910.

[25] Cf. A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* - Brasília (1986) pp. 233-288.

(Teerã, 1968), da qual resultou fortalecida a universalidade dos direitos humanos, mediante, sobretudo, a asserção enfática da indivisibilidade destes. Os países emergidos da descolonização em muito contribuíram para esta nova visão global, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, do racismo e discriminação racial[26].

Cabia buscar soluções universais para problemas de dimensão global e concentrar as atenções de modo especial nas violações mais graves dos direitos humanos (como as supracitadas, além dos crimes do genocídio, e das práticas da tortura e tratamento desumano e degradante, das detenções ilegais e arbitrárias, dos desaparecimentos forçados de pessoas, das execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias), de modo a abrir caminho para a criminalização das violações graves dos direitos humanos fundamentais e do Direito Internacional Humanitário (o que veio a ocorrer na passagem do século, com a consagração do princípio da jurisdição universal).

Estava superada a visão compartimentalizada dos direitos humanos, com o reconhecimento de sua indivisibilidade pela Conferência Mundial de Teerã de 1968[27], viabilizado pela constatação das mudanças fundamentais e desafios do cenário internacional (tais como a descolonização, a corrida armamentista, a explosão demográfica, a degradação ambiental, dentre outros) e pela busca de soluções às violações maciças dos direitos humanos. Para a formação deste novo *ethos*, fixando parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, também contribuiu o reconhecimento da interação entre os direitos humanos e a paz, consignado na Ata Final de Helsinqui de 1975[28], a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. A esta altura, já nos adentráramos na fase da implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção, em níveis global e regional, tidos como essencialmente complementares.

---

[26] A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77-78, e cf. pp. 227-231.

[27] A reasserção da indivisibilidade a partir de uma perspectiva globalista deu prioridade à busca de soluções para as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos; Th.C. van Boven, "United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?", *in Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharam), The Hague, M. Nijhoff, 1979, pp. 88-91.

[28] Cf. D.C. Thomas, *The Helsinki Effect - International Norms, Human Rights, and the Demise of Communism*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2001, pp. 3-288.

Voltaram-se as atenções aos problemas de coordenação dos múltiplos instrumentos de proteção, assim como aos meios de aprimorar tais instrumentos, torná-los mais eficazes e fortalecê-los[29], - problemas estes que se tornaram objeto de exame por parte da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993). Desta Conferência Mundial de Viena resultou claro o entendimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana, cabendo, assim, doravante, assegurar sua *onipresença*, nas dimensões tanto vertical, a partir da incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados, assim como horizontal, a partir da incorporação da dimensão dos direitos humanos em todos os programas e atividades das Nações Unidas (*monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo).

Desde então, afirmou-se inequivocamente a *legitimidade* da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos em todo o mundo (obrigações *erga omnes* de proteção), - que impulsionou o processo de *universalização* dos direitos humanos. As atenções passaram a voltar-se crescentemente às pessoas e grupos particularmente vulneráveis, em necessidade especial de proteção, - o que realçou a importância do princípio básico da igualdade e não-discriminação[30]. Passou-se a dar ênfase, igualmente, ao direito ao desenvolvimento (como um direito humano) e ao fortalecimento das instituições democráticas no Estado de Direito.

Nunca é demais salientar que a concepção, análise e sistematização do Direito Internacional dos Direitos Humanos não estaria completa se, a par dos direitos e garantias, das normas substantivas e dos mecanismos e procedimentos de proteção, não estivessem presentes igualmente os *valores* que lhes são subjacentes. Estes valores são captados pela consciência humana, fonte material última desse novo *corpus juris* de proteção. Em meu entender, - permito-me reiterá-lo, - é, em última análise, a consciência jurídica universal (cf. *infra*) que reconhece e dá expressão concreta aos direitos inerentes a todo ser humano, por conseguinte universais.

---

[29] Cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21-435.

[30] Cf., em geral, e.g., K.J. Partsch, "Les principes de base des droits de l'homme: l'autodétermination, l'égalité et la non-discrimination", *in Les dimensions internationales des droits de l'homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 64-96.

Os tratados e resoluções que consagram estes últimos, a par dos princípios gerais, da *consuetudo*, das construções jurisprudencial e doutrinária, e do juízo de eqüidade, são fontes formais desse novo ordenamento jurídico de proteção. No âmbito deste último, coexistem múltiplos instrumentos internacionais, de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis e de distintos alcances geográficos de aplicação, mas interligados por sua identidade primordial de propósito[31], - a da salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias, - a qual, ao manifestar-se mediante uma hermenêutica própria, confere unidade e coesão ao Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo.

Como se depreende do anteriormente exposto, a universalidade dos direitos humanos decorre de sua própria concepção, ou de sua captação pelo espírito humano, como direitos inerentes a todo ser humano, e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias. Não se questiona que, para lograr a eficácia dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o *substratum* cultural das normas jurídicas; mas isto não se identifica com o chamado relativismo cultural. Muito ao contrário, os chamados "relativistas" se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais, e tampouco se apercebem de que determinados tratados de proteção dos direitos da pessoa humana[32] já tenham logrado aceitação universal.

Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como a consagração da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados de pessoas e das execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias. Ao contrário do que apregoam os "relativistas", a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano[33]. A universalidade dos direitos humanos, emanada da consciência jurídica universal e vem em nossos dias dar expressão concreta à unidade do gênero humano.

---

[31] A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

[32] Como, e.g., as Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (1949) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

[33] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., capítulo XIX, pp. 301-403.

III. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS CONTRADIÇÕES

Como anteriormente assinalado, desde o início de sua trajetória histórica de já mais de meio-século, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem enfrentado e superado dificuldades, antagonismos e contradições. Recorde-se, a respeito, que o próprio processo de *internacionalização* da proteção dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal de 1948, completada com a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1966, conformando a Carta Internacional dos Direitos Humanos, foi marcado pelas diferenças decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra-fria[34] e do processo histórico então desencadeado da descolonização. Tais conflitos, no entanto, não impediram que se completasse a fase legislativa de elaboração de sucessivos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Hoje, vivemos em uma época histórica particularmente densa, marcada pelas profundas mudanças do cenário internacional desencadeadas em ritmo vertiginoso sobretudo a partir de 1989. Desde então, o mundo se transformou mais profundamente do que se poderia ter previsto ao longo das décadas anteriores[35]. Com efeito, pouco após a queda do Muro de Berlim, e ao pronto alívio com o fim da guerra fria e à crescente esperança na emergência de um universalismo revitalizado, seguiu-se a triste constatação da multiplicação dos "conflitos internos". Veio esta a afigurar-se como uma das contradições e das mais preocupantes, a marcar o mundo convulsionado de nossos dias, para o qual não parecíamos suficientemente preparados.

O Muro de Berlim caiu, sim, mas para os dois lados; à ruptura da estrutura bipolar do mundo seguiram-se numerosos conflitos internos, vários deles ameaçando a própria existência de alguns Estados e quase todos se caracterizando pelo alto grau de violência e pelos requintes de crueldade e violações maciças dos direitos humanos: de cerca de cem conflitos armados em todo o mundo desde 1989, somente cinco não foram

[34] Na época, atribuía-se, por exemplo, ao chamado "pensamento ocidental" a visão dos direitos humanos como próprios da natureza da pessoa humana e, como tais, anteriores e superiores ao Estado, e ao chamado "pensamento socialista" a visão dos direitos humanos (ou da cidadania) como condicionados pela própria sociedade e expressamente concedidos pelo Estado; A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 61-62 e 68.

[35] A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109.

internos[36]. Como advertiu o então Secretário-Geral das Nações Unidas (B. Boutros-Ghali) no processo preparatório da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995), somente em 1993, ano da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, houve graves conflitos em 42 países e 37 outros países experimentaram significativa violência política; entre 1989 e 1992 irromperam 82 conflitos armados (dos quais apenas três entre Estados), - muitos dos quais descritos como étnicos ou tribais, - cujas causas subjacentes eram políticas, econômicas e sociais[37].

O cenário internacional contemporâneo mostra-se, assim, contraditório: se, por um lado, com o fim da confrontação bipolar, o mundo se afigura mais receptivo e sensível aos avanços dos direitos humanos; por outro lado, a proliferação de conflitos internos acarreta violações graves e sistemáticas dos direitos humanos[38]. Com o fim da guerra fria e o alívio das tensões que a acompanhavam, por um lado abriram-se vias para maior cooperação internacional, mas por outro lado muitos países passaram a dilacerar-se por tais conflitos internos, em meio a grande instabilidade política e ao ressurgimento do nacionalismo, da violência gerada pelo separatismo étnico, xenofobia, racismo e intolerância religiosa. Se, no passado recente, as tensões se deviam sobretudo à polarização ideológica, em nossos dias passaram a decorrer de uma diversidade e complexidade de causas, nem sempre facilmente discerníveis, a erigir novas barreiras entre os seres humanos.

Com as profundas alterações no cenário internacional nos últimos 16 anos (1989 em diante), chegou-se a acreditar que, no início da década de noventa, se reuniam enfim as condições para se dar início a uma nova era de paz e prosperidade. Recordo-me do otimismo que marcou o lançamento do ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas da década de noventa, - do qual tive ocasião de participar, - a que logo sucedeu a constatação da preocupante realidade dos novos tempos. À medida que, todos os que pertencemos às gerações descendentes da guerra-fria,

[36] [Ford Foundation,] *The United Nations in Its Second Half-Century*, N.Y., [1995,] p. 3. - Para estudos gerais, cf.: B. Roberts (ed.), *Order and Disorder after the Cold War*, Cambridge Mass., MIT Press, 1995, pp. 101-274; D. Colard, *La société internationale après la guerre froide*, Paris, A. Colin, 1996, pp. 7-237; A. Herrero de la Fuente (ed.), *Reflexiones tras un Año de Crisis*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996, pp. 11-210.

[37] B. Boutros-Ghali, "As Nações Unidas e os Desafios do Desenvolvimento Social", 95/97 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1995) p. 30.

[38] D.P. Forsythe, "Human Rights after the Cold War", 11 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1993) pp. 393-412.

guardando viva memória da perversidade do equilíbrio pelo terror, nos distanciávamos daquela época sombria rumo ao novo século, vimo-nos subitamente assaltados pelo novo espectro da irrupção de sucessivos e violentos conflitos internos em diferentes partes do mundo, do recrudescimento de fundamentalismos (como reação à chamada "modernização") e de ódios seculares, assim como do agravamento da marginalidade e exclusão sociais de segmentos crescentes da população.

Somados a esta contradição, outros fatores passaram a circundar de incertezas a atual conjuntura internacional, tornando imprevisíveis os rumos que possa esta vir a trilhar, a saber: as crescentes disparidades na economia "globalizada" (o novo eufemismo *en vogue*), a difusão descontrolada das armas nucleares[39] e convencionais (e a tolerância inexplicável e inaceitável com o comércio de armas), os fluxos migratórios de vastos e crescentes segmentos populacionais desarraigados de seus países de origem e de suas culturas em busca da sobrevivência e de melhores condições de vida alhures[40]. É neste quadro de incertezas e contradições que se desenrola hoje a ação em favor da prevalência dos direitos humanos.

Com efeito, a atual recessão econômica mundial veio agravar as disparidades já insuportáveis entre países industrializados e países em desenvolvimento, no plano internacional, e entre diferentes setores da sociedade, no plano interno. Lamentavelmente têm crescido, em distintos continentes, a humilhação do desemprego, assim como, de modo alarmante,

[39] Sobre a ilegalidade das armas nucleares no Direito Internacional contemporâneo (a despeito das lamentáveis ambigüidades do parecer de 1996 da Corte Internacional de Justiça sobre a matéria), cf. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1095-1102. - Mesmo antes das profundas mudanças no cenário mundial no mundo pós-1989, persistia o espectro do impasse nuclear, da estratégia autodestruidora da *deterrence*, com os desentendimentos que opunham o chamado bloco ocidental, que vinculava o desarmamento nuclear ao convencional, ao velho bloco socialista, que condicionava o desarmamento convencional ao nuclear. Em meio a esse impasse irredutível, se assistia - como bem nos recordamos - ao frenesi da corrida armamentista, com os dados estarrecedores de uma indústria de armamentos que absorvia dezenas de bilhões de dólares por ano e empregava cerca de 400 mil cientistas e engenheiros em todo o mundo. Daí o paradoxo e destino trágicos do uso indiscriminado da tecnologia das chamadas "nações civilizadas" em detrimento de outras exigências da própria civilização.

[40] A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", *in La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78; J. Habermas, *The Past as Future*, Lincoln/London, University of Nebraska Press, 1994, pp. 77-78, e cf. p. 55.

a pobreza extrema[41]. Em tempos de "globalização" da economia, as fronteiras passaram a se abrir à livre circulação dos capitais, inversões, bens e serviços, mas não necessariamente das pessoas, dos seres humanos. A crescente concentração de renda e poder em escala mundial, a acompanhar *pari passu* a chamada "globalização", em meio à glorificação do mercado, passou a acarretar o trágico aumento - estatisticamente comprovado - dos marginalizados e excluídos em todas as partes do mundo, nesta mais recente manifestação de um perverso neodarwinismo social[42].

A constatação desta trágica realidade levou à convocação e realização da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social (Copenhagen, 1995), para abordar sobretudo a redução da pobreza, a expansão do emprego produtivo e o aprimoramento da integração social (particularmente a dos grupos marginalizados)[43]. Recorde-se que, no âmbito do processo preparatório da referida Cúpula Mundial de Copenhagen, a CEPAL, ao advertir para a situação em que se encontravam 200 milhões de latino-americanos, impossibilitados de satisfazer suas necessidades fundamentais (dos quais 94 milhões vivendo em situação de pobreza extrema)[44], alertou igualmente para a "profunda deterioração" desta situação social[45].

---

[41] Para dados estatísticos, cf. A.A. Cançado Trindade, -*Direitos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, p. 101.

[42] As crescentes disparidades em escala global dão mostra de um mundo no qual um número cada vez mais reduzido de "globalizadores" tomam decisões que condicionam as políticas *públicas* dos Estados quase sempre em benefício de interesses *privados*, - com conseqüências nefastas para a maioria esmagadora dos "globalizados".

[43] Cf., para um estudo a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, "Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes", *in Estudios Básicos de Derechos Humanos* (eds. A.A. Cançado Trindade e L. González Volio), vol. II, San José de Costa Rica, IIDH/CUE, 1995, p. 30, e cf. pp. 15-49; A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", *in Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

[44] Naciones Unidas/CEPAL, *La Cumbre Social - Una Visión desde América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, 1994, p. 29.

[45] Uma das manifestações mais preocupantes desta deterioração, agregou a CEPAL, residia no aumento da porcentagem de jovens que deixaram de estudar e de trabalhar, somado aos altos níveis de desemprego entre os chefes de família (*ibid.*, p. 16). O panorama geral, nada alentador, foi assim resumido pela CEPAL: - "Entre 1960 y 1990, la disparidad de ingreso y de calidad de vida entre los habitantes del planeta aumentó en forma alarmante. Se estima que en 1960, el quintil de mayores ingresos de la humanidad recibía 70% del producto interno bruto global, mientras que el quintil más pobre recibía 2.3%. En 1990,

Por sua vez, o então Secretário-Geral das Nações Unidas (Sr. B. Boutros-Ghali), em uma nota de junho de 1994 ao Comitê Preparatório da citada Cúpula Mundial de Copenhagen, advertiu que o desemprego aberto afeta hoje em dia cerca de 120 milhões de pessoas em todo o mundo, somadas aos 700 milhões que se encontram subempregados; ademais, "os pobres que trabalham compreendem a maior parte dos que se encontram na pobreza absoluta no mundo, estimados em um bilhão de pessoas"[46]. Na mesma nota, propugnou o Secretário-Geral das Nações Unidas por um "renascimento dos ideais de justiça social" para a soluçao dos problemas de nossas sociedades, assim como por um "desenvolvimento mundial da humanidade"; e advertiu, tendo em mente o futuro da humanidade, para as responsabilidades sociais do saber, porquanto "a ciência sem consciência nada mais é do que a ruína da alma"[47].

As respostas humanitárias aos graves problemas contemporâneos afetando crescentes segmentos da população em numerosos países têm, no entanto, até o presente (maio de 2002), buscado curar tão somente os sintomas dos conflitos, mostrando-se infelizmente incapazes de remover, por si mesmas, suas causas e raízes. É o que advertiu a ex-Alta-Comissária das Nações Unidas para os Refugiados (Sra. Sadako Ogata)[48], para quem a rapidez com que os capitais de investimento entram e saem de

esos coeficientes habían variado hasta alcanzar a 82.7% y 1.3%, respectivamente, lo que significa que si en 1960 la cúspide de la pirámide tenía un nivel de ingresos 30 veces superior al de la base, esa relación se había ampliado a 60 en 1990. Ese deterioro refleja la desigual distribución del ingreso que predomina en numerosos países, tanto industrializados como en desarrollo, así como la notoria diferencia del ingreso por habitante aún existente entre ambos tipos de países" (*ibid.*, p. 14).

[46] Naciones Unidas, documento A/CONF.166/PC/L.13, del 03.06.1994, p. 37. O documento agregou que "más de 1.000 millones de personas en el mundo hoy en día viven en la pobreza y cerca de 550 millones se acuestan todas las noches con hambre. Más de 1.500 millones carecen de acceso a agua no contaminada y saneamiento, cerca de 500 millones de niños no tienen ni siquiera acceso a la enseñanza primaria y aproximadamente 1.000 millones de adultos nunca aprenden a leer ni a escribir"; *ibid.*, p. 21. O documento advertiu, ademais, para a necessidade - como "tarefa prioritária" - de reduzir o encargo da dívida externa e do serviço da dívida; *ibid.*, p. 16.

[47] *Ibid.*, pp. 3-4 e 6. - A Declaração de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social, adotada pela Cúpula Mundial de 1995, enfatizou devidamente a necessidade premente de buscar solução aos problemas sociais contemporâneos (particularmente em seus parágrafos 2, 5, 16, 20 e 24); texto *in*: Naciones Unidas, documento A/CONF.166/9, del 19.04.1995, *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* (Copenhague, 06-12.03.1995), pp. 5-23.

[48] Em duas palestras recentes, proferidas na Cidade do México, em 29.07.1999, e em Havana, em 11.05.2000, respectivamente.

determinadas regiões, em busca de lucros fáceis e imediatos, tem seguramente contribuído, juntamente com outros fatores, para algumas das mais graves crises financeiras da última década, gerando movimentos populacionais em meio a um forte sentimento de insegurança humana[49].

Paralelamente à chamada "globalização" da economia, a desestabilização social tem gerado uma pauperização cada vez maior das camadas desfavorecidas da sociedade (e, com isto, as crescentes marginalização e exclusão sociais), ao mesmo tempo em que se verifica o debilitamento do controle do Estado sobre os fluxos de capital e bens e sua incapacidade de proteger os membros mais débeis ou vulneráveis da sociedade (e.g., os trabalhadores migrantes, os refugiados e deslocados, dentre outros)[50]. Os desprovidos da proteção do poder público[51] não raro emigram ou fogem; desse modo, a própria "globalização" da economia gera um sentimento de insegurança humana, além da xenofobia e dos nacionalismos, reforçando os controles fronteiriços e ameaçando potencialmente a todos os que buscam ingresso em outro país[52].

---

[49] S. Ogata, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29.07.1999), Ciudad de México, ACNUR, 1999, pp. 2-3 e 9 (mimeografado, circulação restrita); S. Ogata, *Challenges of Refugee Protection* (Statement at the University of Havana, 11.05.2000), Havana/Cuba, UNHCR, 2000, pp. 4, 6 e 8 (mimeografado, circulación restrita). - Observe-se, ademais, que a chamada "globalização" dos mercados, por sua vez, tem gerado padrões de consumo insustentáveis, se não desastrosos, nas sociedades mais afluentes (cf., para dados estatísticos, International Organization of Consumers Unions, *Consumers and the Environment* (Proceedings of the IOCU Forum on Sustainable Consumption, Rio de Janeiro, June 1992), Penang/Malásia, IOCU, 1992, pp. 9-1. 1). A degradação do meio-ambiente, e o excesso de população, têm se somado a todos estes fatores, a gerarem grandes movimentos migratórios (com os deslocados internos e refugiados em grande escala), atribuídos a uma diversidade de causas (políticas, econômicas, sociais), inclusive violações sistemáticas dos direitos humanos; A. Kiss e A.A. Cançado Trindade, "Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment", *in Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment* (Seminário de Brasília de 1992), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/BID, 1992, pp. 287-290.

[50] S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (49), pp. 3-4; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (49), p. 6.

[51] A Agenda Habitat e a Declaração de Istambul, adotadas pela II Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Istambul, junho de 1996), advertem para a situação precária de mais de um bilhão de pessoas que, no mundo de hoje, se encontram em estado de abandono, sem moradia adequada e vivendo em condições infra-humanas. Cf. United Nations, *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, 03-14 June 1996), N.Y., U.N., 1997, p. 47, e cf. pp. 6-7, 17-17, 78-79 e 158-159.

[52] S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (49), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (49), pp. 7-10. E cf. também, e.g., J.-F. Flauss, "L'action de l'Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie", 12 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2001) pp. 487-515.

Os avanços logrados pelos esforços e sofrimentos das gerações passadas, inclusive os avanços que eram considerados como uma conquista definitiva da civilização, como o direito de asilo, passam hoje por um perigoso processo de erosão[53], como o revelam os mais de 80 milhões de refugiados[54] e deslocados internos em diferentes latitudes. Assim, contraditoriamente, a chamada "globalização" econômica tem sido acompanhada pela alarmante erosão da capacidade dos Estados de proteger os direitos econômicos, sociais e culturais dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições[55].

Os avanços alcançados em relação às liberdades clássicas, com o processo de redemocratização experimentado por vários países nos últimos anos, infelizmente, têm-se feito acompanhar, paradoxalmente, pela atual crise econômica mundial, agravada pelo problema - curiosamente poucas vezes lembrado, em termos explícitos e claros, - da dívida externa, aumentando consideravelmente a pobreza absoluta e afetando sobretudo os setores mais desfavorecidos e vulneráveis da população. Tais retrocessos no domínio econômico-social ameaçam comprometer os avanços logrados por diversos países em relação aos direitos civis e políticos (mormente ante o atual desgaste dos partidos políticos e a fragilidade das instituições democráticas em vários países).

Os problemas hodiernos atinentes aos direitos humanos já não se reduzem aos resultantes da confrontação e repressão políticas; a estes se somam os problemas endêmicos e crônicos que afetam o meio social,

[53] Cf., e.g., F. Crépeau, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353. Como observa o autor, "depuis 1951, avec le développement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, on avait pu croire que la communauté internationale se dirigeait vers une conception plus 'humanitaire' de la protection des réfugiés, vers une prise en compte plus poussé e des besoins des individus réfugiés et vers une limitation croissante des prérrogatives étatiques que pourraient contrecarrer la protection des réfugiés, en somme vers la proclamation d'en 'droit d'asile' dépassant le simple droit de l'asile actuel" (p. 306). Lamentavelmente, com o incremento dos fluxos migratórios contemporâneos, a noção de asilo volta a ser entendida de modo restritivo e a partir do prisma da soberania estatal: a decisão de conceder ou não o asilo passa a ser efetuada em função dos "objectifs de blocage des flux d'immigration indésirable" (p. 311). - Para outro estudo recente a respeito, cf. Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-174.

[54] Para um debate recente, cf. J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 533-558.

[55] Daí as necessidades crescentes de proteção dos refugiados, dos deslocados e migrantes, neste início do século XXI, o que requer uma solidariedade em escala mundial; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (49), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (49), p. 11.

agravados pelas iniqüidades das crescentes disparidades econômico-sociais e concentração de renda, além dos problemas resultantes da corrupção e impunidade, do narcotráfico e do aumento da criminalidade. Este quadro de crescente complexidade requer um *aggiornamento* e expansão, uma verdadeira renovação, dos meios de proteção internacional, de modo a atender às novas necessidades de salvaguarda dos direitos da pessoa humana.

O abismo sócio-econômico, que se aprofunda entre os países, e no interior dos mesmos, entre segmentos da população, é visto por muitos, com complacência, como uma "fatalidade" irreversível. Os mesmos que se insurgem contra os efeitos do "protecionismo" em relação aos bens e capitais, não hesitam em propugnar pelo "protecionismo" em relação aos milhões de migrantes[56] vitimados pelos atuais conflitos internos e políticas públicas em outros países, não raro gerando ou instigando um recrudescimento da xenofobia nos países tidos como "desenvolvidos". As questões populacionais já não comportam uma análise a partir da perspectiva exclusiva e restritiva ou limitada das estratégias governamentais, mas requerem hoje a incorporação da dimensão dos direitos humanos, como assinalou a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994)[57]. Em definitivo, já não é possível sequer tentar compreender este início do século XXI a partir de um prisma tão só político e econômico; há que ter sempre presentes os verdadeiros valores, aparentemente perdidos, assim como o papel reservado ao Direito na busca da realização da Justiça.

Nesta nova realidade mundial, sem parâmetros definidos e portanto tão ameaçadora, têm se diversificado as fontes de violações dos direitos

[56] Para um balanço recente, cf. S. Hune e J. Niessen, "Ratifying the U.N. Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", 12 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 393-404.

[57] Com efeito, enquanto os planos resultantes das duas Conferências anteriores sobre a matéria, as Conferências de Bucareste de 1974 e do México de 1984, revelavam uma ótica estatizante (a partir de estratégias governamentais), em 1994 no Cairo se logrou avançar uma nova abordagem, tomando em conta os direitos humanos. Cf. J.A. Lindgren Alves, "A Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento e Suas Implicações para as Relações Internacionais", 3 *Política Externa* - São Paulo (1994-1995) pp. 131-148; N. Taub, "International Conference on Population and Development", *Issue Papers on World Conferences*, n. 1, Washington D.C., ASIL, 1994, pp. 1-31. - Recorde-se que a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos tem sido prontamente lembrada ante o risco de violações maciças de direitos humanos que possam desencadear êxodos em grande escala e afetar a paz e segurança internacionais (para o que se tem cogitado do estabelecimento de sistemas de "alerta antecipado").

humanos e têm surgido novas formas de discriminação e exclusão. Como já assinalei em um exame exaustivo, outra contradição a ser superada, - e das mais graves por suas implicações, - é a que pretende contrapor os chamados "particularismos" culturais à universalidade dos direitos humanos[58]. Há que ter em mente que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos, além de outros grupos de particulares (inclusive os não-identificados). Desse modo, há, sobretudo, que ter presente, no âmbito do sistema de valores, o papel *central* reservado aos direitos da pessoa humana. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes* de proteção.

Decididamente não podem o Estado, e outras formas de organização política, social e econômica, eximir-se de tomar medidas de proteção redobrada dos seres humanos, particularmente em meio às incertezas, contradições e perplexidades desta transformação de época que testemunhamos e vivemos. Permitimo-nos insistir neste ponto: mais do que uma época de transformações, vivemos uma verdadeira *transformação de época*, em que o avanço científico e tecnológico paradoxalmente tem gerado uma crescente vulnerabilidade dos seres humanos face às novas ameaças do mundo exterior.

Para enfrentá-las, afirmam-se, com ainda maior vigor, os direitos da pessoa humana. Nunca, como em nossos dias, se tem propugnado com tanta convicção por uma visão integral dos direitos humanos, a permear todas as áreas da atividade humana (civil, política, econômica, social e cultural). Nunca, como na atualidade, se tem insistido tanto nas vinculações da proteção do ser humano com a própria construção da paz e do desenvolvimento humano. Nunca, como no presente, se tem avançado com tanta firmeza uma concepção tão ampla da própria proteção, a abarcar a prevenção e a solução durável ou permanente dos problemas de direitos humanos.

A complexidade dos desafios com que se defronta o mundo de hoje não o torna necessariamente pior do que o de ontem. Com o avanço dos meios de comunicação, jamais houve tanto intercâmbio internacional

[58] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, capítulo XIX, pp. 301-403.

e tantas oportunidades de aproximação entre os povos como atualmente, favorecendo como nunca o discernimento e a empatia. Vivemos hoje em um mundo inegavelmente mais transparente. No entanto, a despeito da revolução dos meios de comunicação, os seres humanos parecem mais isolados e solitários do que nunca, persistindo o risco da massificação e a conseqüente perda de valores. Tampouco o avanço das comunicações pode prescindir da capacidade de discernimento e do espírito de solidariedade humana.

Em meio a tantas contradições no cenário internacional, hoje dilacerado pelo unilateralismo, pelo militarismo e pelo recrudescimento do uso indiscriminado da força (em meio à suspensão de processos de paz), tem-se, não obstante, afirmado a necessidade do acesso da pessoa humana à justiça no plano internacional. Têm-se efetivamente multiplicado, nos últimos anos, os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos e os tribunais internacionais, aos quais hoje têm acesso os indivíduos[59], em graus e condições distintos. O acesso à justiça passa a ser entendido *lato sensu*, a abarcar o direito à realização da justiça. Já não mais se questiona a personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano (cf. *infra*). Neste início do século XXI, em meio a tantas ameaças e incertezas, não obstante, ganha corpo, como nunca antes logrado, o antigo ideal da justiça em nível internacional. Com isto, se fortalece o processo, que há tantos anos vimos sustentando, de *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos[60].

O conjunto das contradições anteriormente relacionadas requer, como já assinalado, um *aggiornamento* da própria normativa internacional de proteção e uma expansão de universo jurídico-conceitual, para fazer face às novas necessidades de proteção do ser humano (*supra*). Assim, por exemplo, novas compartimentalizações tão *en vogue* em nossos dias, como, e.g., as de "cidadãos", de "consumidores", dentre outras, correm o risco de associar-se a sistemas produtivos (em busca de maior competitividade internacional) que agravam as desigualdades estruturais. Se se tomam tais

[59] Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

[60] A.A. Cançado Trindade, Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669, esp. pp. 3-64; A.A. Cançado Trindade, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, capítulo VII, pp. 317-374.

compartimentalizações em contraposição aos "direitos humanos", como pretendem alguns círculos incompreensivelmente avessos a estes últimos (talvez em virtude de seu escasso conhecimento da matéria), surge um novo risco de excluir os "não-cidadãos" (e.g., os migrantes ou residentes ilegais ou indocumentados, os apátridas), seres humanos como todos, o que atentaria contra a universalização dos direitos humanos.

Ora, se se toma a expressão "direitos dos cidadãos" de modo positivo, no sentido da construção de uma nova cidadania, para tornar, a *todos*, "cidadãos" (inclusive os não reconhecidos como tais pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, e com atenção especial aos discriminados, aos mais desfavorecidos e vulneráveis), deixa então de existir a exclusão dos "não-cidadãos", precisamente por se buscar assegurar o mínimo a *todos*. Mas aqui o que se tem realmente em mente são os *direitos humanos*. A construção da moderna "cidadania" se insere assim, inelutavelmente, no universo conceitual dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento[61], com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.

Como se pode constatar, não são poucos os desafios e contradições a defrontar o seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos. É chegado o momento de enfrentar e superar estes desafios e contradições[62], para o que temos o privilégio de estar vivendo em uma época de profunda reflexão sobre os temas que concernem a toda a humanidade, com a realização do ciclo das grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas[63] ao longo da última década do século XX e início do século XXI[64], a par

[61] Sobre esta tríade, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulos XII-XIII, pp. 201-333.

[62] Para a necessidade de superar os atuais desafios e obstáculos à vigência dos direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - UNESCO (1998) pp. 571-582; e cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 2000, pp. 139-161.

[63] B. Boutros-Ghali, *Un Programa de Paz*, N.Y., Naciones Unidas, 1992, pp. 2-3.

[64] A saber, Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Direitos Humanos (1993), População e Desenvolvimento (1994), Desenvolvimento Social (1995), Mulher (1995), Assentamentos Humanos (Habitat-II, 1996), Jurisdição Penal Internacional (Roma, 1998), e Combate ao Racismo, Durban, 2001.

das consultas e negociações em curso já há alguns anos com vistas à eventual reforma do próprio sistema das Nações Unidas[65].

Em perspectiva histórica, têm militado, em prol da asserção dos direitos humanos, fatores como, e.g., o fenômeno da descolonização[66] e o reconhecimento dos direitos dos povos[67] e da nova dimensão do direito de autodeterminação, o caráter público e aberto dos debates no seio das Nações Unidas, as crescentes presença e influência das organizações não-governamentais e outras entidades da sociedade civil nos foros internacionais multilaterais, a democratização (ou redemocratização) de muitos Estados, os avanços nas comunicações e na educação formal e não-formal em direitos humanos, e, sobretudo, a crescente conscientização - em escala mundial - da onipresença dos direitos humanos[68]. As Nações Unidas podem efetivamente contribuir de modo decisivo para o estabelecimento de um sistema de *monitoramento contínuo* (com medidas de prevenção e seguimento) da observância dos direitos humanos em escala mundial[69].

---

[65] Para um exame da matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3a. ed., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2003, pp. 742-745; e cf. também, e.g., M. Seara Vázquez, "La Organización de Naciones Unidas: Diagnóstico y Tratamiento", *Las Naciones Unidas a los Cincuenta Años* (ed. M. Seara Vázquez), México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 9-39; J.A. Carrillo Salcedo, "Cambios en la Sociedad Internacional y Transformaciones de las Naciones Unidas", *in La ONU, 50 Años Después* (ed. P.A. Fernández Sánchez), Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995, pp. 11-23.

[66] Os países emergidos da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção internacional dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial; o enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal. Já não mais se podia negar o ideal comum de todos os povos (a "meta a alcançar", o "*standard of achievement*"), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados "setoriais" de proteção e de convenções regionais, consagrando um núcleo básico de direitos inderrogáveis, de reconhecimento universal.

[67] O direito de autodeterminação (no contexto da descolonização), por exemplo, tem uma dimensão também cultural. Assim, a própria luta anticolonial - no desabafo de Fanon - desenvolve, em seu processo interno, "as diversas direções da cultura e esboça outras, novas. A luta de libertação não restitui à cultura nacional seu valor e seus contornos antigos. (...) Não pode deixar intactas as formas nem os conteúdos culturais desse povo. Após a luta não há apenas desaparecimento do colonialismo; há também desaparecimento do colonizado". F. Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Edit. Civilização Brasileira, 1968, p. 205.

[68] Cf., e.g., B. Boutros-Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995, p. 9.

[69] Para isto, terão, previamente, que democratizar-se, e adaptar-se aos imperativos dos novos tempos, inclusive para buscar a realização de muitas das recomendações emanadas das recentes Conferências Mundiais realizadas sob seus auspícios.

Assim, a par das incertezas e contradições que nos circundam, próprias da nova era em que nos adentramos, emerge, do diálogo universal ensejado pelo recente ciclo de Conferências Mundiais (involucrando as entidades da sociedade civil), uma conscientização da necessidade de dispensar um tratamento equânime às questões que afetam a humanidade como um todo (a proteção dos direitos humanos, a realização da justiça, a preservação ambiental, o desarmamento, a segurança humana, a erradicação da pobreza crônica e o desenvolvimento humano, a segurança humana, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles), em meio a um sentimento de maior solidariedade e fraternidade. Esta conscientização representa o ponto de partida para a busca da superação das contradições do mundo em que vivemos.

Os extensos documentos finais das mencionadas Conferências Mundiais vêm de formar - a partir de um enfoque necessariamente antropocêntrico - a agenda internacional do século XXI, para cuja implementação ainda não se reestruturaram as organizações internacionais. Seu denominador comum tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população (particularmente dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção), - conformando o novo *ethos* da atualidade, - daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo processo de desenvolvimento. Com efeito, estes grandes desafios de nossos tempos têm ademais incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do Direito Internacional contemporâneo, tendendo a fazer abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando decididamente a ênfase para a noção de solidariedade.

Buscar a superação das contradições do mundo em que vivemos, dotar os instrumentos e mecanismos existentes de proteção dos direitos humanos de maior eficácia, conceber novas formas de proteção (e.g., em situações emergenciais) do ser humano, desenvolver a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos, fomentar a adoção das indispensáveis medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção, assegurar a aplicabilidade direta de suas normas no direito interno dos Estados Partes, fortalecer a capacidade jurídico-processual internacional do ser humano na vindicação de seus direitos, salvaguardar a intangibilidade da jurisdição dos tribunais internacionais de direitos humanos, preservar e consolidar as instituições nacionais democráticas (e zelar pela autonomia do Poder Judicial), - são alguns dos

desafios mais prementes do Direito Internacional dos Direitos Humanos neste limiar do século XXI.

IV. A Projeção do Sofrimento Humano e a Centralidade das Vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito, - o que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, insuficientemente analisada pela doutrina jurídica contemporânea até o presente, é da maior relevância e acarreta conseqüências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto é na proteção estendida às vítimas que este alcança sua plenitude. Mas o *rationale* de sua normativa de proteção não se esgota no amparo estendido a pessoas já vitimadas. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, universalmente reconhecida em nossos dias, protege os seres humanos também por meio da prevenção da vitimização. O alcance de seu *corpus juris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma.

Os círculos de pessoas hoje protegidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos são, assim, muito mais amplos do que se possa *prima facie* pressupor. Mas mesmo nas circunstâncias em que a função preventiva de sua normativa não se mostre eficaz, as reações às violações são prontas e firmes, certamente muito mais do que o eram no passado. Isto evidencia o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, nas relações entre os indivíduos e o poder público, ao qual já aludi. E também revela a formação de um novo paradigma do Direito Internacional, chamado a ocupar-se, - com a erosão da dimensão interestatal própria do passado, - também das relações *intraestatais*, entre os Estados e todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui, assim, decisivamente, ao processo de *humanização* do Direito Internacional[70]. O

[70] Como temos reiteradamente assinalado em nossos Votos Separados em Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, *inter alia*, nos casos dos "*Meninos de Rua*" (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala* (Reparações, 2001), de *Blake versus Guatemala* (Mérito, 1998, e Reparações, 1999), de *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Mérito, 2000, e Reparações, 2002), assim como em nosso Voto Concordante no Parecer n. 16 da Corte

tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é mais algo estranho ao Direito Internacional. Muito ao contrário, é algo que lhe diz respeito, porque os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional. Os indivíduos são, efetivamente, *sujeitos do direito tanto interno como internacional*. E ocupam posição central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam ou não vítimas de violações de seus direitos internacionalmente consagrados.

Esta centralidade se torna, porém, notória, quando são acionados os mecanismos internacionais, não só de prevenção, mas também de salvaguarda e reparação, em benefício das vítimas de violações dos direitos humanos. Com efeito, a crescente atenção às vítimas[71], devida em grande parte ao impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como à mobilização da sociedade civil nos planos tanto nacional como internacional, tem sua razão de ser. As atrocidades ocorridas ao longo de todo o século XX geraram um número estarrecedor e historicamente sem precedentes de vítimas[72]. Cabe manter em mente que os atuais conflitos étnicos não são os únicos que têm vitimado milhares e milhares de seres humanos no último século. Às "perseguições étnicas" (como o holocausto) há que agregar as "perseguições políticas" (como no stalinismo com seus 20 milhões de mortos, dentre tantas outras). Um estudo recente estima em 170 milhões o total de "vítimas civis" de regimes políticos durante o século XX, um quarto dos quais tendo sido vítimas de genocídios[73].

Estima-se que, nos conflitos armados e despotismos no período de 1900 a 1989, tenham sido mortos 86 milhões de seres humanos, dos quais 58 milhões nas duas guerras mundiais. Só na guerra da Coréia, foram mortas 3 milhões de pessoas; na guerra do Vietnã, 2 milhões; e um milhão no conflito Irã-Iraque (de 1980-1988)[74]. A bomba atômica lançada sobre

---

Interamericana sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999). E cf., recentemente, para um estudo geral, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-423.

[71] Para um estudo pioneiro a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, "O Esgotamento dos Recursos Internos e a Evolução da Noção de 'Vítima' no Direito Internacional dos Direitos Humanos", 3 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1986) pp. 5-78.

[72] Cf. J. Glover, *Humanity - A Moral History of the Twentieth Century*, New Haven/London, Yale Nota Bene/Yale Univ. Press, 1999, pp. 47, 99 e 237.

[73] M. Kuitenbrouwer, "Ethnic Conflicts and Human Rights: Multidisciplinary and Interdisciplinary Perspectives", *in Human Rights and Ëthnic Conflicts* (eds. P.R. Baehr, F. Baudet e H. Werdmölder), Utrecht, SIM, 1999, pp. 17 e 237.

[74] J. Glover, *Humanity - A Moral History...*, *op. cit. supra* n. (72), p. 47.

Hiroshima causou 140 mil mortes até fins de 1945, cifra que se elevou a 200 mil mortos cinco anos depois, causando vítimas de radiação e distúrbios genéticos até hoje; a bomba atômica lançada sobre Nagasaki gerou 70 mil mortes no final no ano fatídico, com o dobro de mortos cinco anos depois, e numerosas outras vítimas até a atualidade[75]. Tendo presentes os milhões de vítimas das guerras do século passado, só podemos concluir que o atual armamentismo (nuclear e outros) constitui o derradeiro insulto à razão humana.

Como acentuado em um penetrante estudo recente, os genocídios, as guerras e os massacres do século XX, combinando a desumanidade e o avanço tecnológico, ante a omissão de tantos (inclusive dos intelectuais), têm raízes tanto na psicologia como na tecnologia moderna. Como já é demasiado tarde para conter os avanços tecnológicos, cabe ao menos voltar as atenções à psicologia, aos verdadeiros valores e à solidariedade humana, e advertir contra a combinação aparentemente "natural" e nefasta entre a desumanidade e os avanços tecnológicos, de modo a despertar a consciência humana para a necessidade imperiosa de reagir contra a crueldade e evitar a vitimização[76], e assegurar a prevalência dos direitos humanos em todas e quaisquer circunstâncias.

É penoso constatar que, apesar da proscrição da guerra como instrumento de política exterior e como meio de solução de constrovérsias (desde o célebre Pacto Briand-Kellogg de 1928) no âmbito do Direito Internacional Público[77], e apesar dos consideráveis avanços no Direito Internacional Humanitário[78], os Estados e os líderes políticos continuam

---

[75] *Ibid.*, p. 99.

[76] *Ibid.*, pp. 413-414.

[77]. Cf. J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en Droit international*, Leiden/Genève, Sijthoff/Institut H. Dunant, 1974, pp. 42-57; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 74-80.

[78] Que deixa de ser abordado de um prisma meramente inter-estatal, e se "humaniza", ele próprio, sob o impacto dos desenvolvimentos recentes da proteção internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional; Th. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", 94 *American Journal of International Law* (2000) pp. 239-278. - A Convenção de Ottawa sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Anti-Pessoal e sobre Sua Destruição (1997), por exemplo, passa a preocupar-se claramente (ao proibir, ao invés de simplesmente regulamentar, aquelas minas) com a segurança, já não tanto dos Estados, mas sim dos seres humanos, a segurança humana; J.-M. Favre, "La révision et le développement des normes conventionnelles: le problème des mines", *in Un siècle de droit international humanitaire - Centenaire des Conventions de La Haye, Cinquantenaire des Conventions de Genève* (eds. P. Tavernier e L. Burgorgue-Larsen), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 29-41.

se sentindo no direito de enviar inescrupulosamente os jovens à guerra, ou seja, à morte, e com licença para matar. Da perspectiva dos direitos humanos, - e mais além dos crimes de guerra, - não vejo como escapar da caracterização da guerra *per se* como um crime.

Algumas reflexões do historiador Arnold Toynbee a esse respeito, escritas há mais de meio-século (em 1950), e já esquecidas em nossos dias, merecem ser aqui resgatadas, dada sua continuada utilidade:

> "No decurso de uma geração aprendemos, mercê do sofrimento, duas verdades fundamentais. A primeira verdade é que a guerra é uma instituição em pleno vigor na nossa sociedade ocidental; a segunda é que, no mundo ocidental, nas condições técnicas e sociais existentes, toda a guerra tem de ser uma guerra de extermínio. (...) A afirmação de que o militarismo conduz fatalmente à ruína das civilizações apresenta-se como verdade dificilmente contestável a qualquer pessoa cuja reflexão seja ponderada"[79].

Toynbee chegou à conclusão de que "uma melhoria da técnica militar é habitualmente, senão sempre, o sintoma do declínio de uma civilização"[80].

E, logo a seguir, deixou o grande historiador registro de uma experiência pessoal:

> "Seja permitido a um inglês da geração que assistiu à guerra geral de 1914-1918 lembrar aqui um incidente que muito o impressionou por seu doloroso simbolismo. Quando a guerra, na sua intensidade crescente, paralisava cada vez mais a vida das nações beligerantes (...), houve um momento na Inglaterra em que os escritórios do Ministério da Educação de Whitewall foram requisitados para receber um novo serviço do Ministério da Guerra improvisado, com vistas a realizar um estudo intensivo da guerra de trincheiras. O Ministério da Educação, despojado, achou asilo no Museu Vitória e Albert, onde sobreviveu por tolerância, como qualquer curiosa relíquia de um passado desvanecido. Assim, vários anos antes do armistício de 11 de novembro de 1918, a educação para

[79] A. Toynbee, *Guerra e Civilização*, Lisboa, Ed. Presença, 1963 (reed.), pp. 20 e 29.
[80] *Ibid.*, p. 178. - E Cf. J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Éd. Fallois, 2000, pp. 18-19 e 129-130.

> fins de massacre era encorajada (...) entre os muros de um edifício que fora construído com vistas a ajudar a favorecer a educação para a vida. (...) Não pode escapar a ninguém que (...) a melhoria da técnica da guerra comprada a esse preço equivale à destruição de nossa civilização ocidental"[81].

Outro notável escritor, Stefan Zweig, ao referir-se à "velha barbárie da guerra", que em meados do século XX levou o mundo a se "acostumar demasiadamente" com a "desumanidade, injustiça e brutalidade, como nunca antes em centenas de anos", igualmente advertiu, com sensibilidade e ceticismo, contra o *décalage* entre o progresso técnico e a ascensão moral, diante de "uma catástrofe que com um único golpe nos fez recuar mil anos em nossos esforços humanitários"[82]. E ponderou: - "Tanto progresso no social e no técnico desse quarto de século entre as duas guerras mundiais, e mesmo assim não há nenhuma nação em nosso pequeno mundo ocidental que não tenha perdido imensuravelmente muito da antiga alegria de viver e despreocupação"[83].

O sofrimento humano efetivamente se projeta no tempo, abarcando sucessivas vítimas. Com efeito, ao se indagar, da perspectiva dos vitimados, sobre o que se podia ver na experiência humana ao longo do século XX, um dos coordenadores da recente Conferência Mundial contra o Racismo (Durban, África do Sul, 2001) respondeu: - "Vemos um caminho semeado

---

[81] A. Toynbee, *op. cit. supra* n. (80), pp. 178-179. E concluiu Toynbee suas reminiscências: - "Os espectros da guerra e da revolução, que tinham passado a ser lendários, surgem em pleno dia como outrora. Uma burguesia que ainda não viu efusão de sangue apressa-se então a edificar muralhas em torno das suas cidades abertas, com todos os materiais que lhe vêm às mãos: estátuas mutiladas, altares profanados, (...) blocos de mármore cobertos de inscrições arrancados a monumentos públicos abandonados, etc. Mas estas inscrições pacíficas são agora anacronismos, porque (...) é na 'era de conflitos' que nos encontramos. Esta terrível calamidade vem recair em uma geração que foi educada na ilusória convicção de que os tempos difíceis de outrora haviam desaparecido para sempre!". *Ibid.*, p. 207.

[82] S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, Rio de Janeiro, Ed. Record, 1999 (reed.), p. 19, e cf. pp. 474 e 483.

[83] *Ibid.*, p. 160. - E, para considerações gerais sobre o tema, cf., e.g., do ângulo jurídico, Quincy Wright, *A Study of War*, 2a. ed., Chicago/London, University of Chicago Press, 1983 [reprint], pp. 3-430; e, do ângulo histórico, cf., *inter alia*, M. Howard, *War in European History*, Oxford, University Press, 2001 [reprint], pp. 1-147. Sobre o "desamparo total" e a "profunda crise humanística" gerados pelas guerras e pelo armamentismo no século XX, cf. A.A. Cançado Trindade, *As Perspectivas da Paz*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial/MG, 1970, p. 49.

de cadáveres: os do genocídio armênio, os do genocídio nos *gulags* soviéticos, os do holocausto de milhões de judeus mas também de centenas de milhares de ciganos e a sujeição à escravidão de centenas de milhares de indivíduos na Europa, os do genocídio cambojano, os do genocídio ruandês, os das purificações étnicas en todas as partes do mundo nos Bálcãs, na Região dos Grandes Lagos da África, no Tibete, na Guatemala, para só mencionar alguns exemplos"[84].

Não surpreende, pois, que, neste início do século XXI, como manifestação da consciência jurídica universal quanto à condição das vítimas de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos, a Declaração de Durban (2001) resultante da recente Conferência Mundial contra o Racismo tenha se mostrado particularmente atenta à referida condição das vítimas. Dedica-lhe toda uma seção (parágrafos 31-75), agregando considerações acerca do sofrimento humano projetado no tempo (parágrafos 14 e 99)[85]. Em significativa passagem, a Declaração de Durban reconhece e lamenta profundamente "os maciços sofrimentos humanos" e "o trágico padecimento de milhões de homens, mulheres e crianças" causados pela escravidão e tráfico de escravos, pelo *apartheid*, colonialismo e genocídio, e conclama os Estados a "honrarem a memória das vítimas das tragédias passadas", condenáveis, e que não podem de novo ocorrer[86]. A mencionada Declaração ressaltou a "importância e necessidade" de conhecer e ensinar a verdade dos fatos - "crimes e injustiças do passado" - da história da humanidade, como providência essencial à "reconciliação internacional" e à "criação de sociedades baseadas na justiça, na igualdade e na solidariedade"[87].

A centralidade das vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos desponta também na determinação das reparações a elas devidas

---

[84] J.L. Gómez del Prado, *La Conferencia Mundial contra el Racismo - Durban, Sudáfrica 2001*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, p. 11.

[85] Cf. texto *in ibid.*, pp. 100, 103-109 e 113.

[86] Parágrafo 99, *in ibid.*, p. 113.

[87] Parágrafos 98 e 106, *in ibid.*, pp. 113 e 115, respectivamente. - Sobre a mencionada Conferência de Durban (2001), cf.: Vários Autores, *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia - Después de Durban: Construcción de un Proceso Regional de Inclusión Social*, San José de Costa Rica, IIDH/Fund. Ford, 2001, pp. 11-269; e, no plano regional interamericano, cf., recentemente, OEA, *Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, OEA doc. SG/SLA/DDI/doc.6/01, de 12.07.2001, pp. 1-129; OEA, *Referencias a la Discriminación y al Racismo en las Constituciones de los Estados Miembros de la O.E.A.*, documento SG/SLA/DDI/doc.9/01, de 16.07.2001, pp. 1-64.

pelas violações de seus direitos internacionalmente protegidos. Como assinalei em meu extenso Voto Separado no caso paradigmático dos "*Meninos de Rua*" (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26.05.2001 sobre reparações), todo o capítulo das reparações no Direito Internacional dos Direitos Humanos[88] deveria ser repensado a partir da tríade formada pela *vitimização*, o *sofrimento humano*, e a *reabilitação das vítimas*, - a ser considerada a partir da integralidade da personalidade das vítimas[89]. Estas últimas deixam de figurar, como na doutrina clássica, como "objeto neutro" da relação jurídica causada pelo fato delitivo, e irrompem como titulares dos direitos violados, como sujeitos de direito, vitimados por um conflito humano.

Como me permiti assinalar em meu referido Voto Separado, "a rigor, não se necessitaria sair do domínio da ciência do Direito para chegar à mesma conclusão. Recorde-se que o direito penal estatal se orientou, em sua evolução, rumo à figura do delinqüente, relegando a vítima a uma posição marginal; este enfoque se refletiu, por algum tempo, no próprio coletivo social, que passou a demonstrar maior interesse pela figura do criminoso do que pelas de suas vítimas, abandonadas ao esquecimento. Como já bem o advertia o *Eclesiastes*, `as lágrimas dos oprimidos não há quem as console'" (parágrafo 14).

E agreguei em meu referido Voto: - "O direito penal internacional parece correr o risco de incorrer na mesma distorção de relegar a um plano secundário a figura das vítimas, concentrando antes a atenção nos responsáveis por crimes de particular gravidade. Não é esta uma especulação teórica. Recentemente se observou, por exemplo, que o direito penal internacional tem-se às vezes esquecido da centralidade das próprias vítimas[90]. Em meu entender, é o Direito Internacional dos Direitos

[88] Cf. *infra*.

[89] Parágrafo 3 de nosso mencionado Voto, e cf. também o parágrafo 10, sobre o sentido real e a intensidade do sofrimento humano, a serem tomados em conta para a determinação das formas, montantes e alcance das reparações. E recordamos (par. 35) que, anteriormente, em nossos Votos Dissidentes nos casos *El Amparo*, relativo à Venezuela (Sentença sobre reparações, de 14.09.1996, e Resolução sobre interpretação de sentença, de 16.04.1997), e *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Sentença sobre reparações, de 29.01.1997), temos constantemente expressado a grande importância que atribuímos à posição central das vítimas no tocante às reparações (inclusive não-pecuniárias) a elas devidas.

[90]. Assim, estas não chegaram a figurar nos Estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, em meados dos anos quarenta, e são mencionadas, apenas brevemente, nos anos

Humanos que, clara e decididamente, vem resgatar a posição central das vítimas, porquanto se encontra orientado a sua proteção e ao atendimento de suas necessidades" (parágrafo 15).

E ponderei, enfim, em meu Voto Separado no mencionado caso dos "*Meninos de Rua*" (reparações, 2001), que

> - "(...) Ainda que os responsáveis pela ordem estabelecida não se dêem conta, o sofrimento dos excluídos se projeta inelutavelmente em todo o corpo social. A suprema injustiça do estado de pobreza infligido aos desfavorecidos contamina todo o meio social, que, ao valorizar a violência e a agressividade, relega a uma posição secundária as vítimas, esquecendo-se de que o ser humano representa a força criadora de toda a comunidade. O sofrimento humano tem uma dimensão tanto pessoal como social. Assim, o dano causado a cada ser humano, por mais humilde que seja, afeta a própria comunidade como um todo. Como o presente caso o revela, as vítimas se multiplicam nas pessoas dos familiares imediatos sobreviventes, que, ademais, são forçados a conviver com o suplício do silêncio, da indiferença e do esquecimento dos demais" (parágrafo 22).

Em meu Voto Separado no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentença sobre o mérito de 25.11.2000), salientei que a solidariedade humana, que se encontra na base de todo o pensamento contemporâneo sobre os direitos inerentes ao ser humano, manifesta-se em uma dimensão não só espacial (ou seja, no espaço compartilhado por todos os povos do mundo), mas também *temporal*, isto é, entre as gerações que se sucedem *no tempo*[91], tomando o passado, presente e futuro em conjunto (parágrafo 23). Assim, à luz das circunstâncias do caso concreto, abordei no citado Voto quatro aspectos da questão, a saber: a) o respeito aos mortos nas pessoas dos vivos; b) a unidade do gênero humano nos vínculos entre os vivos e

---

noventa, nos Reglamentos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda. G. Cohen-Jonathan, "Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139-140; as vítimas não são testemunhas, mas sim, infelizmente, actores (*ibid*., p. 140).

[91] Cf. A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", 175 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 113, 123, 224, 231 e 240; R.-J. Dupuy, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, UNESCO/Economica, 1986, pp. 160, 169 e 173, e cf. p. 135 para a "anterioridade da consciência sobre a história".

os mortos; c) os laços de solidariedade entre os mortos e os vivos; e d) a prevalência do direito à verdade, com respeito aos mortos e aos vivos.

Ponderei, naquele Voto no caso *Bámaca Velásquez* (mérito, 2000), que o respeito à memória dos mortos nas pessoas dos vivos constitui um dos aspectos da solidariedade humana que vincula os vivos aos que já faleceram[92]. Esta solidariedade, verdadeiramente intergeneracional, também abarca as gerações futuras[93], no sentido de livrá-las das violações dos direitos humanos que vitimaram seus predecessores (a garantia de não-repetição de violações passadas -parágrafo 22). É inegável que a própria noção de vítima é ampliada pela intensidade do sofrimento humano, que "revela uma das grandes verdades da condição humana: a de que a sorte de cada um encontra-se inelutavelmente ligada à sorte dos demais" (parágrafo 40).

Enfim, em meu Voto Separado na Sentença subseqüente (de 22.02.2002) da Corte Interamericana no mesmo caso *Bámaca Velásquez* (reparações), ao invocar a "unidade do gênero humano" tal como manifestada "nos vínculos entre os vivos (titulares dos direitos humanos) e os mortos (com seu legado espiritual)", voltei a acentuar a projeção do sofrimento humano (abarcando as vítimas diretas e indiretas) no tempo[94], - e a necessidade de atentar para as necessidades do ser humano em relação ao meio social em que vive e no qual exerce seus direitos[95]. O sentimento

[92] Cf. parágrafos 13 e 19, e também parágrafos 11, 21 e 39 de nosso mencionado Voto.

[93] Que começam a atrair a atenção da doutrina contemporânea do Direito Internacional; cf., e.g., E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/ Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius e S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197.

[94] Parágrafos 2, 6-7, 9, 11-12, 15, 19 e 26 de nosso referido Voto. Acrescentamos que "a solidariedade humana tem uma dimensão mais ampla que a solidariedade puramente social, porquanto se manifesta também nos laços de solidariedade entre os mortos e os vivos" (parágrafo 25).

[95] Parágrafo 25 do mesmo Voto. - Em seu monumental *Estudo da História*, Arnold Toynbee assinalou que as "unidades inteligíveis" do estudo histórico não são os Estados, tampouco as nações, mas sim os meios sociais. Mas a "fonte de ação" nestes últimos, na visão de Toynbee, reside no indivíduo, porquanto toda evolução emerge do espírito criativo de indivíduos (ou minorias), que primeiro divulgam seus descobrimentos ou idéias, e em seguida buscam converter o meio social ao novo *modus vivendi* por eles propugnado. Do mesmo modo, os indivíduos não podem ser eles próprios sem interagir com seus semelhantes (A.J. Toynbee, *A Study of History*, Oxford, University Press, 1970 [reprint], pp. 1-11 e 209-240). O grande historiador, sempre atento à dimensão espiritual, tomava como "núcleo" para o estudo histórico o próprio ser humano e seus valores.

de solidariedade assume, assim, uma dimensão bem mais ampla do que a puramente social[96]: trata-se da solidariedade *humana*, manifestada nos laços que vinculam os vivos não só entre si, mas também a seus mortos (parágrafos 15-17)[97]

A legitimidade universal dos direitos humanos, - agreguei naquele Voto, - afirma-se em um mundo "marcado pelo pluralismo e a angústia comum a todos os seres humanos em face da morte e do destino de cada um" (parágrafo 24). Não há como negar que a indiferença quanto ao destino humano (e todo o simbolismo que o circunda) é uma forma de violar o direito à dignidade. A respeito, Elie Wiesel, Prêmio Nobel da Paz em 1986, assinalou com lucidez que

> "os dois grandes mistérios - o nascimento e a morte - são o que todos os seres humanos têm em comum. Só a caminhada é diferente. E cabe-nos humanizá-la. (...) Se há uma palavra que define e ilustra o temor de nossos contemporâneos é a intolerância que se expressa na humilhação. Ela continua a ameaçar tudo o que nossa civilização adquiriu em cinco mil anos. (...) Todo ser humano tem o direito à dignidade. Violar este direito é humilhar o ser humano. (...) Há que se combater a indiferença. Ela só ajuda o perseguidor, o opressor, (...) jamais a vítima"[98].

[96] Recorde-se que, já em fins do século XIX, Émile Durkheim lançava (sobretudo a partir de seu livro *La division du travail social*, de 1893) a corrente de pensamento do "solidarismo" (não sem ambigüidades e um certo determinismo social), retomada e desenvolvida depois por Léon Duguit, para quem as regras jurídicas nascem da consciência humana, atenta aos fins sociais e individuais. Duguit, admitindo que o dano causado a uma pessoa afeta a todo o tecido social, enfatizou a "solidariedade social", advertindo que o poder estatal encontra-se limitado pelo Direito e que a consciência individual se amplia na medida em que cada um compreende a solidariedade; L. Duguit, *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing Éd., 1901, pp. 10-15 e 30-31, e Cf. pp. 18, 24-25, 40, 44-47, 81 e 103..

[97] Na mesma linha de pensamento, no caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua* (2001), ao destacar a atenção dedicada pela Corte Interamericana à forma comunal de propiedade prevalecente entre os membros daquela comunidade indígena na Nicarágua, um Voto Separado Conjunto de três de seus Juízes assinalou que tal "concepção comunal, ademais dos valores a ela subjacentes, tem uma cosmovisão própria, e uma importante dimensão intertemporal, ao enfatizar os laços de solidariedade humana que vinculam os vivos a seus muertos e àqueles que estão por vir". CtIADH, caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua*, Sentença de 31.08.2001, Voto Separado Conjunto dos Juízes A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli, parágrafo 15.

[98]. E. Wiesel, "Contre l'indifférence", *in Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90. - E, sobre o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, cf. B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention*

V. A EMANCIPAÇÃO DO SER HUMANO *VIS-À-VIS* O PRÓPRIO ESTADO: O SER HUMANO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1. Personalidade Jurídica Internacional do Ser Humano.

A cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano constitui, em meu entender[99], o legado mais precioso da ciência jurídica do século XX. Trata-se de uma notável conquista da civilização, lograda graças ao considerável desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo das cinco últimas décadas, a requerer uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a dispensada ao tema até o presente por grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmático-ideológicas do passado.

Para a consideração adequada do tema, examinarei, a seguir, a subjetividade internacional do indivíduo no pensamento dos autores clássicos, seguida da exclusão do indivíduo do ordenamento jurídico internacional pelo positivismo jurídico estatal, assim como do resgate

---

Européenne des Droits de l'Homme, Aix-Marseille/Paris, CERIC, 1999, pp. 7-491; [Vários Autores,] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; J.-M. Becet e K. Vasak, "De quelques problèmes des droits de l'homme de la fin du 20e.siècle", *in Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à J. Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1185.

99. A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582; 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; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* - UNAM (1998) pp. 131-151; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas

do indivíduo como sujeito do Direito Internacional na doutrina jurídica do século XX. O próximo ponto de exame residirá na atribuição de deveres ao indivíduo diretamente pelo Direito Internacional. Ao acentuar, em seqüência, a necessidade da *legitimatio ad causam* dos indivíduos no Direito Internacional (subjetividade ativa), passarei, em seguida, ao estudo da capacidade jurídica internacional do indivíduo, concentrando-me nos fundamentos jurídicos do acesso do ser humano aos tribunais internacionais de direitos humanos, e sua participação direta no procedimento perante estes últimos, com atenção especial à natureza jurídica e ao alcance do direito de petição individual. O campo estará, então, aberto à apresentação de minhas reflexões derradeiras sobre a matéria.

O ponto de partida inelutável para a consideração do tema reside no pensamento, a respeito, dos chamados fundadores do direito das gentes. Há que recordar a considerável importância, para o desenvolvimento do matéria, sobretudo dos escritos dos teólogos espanhóis assim como da obra grociana. No período inicial de formação do Direito Internacional era considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos grandes mestres, - o que é compreensível, dada a necessidade de articulação e sistematização da matéria[100]. Mas mesmo em nossos dias, é imprescindível ter presentes tais ensinamentos.

---

de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96.

100. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 20-21. Para um relato da formação da doutrina clássica, cf., *inter alia*, e.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399.

É amplamente reconhecida a contribuição dos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez à formação do Direito Internacional. Na visão de Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal[101]. Foi, no entanto, o grande mestre de Salamanca, Francisco de Vitoria, quem deu uma contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do *Estado de Direito*: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos - tanto governados como governantes, - e, nesta mesma linha de pensamento, a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual[102].

Na concepção de Vitoria, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade; a reparação das violações de direitos (humanos) reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam[103]. Decorridos mais de quatro séculos e meio, sua mensagem retém uma notável atualidade.

A concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius - cuja obra, sobretudo o *De Jure Belli ac Pacis* (1625) é situada nas origens do Direito

---

[101] Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

[102] Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (108), pp. 30-39. - Em sua célebre *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), Vitoria advertiu: - "(...) No que toca ao direito humano, consta que por direito humano positivo o imperador não é senhor do orbe. Isto só teria lugar pela autoridade de uma lei, e nenhuma há que tal poder outorgue(...). Tampouco teve o imperador o domínio do orbe por legítima sucessão, (...) nem por guerra justa, nem por eleição, nem por qualquer outro título legal, como é patente. Logo nunca o imperador foi senhor de todo o mundo.(...)". Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), *in*: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

[103]. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172.

Internacional, como veio a ser conhecida a disciplina, - esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a "sociedade comum que abarca toda a humanidade"[104]. 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 limites e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado[105].

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 Estado[106]. 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[107].

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 Direito[108]. O ser humano e o seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais[109].

---

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

105. *Ibid.*, pp. 219-220 e 217.

106. *Ibid.*, pp. 243 e 221.

107. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

108. 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.

109. 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.

Nesta linha de pensamento, também Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) sustentou "a sujeição do legislador à mais alta lei da natureza humana e da razão"[110]. Por sua vez, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, a seu turno o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição[111].

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente *universal*[112], vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de "vontade própria", reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes "concedia". O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no direito internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos[113]. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito estritamente inter-estatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos[114]. As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas.

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado e ao

---

110. *Ibid.*, p. 26.

111. C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbrou os Estados-nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de "realismo", pretendeu substituir por uma "sociedade de nações" (conceito menos avançado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de *obrigação* no direito internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

112. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

113. P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (104), pp. 36-37.

114. *Ibid.*, p. 37.

reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Contra esta posição reacionária se posicionou, dentre outros, Jean Spiropoulos, em luminosa monografia intitulada *L'individu en Droit international*, publicada em Paris em 1928[115]: ao contrário do que se depreendia da doutrina hegeliana, - ponderou o autor, - o Estado não é um ideal supremo submisso tão só a sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim "um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos", sendo, pois, necessário proteger o ser humano contra a lesão de seus direitos por seu próprio Estado[116].

No passado, os positivistas se vangloriavam da importância por eles atribuída ao método da *observação* (negligenciado por outras correntes de pensamento), o que contrasta, porém, com sua total incapacidade de apresentar diretrizes, linhas mestras de análise e sobretudo *princípios* gerais orientadores[117]. No plano normativo, o positivismo se mostrou subserviente à ordem legal estabelecida e convalidou os abusos praticados em nome desta. Mas já em meados do século XX, a doutrina jusinternacionalista mais esclarecida se distanciava definitivamente da formulação hegeliana e neo-hegeliana do Estado como repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compunham e que nele [no Estado] se integravam inteiramente[118].

A velha polêmica, estéril e ociosa, entre monistas e dualistas, erigida em falsas premissas, não surpreendentemente deixou de contribuir aos esforços doutrinários em prol da emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado. Com efeito, o que fizeram tanto os dualistas como os monistas, neste particular, foi "personificar" o Estado como sujeito do Direito Internacional[119]. Os monistas descartaram todo antropomorfismo,

---

115. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 e 33, e cf. p. 19.
116. *Ibid*., p. 55; uma evolução nesse sentido, agregou, haveria de aproximar-nos do ideal da *civitas maxima*.
117. Cf. L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", *op. cit. supra* n. (100), p. 263.
118. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247. - Sobre a tradição e o constante "renascimento" do direito natural, cf., e.g., L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", *op. cit. supra* n. (101), pp. 297-399; Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham University Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Library, 1972 [reprint], pp. 13-203; J. Puente Egido, "Natural Law", *in Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/ Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.
119. Cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. infra* n. (197), p. 405.

afirmando a subjetividade internacional do Estado por uma análise da pessoa jurídica[120]; e os dualistas - a exemplo de H. Triepel e D. Anzilotti - não se contiveram em seus excessos de caracterização dos Estados como sujeitos únicos do direito internacional[121].

Toda uma corrente doutrinária, - do positivismo tradicional, - formada, além de Triepel e Anzilotti, também por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, dentre outros, passou a sustentar que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público. A mesma postura foi adotada pela antiga doutrina soviética do direito internacional, com ênfase na chamada "coexistência pacífica" interestatal[122]. Contra esta visão se insurgiu uma corrente oposta, - a partir da publicação, em 1901, do livro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, - formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis e G. Scelle, dentre outros, sustentando, *a contrario sensu*, que em última análise somente os indivíduos, destinatários de todas as normas jurídicas, eram sujeitos do Direito Internacional (cf. *infra*).

A idéia da soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado - hoje se reconhece - é responsável por todos os seus atos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - assim como por todas suas omissões. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado[123].

---

[120]. *Ibid.*, p. 406.

[121]. Para uma crítica à incapacidade da tese dualista de explicar o acesso dos indivíduos à jurisdição internacional, cf. Paul Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 e 551.

[122]. Cf., e.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/d], pp. 93-98 e 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

[123]. Stefan Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, e cf. pp. 105-106 e 114-116. Daí a importância da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos; *ibid.*, p. 118.

O indivíduo é, pois, *sujeito do direito tanto interno como internacional*[124]. Para isto tem contribuído, no plano internacional, como já assinalado, a considerável evolução nas cinco últimas décadas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, à qual se pode agregar do mesmo modo a do Direito Internacional Humanitário. Também este último considera as pessoas protegidas não como simples objeto da regulamentação que estabelecem, mas como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional. É o que se depreende, e.g., da posição das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, erigida a partir dos direitos das pessoas protegidas (e.g., III Convenção, artigos 14 e 78; IV Convenção, artigo 27); tanto é assim que as quatro Convenções de Genebra proíbem claramente aos Estados Partes derrogar - por acordos especiais - as regras nelas enunciadas e em particular restringir os direitos das pessoas protegidas nelas consagrados (I, II e III Convenções, artigo 6; e IV Convenção, artigo 7)[125]. Na verdade, as primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário (já na passagem do século XIX ao XX) foram pioneiras ao expressar a preocupação internacional pela sorte dos seres humanos nos conflitos armados, reconhecendo o indivíduo como beneficiário direto das obrigações convencionais estatais[126].

---

124. Sobre a evolução histórica da personalidade jurídica no direito das gentes, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171.

125. S. Glaser, *op. cit. supra* n. (124), p. 123; e cf. A. Randelzhofer, "The Legal Position of the Individual under Present International Law", *in State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (eds. A. Randelzhofer e Ch. Tomuschat), The Hague, Nijhoff, 1999, p. 239.

126. K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *in Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959; e cf. G.H. Aldrich, "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", *in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 857-858.

Com efeito, já há muito vem repercutindo, no *corpus* e aplicação do Direito Internacional Humanitário, o impacto da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As aproximações e convergências entre estas duas vertentes do presente *corpus juris* de proteção, e também a do Direito Internacional dos Refugiados, nos planos tanto normativo como hermenêutico e operacional, têm contribuído a superar as compartimentalizações artificiais do passado, e a aperfeiçoar e fortalecer a proteção internacional da pessoa humana - como *titular* dos direitos que lhe são inerentes - em todas e quaisquer circunstâncias[127]. Assim, o próprio Direito Internacional Humanitário, gradualmente, se desvencilha de uma ótica obsoleta puramente interestatal, dando cada vez maior ênfase - à luz dos princípios de humanidade - às pessoas protegidas e à responsabilidade pela violação de seus direitos[128].

Carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, e.g., a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legiferante, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito. O movimento internacional em prol dos direitos humanos, desencadeado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, veio a desautorizar estas falsas analogias e a superar distinções tradicionais (e.g., com base na nacionalidade): são sujeitos de direito "todas as criaturas humanas", como membros da "sociedade universal", sendo "inconcebível" que o Estado venha a negar-lhes esta condição[129].

Ademais, os indivíduos e as organizações não-governamentais (ONGs) assumem um papel cada vez mais relevante na formação da *opinio juris* internacional. Se, há algumas décadas atrás, era possível abordar o processo de formação das normas do direito internacional geral com atenção voltada tão só às "fontes estatais" e "interestatais" das "formas

---

127. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996, pp. 1-66.

128. Th. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", 94 *American Journal of International Law* (2000) pp. 239-278.

129. R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", *in La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

escritas do direito internacional"[130], em nossos dias não é mais possível deixar de igualmente reconhecer as "fontes não-estatais", decorrentes da atuação da sociedade civil organizada no plano internacional. No plano global, o artigo 71 da Carta das Nações Unidas tem servido de base ao *status* consultivo das ONGs atuantes no âmbito da ONU e a Resolução 1996/31, de 1996, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, regulamenta com detalhes as relações entre a ONU e as ONGs com *status* consultivo[131].

No plano regional, a Convenção Européia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Não-Governamentais Internacionais (de 24.04.1986), por exemplo, dispõe sobre os elementos constitutivos das ONGs (artigo 1) e sobre a *ratio legis* de sua personalidade e capacidade jurídicas (artigo 2). Nos últimos anos, os particulares e as ONGs têm participado nos *travaux préparatoires* de determinados tratados internacionais (e.g., a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989[132], e a Convenção de Ottawa sobre a Proibição de Minas Anti-Pessoal, de 1997[133]).

A crescente atuação, no plano internacional, das ONGs e outras entidades da sociedade civil[134] tem tido um inevitável impacto na teoria dos sujeitos do Direito Internacional, contribuindo a tornar os indivíduos beneficiários diretos (sem intermediários) das normas internacionais, e sujeitos do Direito Internacional, e a por um fim à anacrônica dimensão puramente interestatal deste último. Ademais, sua atuação tem contribuído à prevalência de valores comuns superiores no âmbito do Direito

---

130. Cf. R. Pinto, "Tendances de l'élaboration des formes écrites du Droit international", *in L'élaboration du Droit international public* (Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International), Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30.

131. Para um estudo geral, cf., e.g., F. Hondius, "La reconnaissance et la protection des ONGs en Droit international", 1 *Associations Transnationales* (2000) pp. 2-4; M.H. Posner e C. Whittome, "The Status of Human Rights NGOs", 25 *Columbia Human Rights Law Review* (1994) pp. 269-290; J. Ebbesson, "The Notion of Public Participation in International Environmental Law", 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997) pp. 51-97.

132. Para um estudo geral, cf. S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - 'A Guide to the Travaux Préparatoires'*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.

133. Cf. K. Anderson, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", 11 *European Journal of International Law* (2000) pp. 91-120.

134. Cf., a respeito, e.g., G. Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non-gouvernementales (ONG) sur la négotiation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant/Y. Blais, 2001, pp. 1-210.

Internacional[135]. Os indivíduos, as ONGs e demais entidades da sociedade civil passam, assim, a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais[136]. Isto é sintomático da *democratização* das relações internacionais, a par de uma crescente *conscientização* dos múltiplos atores atuantes no cenário internacional contemporâneo[137] em prol da prevalência de valores universais. Em suma, o próprio processo de formação e aplicação das normas do Direito Internacional deixa de ser apanágio dos Estados.

Ao reconhecimento de direitos individuais deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los, nos planos tanto nacional como internacional. É mediante a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos que a proteção dos direitos humanos se torna uma realidade[138]. Mas ainda que, pelas circunstâncias da vida, certos indivíduos (e.g., crianças[139], enfermos mentais, idosos, dentre outros) não possam exercitar plenamente sua capacidade (e.g., no direito civil), nem por isso deixam de ser titulares de direitos, oponíveis inclusive ao Estado[140]. Independentemente das circunstâncias, o indivíduo é sujeito *jure suo* do direito internacional, tal como sustenta a doutrina mais lúcida, desde a dos chamados fundadores da disciplina[141]. Os direitos humanos foram concebidos como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.

---

135. R. Ranjeva, "Les organisations non-gouvernementales et la mise-en-oeuvre du Droit international", 270 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1997) pp. 22, 50, 67-68, 74 e 101-102.

136. M. Bettati e P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 1, 16, 19-20, 252-261 e 263-265.

137. Ph. Sands, "Turtles and Torturers: The Transformation of International Law", 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2001) pp. 530, 543, 555 e 557-559.

138. Cf., to tocante à proteção internacional, A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

139. Cf., e.g., D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 93-134; F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5a. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-6, 22-24, 74, 77 e 120-121.

140. P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.

141. Cf. *ibid.*, pp. 223 e 215. - E, para um exame da subjetividade individual no pensamento filosófico, cf., e.g., A. Renaut, *L'ère de l'individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.

Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época dos chamados fundadores do direito internacional (*supra*), que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes. 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 indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça.

Constantemente tem se identificado um "renascimento" contínuo do direito natural, ainda que este último jamais tenha desaparecido. Isto tem se dado ante o conservadorismo e a degeneração do positivismo jurídico, consubstanciando o *status quo*, com sua subserviência típica ao poder (inclusive nos regimes autoritários, ditatoriais e totalitários). Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo[142]. O "renascimento" contínuo do direito natural reforça a universalidade dos direitos humanos, porquanto inerentes a todos os seres humanos, em contraposição às normas positivas, que carecem de universalidade, por variarem de um meio social a outro[143]. Daí se depreende a importância da personalidade jurídica do ser humano titular de direitos[144], inclusive como limite às manifestações arbitrárias do poder estatal.

Mesmo no auge do positivismo jurídico[145], no segundo meado do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, já se proclamava o "renascimento do direito natural"[146]. Na justa ponderação de J. Maritain, "uma filosofia positivista, que reconheça somente os fatos, (...) é impotente para estabelecer a existência de certos direitos que possui por natureza o ser humano, - direitos estes anteriores e acima de toda legislação escrita ou acordos entre governos, direitos que a sociedade civil não tem que *conceder*

---

142. C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207. E, para um estudo geral recente, cf. Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; cf. também A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203.

143. Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5a. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999, pp. 85 e 101.

144. *Ibid*., p. 641.

145. Para um exame, cf., e.g., N. Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico*, 7a. ed., México, Fontamara, 2001, pp. 7-107; N. Bobbio, *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone Ed., 1999, pp. 15-239.

146. J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84.

e sim *reconhecer* e sancionar como universalmente válidos e que não poder ser abolidos ou desrespeitados, mesmo temporariamente, por qualquer espécie de necessidade social"[147]. Daí o caráter *inalienável* dos direitos humanos, porquanto se fundamentam na "própria natureza" do ser humano, que, "naturalmente, nenhum ser humano pode perder"[148].

O "eterno retorno" do jusnaturalismo, - que, a bem da verdade, jamais desapareceu, - tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas[149], contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores[150], das obrigações estatais em matéria de direitos humanos e do reconhecimento de seu necessário cumprimento *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo[151]. Esta última, testemunhando a moralização do próprio Direito, assume a vindicação dos interesses comuns superiores[152]. Os experimentos internacionais que há décadas vêm outorgando capacidade processual internacional aos indivíduos refletem, com efeito, o reconhecimento de valores comuns

147. *Ibid.*, pp. 97-98.

148. *Ibid.*, p. 102.

149. A. Truyol y Serra, "Théorie du Droit international public - Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143. - Constata-se um renascimento do direito natural nos continentes europeu e americano, embora, a rigor, o direito natural nunca tenha desaparecido; está sempre "renascendo". O direito natural tem sempre sido invocado ante o conservadorismo do direito positivo, que consubstancia o *status quo*. Na verdade, os positivistas se perderam ao convalidarem regimes totalitários e ditatoriais. Não mais se trata de um retorno ao velho direito natural (de princípios eternamente válidos). O que se restaura é um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo. C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207. Cf. também J. Puente Egido, "Natural Law", *in Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

150. Gustav Radbruch, o célebre filósofo do Direito da Universidade de Heidelberg, particularmente sensível (sobretudo na idade madura) ao valor da justiça, costumava sintetizar as diversas concepções do direito natural como apresentando os seguintes traços fundamentais comuns: primeiro, todas fornecem certos "juízos de valor jurídico com um determinado conteúdo"; segundo, tais juízos, universais, têm sempre como fonte a natureza, ou a revelação, ou a razão; terceiro, tais juízos são "acessíveis ao conhecimento racional"; e quarto, tais juízos primam sobre as leis positivas que lhes forem contrárias; em suma, "o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo". G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

151. J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

152. R.-J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public", 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 e 202.

superiores consubstanciados no imperativo de proteção do ser humano em quaisquer circunstâncias.

Todo o novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de ser construído em torno dos interesses superiores do ser humano, independentemente de seu vínculo de nacionalidade ou de seu estatuto político. Daí a importância que assume, nesse novo direito de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo, como *sujeito do direito tanto interno como internacional*[153]. A aplicação e expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, vêm repercutir, não surpreendentemente, e com sensível impacto, nos rumos do Direito Internacional Público contemporâneo[154].

Ora, se o Direito Internacional Público contemporâneo reconhece aos indivíduos direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes [aos indivíduos] personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio Direito Internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos "concedidos" pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, dotado em ambos de plena capacidade processual (cf. *infra*), representa uma verdadeira revolução jurídica, à qual temos o dever de contribuir. Esta revolução vem enfim dar um conteúdo ético às normas, tanto do direito público interno como do direito internacional.

Com efeito, já nas primeiras décadas do século XX se reconheciam os manifestos inconvenientes da proteção dos indivíduos por intermédio de seus respectivos Estados de nacionalidade, ou seja, pelo exercício da proteção diplomática discricionária, que tornava os Estados "demandantes", a um tempo, "juízes e partes". Começava, em conseqüência, para superar tais inconvenientes, a germinar a idéia do *acesso direto* dos indivíduos à jurisdição internacional, sob determinadas condições, para fazer valer seus direitos contra os Estados, tema este

153. M. Virally, "Droits de l'homme et théorie générale du Droit international", *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

154. Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-58 e 375-427

que chegou a ser efetivamente considerado pelo *Institut de Droit International* em suas sessões de 1927 e 1929[155].

Em monografia publicada em 1931, o jurista russo André Mandelstam alertou para a necessidade do reconhecimento de um *mínimo jurídico* - com a primazia do Direito Internacional e dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico estatal, - abaixo do qual a comunidade internacional não devia permitir que recaísse o Estado[156]. Em sua visão, a "horrível experiência de nosso tempo" demonstrava a urgência da consagração necessária desse *mínimo jurídico*, para por um fim ao "poder ilimitado" do Estado sobre a vida e a liberdade de seus cidadãos e à "completa impunidade" do Estado violador dos "direitos mais sagrados do indivíduo"[157].

Em seu celebrado *Précis du Droit des Gens* (1932-1934), Georges Scelle se investiu contra a ficção da contraposição de uma "sociedade interestatal" a uma sociedade de indivíduos (nacional. Uma e outra são, em seu entender, formadas por indivíduos, sujeitos do direito interno e do direito internacional, sejam eles simples particulares (movidos por interesses privados), ou investidos de funções públicas (governantes e funcionários públicos), encarregados de velar pelos interesses das coletividades nacionais e internacionais[158]. Em uma passagem particularmente significativa de sua obra, Scelle, ao identificar (já no início da década de trinta) "o movimento de extensão da personalidade jurídica dos indivíduos", ponderou que "le seul fait que des recours super-étatiques sont institués au profit de certains individus, montre que ces individus sont désormais dotés d'une certaine compétence par le Droit international, et que la compétence des gouvernants et agents de cette société internationale est *liée* corrélativement. Les individus sont à la fois sujets de droit des collectivités nationales et de la collectivité internationale globale: ils sont *directement* sujets de droit des gens"[159].

O fato de serem os Estados compostos de seres humanos individuais - com todas as suas conseqüências - não passou despercebido

---

155. S. Séfériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 e 54-60.
156. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, e cf. p. 103.
157. *Ibid.*, p. 138.
158. G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), pp. 42-44.
159. *Ibid.*, p. 48.

de outros autores, que destacaram a importância da atribuição aos indivíduos de recursos (*remedies*) no âmbito dos mecanismos internacionais de proteção de seus direitos[160]. Há os que chegam mesmo a afirmar que "a atribuição da personalidade de direito internacional ao indivíduo" constitui o domínio em que "este ramo do Direito mais progrediu nas últimas décadas"[161].

Também no continente americano, mesmo antes da adoção das Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos de 1948, floresceram manifestações doutrinárias em prol da personalidade jurídica internacional dos indivíduos. Dentre as que sustentaram tal personalidade, situam-se, e.g., as obras de Alejandro Álvarez[162] e Hildebrando Accioly[163]. Do mesmo modo se posicionou Levi Carneiro a respeito, ao escrever que "não subsiste obstáculo doutrinário à admissão de pleitos individuais perante a justiça internacional. (...) Ao Direito Internacional o indivíduo interessa cada vez mais", mesmo porque "o Estado, criado no interesse do indivíduo, a este não se pode sobrepor"[164]. E Philip Jessup, em 1948, ponderou que a velha acepção da soberania estatal "não é consistente com os princípios da interdependência ou interesse da comunidade e do status do indivíduo como sujeito do direito internacional"[165].

Não hesitou Hersch Lauterpacht, em obra publicada em 1950, em afirmar que "o indivíduo é o sujeito final de todo direito", nada havendo de inerente ao Direito Internacional que o impeça de tornar-se sujeito do *law of nations* e de tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais[166]. O bem comum, nos planos tanto nacional como internacional, está condicionado pelo bem-estar dos seres humanos individuais que compõem a

---

160. Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 e 249.

161. A. Gonçalves Pereira e F. de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3a. ed. rev., Coimbra, Almedina, 1995, p. 405, e cf. pp. 381-408.

162. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 e 457-463, e cf. pp. 81, 91 e 499-500.

163. Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

164. Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945, pp. 121 e 108, e cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 e 195.

165. Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.

166. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 e 51.

coletividade em questão[167]. Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do Direito Internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do Direito Internacional[168].

Mesmo um ano antes da Declaração Universal, H. Lauterpacht sustentou ter sido na Carta das Nações Unidas (de 1945) que o indivíduo surgiu, pela primeira vez, com "estatura plena", como dotado de direitos fundamentais; "o indivíduo adquiriu um status e uma estatura que o transformaram de um objeto de compaixão internacional em um sujeito de direitos internacionais"[169]. Esta mudança fundamental, - acrescentou, - passou a constituir uma limitação aos poderes do Estado (que "não é um fim em si"), porquanto "o indivíduo é o sujeito final de todo direito"[170]; com isto, o Direito Internacional adquiriu um "conteúdo moral"[171].

Em outro estudo perspicaz, publicado também em 1950, Maurice Bourquin ponderou que a crescente preocupação do Direito Internacional da época com os problemas que afetavam diretamente o ser humano revelava a superação da velha visão exclusivamente interestatal da ordem jurídica internacional[172]. Em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, três anos depois, em 1953, Constantin Eustathiades vinculou a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional (dos mesmos, a par da dos Estados). Como reação da consciência jurídica universal, o desenvolvimento dos direitos e deveres do indivíduo no plano internacional e sua capacidade de agir para defender seus direitos encontram-se vinculadas à sua capacidade para o delito internacional; a responsabilidade internacional abarca, assim, em sua visão, tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos de guerra (formando um todo)[173].

---

[167]. *Ibid.*, p. 70.

[168]. Cf. *ibid.*, pp. 8-9. Para uma crítica à concepção voluntarista do direito internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Genebra (1981) pp. 201-240.

[169]. H. Lauterpacht, "The International Protection of Human Rights", 70 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1947) p. 11.

[170]. *Ibid.*, pp. 9 e 104, e cf. pp. 6-7.

[171]. *Ibid.*, p. 8.

[172]. Maurice Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *in La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54.

[173]. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953)

Dada, pois, a capacidade do indivíduo, tanto para mover uma ação contra um Estado na proteção de seus direitos, como para cometer um delito no plano internacional, não há como negar sua condição de sujeito do Direito Internacional[174]. À mesma conclusão chegou Paul Guggenheim, em curso ministrado também na Academia da Haia, um ano antes, em 1952: como o indivíduo é "sujeito de deveres" no plano do Direito Internacional, não há como negar sua personalidade jurídica internacional, reconhecida inclusive pelo próprio direito internacional *consuetudinário*[175].

Ainda em meados do século XX, nos primeiros anos de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, Giuseppe Sperduti escrevia que os particulares haviam se tornado "titulares de interesses internacionais legítimos", porquanto já se iniciara, no Direito Internacional, um processo de emancipação dos indivíduos da "tutela exclusiva dos agentes estatais"[176]. A própria experiência jurídica da época contradizia categoricamente a teoria infundada de que os indivíduos eram simples *objetos* do ordenamento jurídico internacional e destruía outros preconceitos do positivismo estatal[177]. Na doutrina jurídica de então se tornava patente o reconhecimento da expansão da proteção dos indivíduos no ordenamento jurídico internacional[178].

Em um artigo publicado em 1967, René Cassin, que participara do processo preparatório da elaboração da Declaração Universal de Direitos

---

pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 e 612. Tratava-se, pois, de proteger o ser humano não só contra a arbitrariedade estatal, mas também contra os abusos dos próprios indivíduos; *ibid.*, p. 614. Cf., no mesmo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, *op. cit. supra* n. (118), pp. 234 e 248.

174. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. supra* n. (173), pp. 426-427, 547 e 610-611. Ainda que não endossasse a teoria de Duguit e Scelle (dos indivíduos como únicos sujeitos do direito internacional), - tida como expressão da "escola sociológica" do direito internacional na França, - Eustathiades nela reconheceu o grande mérito de reagir à doutrina tradicional que visualizava nos Estados os únicos sujeitos do direito internacional; o reconhecimento da subjetividade internacional dos indivíduos, a par da dos Estados, veio transformar a estrutura do direito internacional e fomentar o espírito de solidariedade internacional; *ibid.*, pp. 604-610. Os indivíduos emergiram como sujeitos do direito internacional, mesmo sem participar do processo de criação de suas normas; *ibid.*, p. 409.

175. P. Guggenheim, "Les principes de Droit international public", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1952) pp. 116, e cf. pp. 117-118.

176. G. Sperduti, "L'individu et le droit international", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 824, 821 e 764.

177. *Ibid.*, pp. 821-822; e cf. também G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.

178. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

Humanos de 1948[179], acentuou com eloqüência que o avanço representado pelo acesso dos indivíduos a instâncias internacionais de proteção, assegurado por muitos tratados de direitos humanos:

> - "(...) Se ainda subsistem na terra grandes zonas onde milhões de homens ou mulheres, resignados a seu destino, não ousam proferir a menor reclamação ou nem sequer a conceber que um recurso qualquer seja possível, estes territórios diminuem a cada dia. A tomada de consciência de que uma emancipação é possível torna-se cada vez mais geral. (...) A primeira condição de toda justiça, qual seja, a possibilidade de encurralar os poderosos para sujeitar-se a (...) um controle público, se satisfaz hoje em dia muito mais freqüentemente que no passado. (...) O fato de que a resignação sem esperança, de que o muro do silêncio e de que a ausência de todo recurso estejam em vias de redução ou de desaparecimento abre à humanidade em marcha perspectivas alentadoras (...)"[180].

Na articulação de Paul Reuter, a partir do momento em que se satisfazem duas condições básicas, os particulares se tornam sujeitos do Direito Internacional. Estas condições são, primeiramente, "ser titulares de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo Direito Internacional", e, em segundo lugar, "ser titulares de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo Direito Internacional"[181]. Em seu entender, a partir do momento em que o indivíduo dispõe de um recurso a um órgão de proteção internacional (acesso à jurisdição internacional) e pode, assim, dar início ao procedimento de proteção, torna-se sujeito do Direito Internacional[182].

Na mesma linha de pensamento, "a verdadeira pedra de toque da personalidade jurídica internacional do indivíduo", no dizer de Eduardo Jiménez de Aréchaga, reside na atribuição de direitos e dos meios de ação para assegurá-los. A partir do momento em que isto ocorre, como efetivamente ocorreu no plano internacional, - agregou o autor, - fica

---

[179]. Como *rapporteur* do Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, encarregado de preparar o projeto da Declaração (maio de 1947 a junho de 1948).
[180]. R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.
[181]. P. Reuter, *Droit international public*, 7a. ed., Paris, PUF, 1993, p. 235, e cf. p. 106.
[182]. *Ibid.*, p. 238.

evidenciado que "nada há de inerente à estrutura do ordenamento jurídico internacional" que impeça o reconhecimento aos indivíduos de direitos que emanam diretamente do Direito Internacional, assim como de recursos internacionais para a proteção desses direitos[183].

Por sua vez, Karel Vasak argumentou, em 1974, que o próprio propósito do Direito Internacional dos Direitos Humanos - a salvaguarda internacional do ser humano - dele requer um questionamento de certas noções tradicionais seguidas no Direito Internacional clássico (como a do princípio da reciprocidade) e o reconhecimento do caráter de *ordre public* de seus procedimentos de proteção[184]. No presente domínio, - acrescentou, - toda a ação internacional "faz um apelo sistemático ao indivíduo"; sua especificidade reside em que se trata de um direito de proteção, que "visa garantir ao indivíduo certos valores comuns à humanidade como um todo"[185].

Em estudo publicado em 1983, Julio Barberis ponderou que, para que os indivíduos sejam sujeitos de direito, mister se faz que o ordenamento jurídico em questão lhes atribua direitos ou obrigações (como é o caso do Direito Internacional); os sujeitos de direito são, assim, heterogêneos, - acrescentou, - e os teóricos que só vislumbravam os Estados como tais sujeitos simplesmente distorciam a realidade, deixando de tomar em conta as transformações por que tem passado a comunidade internacional, ao vir a admitir esta última que atores não-estatais também possuem personalidade jurídica internacional[186]. Com efeito, estudos sucessivos sobre

---

183. E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 207-208. - Para A. Cassese, o *status* jurídico internacional de que hoje desfrutam os indivíduos representa um notável avanço do direito internacional contemporâneo, mesmo que a capacidade jurídica dos indivíduos ainda comporte limitações; ademais, quanto a suas obrigações os indivíduos se associam aos demais membros da comunidade internacional, pois também deles se exige o respeito a certos valores fundamentais hoje universalmente reconhecidos; A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 79-85.

184. K. Vasak, "Le Droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 374 e 384.

185. *Ibid.*, pp. 409 e 412. E cf. A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

186. J. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 161, 169, 171-172, 178 e 181.

os instrumentos internacionais de proteção e as condições de admissibilidade das petições individuais no plano internacional passaram a enfatizar precisamente a importância histórica do reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos indivíduos como parte demandante[187].

2. ATRIBUIÇÃO DE DEVERES AO SER HUMANO DIRETAMENTE PELO DIREITO INTERNACIONAL

Como já assinalado, à doutrina jurídica do século XX não passou despercebido que os indivíduos, ademais de titulares de direitos no plano internacional, também há deveres que lhe são atribuídos diretamente pelo

[187]. Cf., e.g., R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) n. 2, pp. 9-17; W.P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 e 82-172; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327; A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23; J.C. Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 193-204; P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 61-252; M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint], pp. 38-54; J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27-145; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 1999, pp. 14-56 e 358-361; E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, ONU doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988, pp. 1-92; O.L. Fappiano, *El Derecho de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 31-32; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", *in Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoin Barrenne), Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124-125 e 131-132; S.N. Eisenstadt, "Human Rights in Comparative Civilizational Perspective", *in Human Rights in Perspective - A Global Assessment* (eds. A. Eide e B. Hagtvet), Oxford, Blackwell, 1992, pp. 98 e 101; G.H. Aldrich, "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", *in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 851-858; S. Corcuera Cabezut, *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oxford/México D.F., Oxford University Press, 2002,

próprio Direito Internacional[188]. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos tampouco têm passado despercebidos os deveres que recaem sobre os indivíduos (mormente *vis-à-vis* a comunidade), a partir do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 29) a respeito[189].

Significativamente, hoje se reconhece que a violação grave dos deveres diretamente atribuídos ao indivíduo pelo Direito Internacional, configurada, e.g., nos crimes contra a humanidade[190], acarreta a responsabilidade penal individual *internacional*, *independentemente* do que dispõe a respeito o direito *interno*[191]. Os desenvolvimentos contemporâneos

p. 41; R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", 1 *European Journal of International Law* (1990) pp. 33-43; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", *in The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia e M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620.

188. Como vimos, e.g., já há meio-século, C. Eustathiades, ao vincular a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional, atentou para a dimensão tanto ativa como passiva de tal subjetividade, esta última em razão da capacidade do indivíduo para o delito internacional (sujeito passivo da relação jurídica - cf. *supra*).

189. E.-I.A. Daes (special *rapporteur*), *Freedom of the Individual under Law: an Analysis of Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, N.Y./Geneva, United Nations, 1990, pp. 17-65.

190. Em que a própria humanidade figura como vitimada; cf., a respeito, recentemente, e.g., Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contra l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 1-448; G. Robertson, *Crimes against Humanity - The Struggle for Global Justice*, London, Penguin Books, 1999, pp. 85-392; S.R. Ratner e J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 45-77; M. Gounelle, "Quelques remarques sur la notion de `crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", *in Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 315-326, esp. pp. 320-321 e 326.

191. M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed. rev., The Hague, Kluwer, 1999, pp. 106 e 118; e cf. também, a respeito, e.g., [Vários Autores,] *Crimes internationaux et juridictions internationales* (eds. A. Cassese e M. Delmas-Marty), Paris, PUF, 2002, pp. 13-261; R. Besné Mañero, *El Crimen Internacional - Nuevos Aspectos de la Responsabilidad Internacional de los Estados*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, pp. 25-231; A. Salado Osuña, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Derechos Humanos", *in La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, 267-300; C. Rueda Fernández, "Los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Por Fin la Esperada Definición?", *in ibid.*, pp. 301-324.

no direito penal internacional têm, efetivamente, incidência direta na cristalização tanto do princípio da jurisdição universal como do princípio da responsabilidade penal internacional individual, componente da personalidade jurídica internacional do indivíduo (este último como sujeito tanto ativo como passivo do Direito Internacional, titular de direitos assim como portador de deveres emanados diretamente do *direito das gentes*).

Os desenvolvimentos recentes no direito penal internacional têm dado um novo ímpeto à luta da comunidade internacional contra a impunidade, - como violação *per se* dos direitos humanos[192], - além de reafirmarem o princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo[193] por tais violações, e buscarem assim prevenir crimes futuros[194]. Os antecedentes destes esforços recentes de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional remontam às antigas comissões internacionais *ad hoc* de investigação (a partir de 1919), e sobretudo aos célebres Tribunais de Nuremberg (estabelecido em agosto de 1945) e de Tóquio (estabelecido em janeiro de 1946). Cf. M.R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-1946 - A Documentary History*, Boston/N.Y., Bedford Books, 1997, pp. 1-268; M.C. Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997) pp. 11-62.

O processo de *criminalização* das violações *graves* dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário[195] tem, com efeito, acompanhado *pari passu* a evolução do próprio Direito Internacional

---

[192]. W.A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1997) pp. 461-517.

[193]. Cf., a respeito, e.g., D. Thiam, "Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle", in International Law on the Eve of the Twenty-First Century - Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXe siècle - Réflexions de codificateurs, N.Y., U.N., 1997, pp. 329-337.

[194]. Os antecedentes destes esforços recentes de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional remontam às antigas comissões internacionais *ad hoc* de investigação (a partir de 1919), e sobretudo aos célebres Tribunais de Nuremberg (estabelecido em agosto de 1945) e de Tóquio (estabelecido em janeiro de 1946). Cf. M.R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-1946 - A Documentary History*, Boston/N.Y., Bedford Books, 1997, pp. 1-268; M.C. Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997) pp. 11-62.

[195]. Cf. G. Abi-Saab, "The Concept of `International Crimes' and Its Place in Contemporary International Law", *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 141-150; B. Graefrath, "International Crimes - A Specific Regime of International

contemporâneo, superando suas insuficiências do passado no combate à impunidade[196].

Os *travaux préparatoires* do Estatuto do Tribunal Penal Internacional permanente, adotado na Conferência de Roma de 1998, como era de se esperar, a par da responsabilidade do Estado, contribuíram ao pronto reconhecimento, no âmbito de aplicação futura do Estatuto, da responsabilidade penal internacional individual, - o que representa um grande avanço doutrinário precisamente na luta contra a impunidade pelos mais graves crimes internacionais[197]. Este avanço, em nossos dias, se deve à intensificação do clamor de toda a humanidade contra as atrocidades que têm vitimado milhões de seres humanos em todas as partes, - atrocidades estas que não mais podem ser toleradas e que devem ser combatidas com determinação[198].

Cabe chamar a atenção para os *valores* universais superiores que se encontram subjacentes a toda a temática da criação de uma jurisdição penal internacional em base permanente. A cristalização da responsabilidade penal internacional dos indivíduos (a par da responsabilidade do Estado), e o processo em curso da criminalização das violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário[199], constituem elementos

---

Responsibility of States and Its Legal Consequences", *in ibid*., pp. 161-169; P.-M. Dupuy, "Implications of the Institutionalization of International Crimes of States", *in ibid*., pp. 170-185; M. Gounelle, "Quelques remarques sur la notion de `crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 315-326; L.C. Green, "Crimes under the I.L.C. 1991 Draft Code", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 19-39.

196. Bengt Broms, "The Establishment of an International Criminal Court", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 145-146.

197. Para um estudo substancial e pioneiro, cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 401-614; e sobre a responsabilidade individual por um ilícito cometido no cumprimento de "ordem superior" (ilegal), cf. L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976, pp. 250-251 e 218; Y. Dinstein, *The Defence of `Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 93-253.

198. Neste propósito, a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pela Conferência de Roma de 1998 constitui uma conquista da comunidade internacional como um todo, na firme batalha contra a impunidade e em defesa da dignidade da pessoa humana.

199. Assim, começa a florescer a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* tanto (a partir de 1995) para a ex-Iugoslávia (casos *Tadic*, *Drazen Erdemovic*, *Blaskic*, *Mucic, Delic, Delalic e Landzo*, *Karadzic, Mladic e Stanisic*, *Zeljko Meakic et alii* [19 membros das forças sérvias], *Djukic*, *Lajic*, e caso da *Área do Vale do Rio Lasva* [27 líderes militares e políticos bósnio-croatas; 1995], - como (a partir de 1997) para Ruanda (casos *Ntakirutimana* e *Kanyabashi*), e já

de crucial importância ao combate à impunidade e ao tratamento a ser dispensado a violações passadas, na proteção dos direitos humanos.

Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade *objetiva* de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extralegais, e de desaparecimento forçado de pessoas, - práticas estas que representam crimes de lesa-humanidade, - condenadas pela consciência jurídica universal[200], a par da aplicação de tratados. Ninguém ousaria tampouco negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo, as práticas da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extralegais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*. Toda esta evolução doutrinária aponta na direção da consagração de obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias[201].

3. CAPACIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL DO SER HUMANO

A par da construção de sua personalidade jurídica internacional (*supra*), o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais contemporâneos para a proteção de seus direitos (Cortes Européia e Interamericana) revela uma *renovação* do direito internacional - no sentido de sua já assinalada *humanização*[202], abrindo uma grande brecha na doutrina tradicional do

passam de trinta as ratificações do Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional. O estudo desta temática torna-se de capital importância, neste início do século XXI, em que ganha cada vez maior espaço o velho ideal da realização da justiça em nível internacional.

[200]. Em estudo recente, publicado em livro comemorativo do cinqüentenário do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), buscamos conceituar o que nos permitimos denominar de *consciência jurídica universal*; cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78.

[201]. Ou seja, obrigações atinentes à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo. A consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção, em meio à incidência das normas de *jus cogens*, é imprescindível aos avanços na luta contra o poder arbitrário e no fortalecimento da proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneos.

[202]. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...", *op. cit. supra* n. (99), pp. 427-428 e 432-433.

domínio reservado dos Estados[203] (ou competência nacional exclusiva), definitivamente ultrapassada: o indivíduo é elevado a sujeito do Direito Internacional[204], dotado de capacidade processual. Perante os tribunais internacionais, o ser humano se defronta consigo mesmo, para proteger-se da arbitrariedade estatal, sendo protegido pelas regras do Direito Internacional[205]. Em última análise, todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo seus direitos e o respeito de sua personalidade[206].

A questão da capacidade processual dos indivíduos perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e sua predecessora a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), foi efetivamente considerada por ocasião da redação original, por um Comitê de Juristas designado pela antiga Liga das Nações, do Estatuto da Corte da Haia, em 1920. Dos dez membros do referido Comitê de Juristas, apenas dois - Loder e De Lapradelle - se pronunciaram a favor de que os indivíduos pudessem comparecer como partes perante a Corte (*jus standi*) em casos contenciosos contra Estados (estrangeiros). A maioria do Comitê, no entanto, se opôs firmemente a esta proposição: quatro membros[207] objetaram que os indivíduos não eram sujeitos do Direito Internacional (não podendo, pois, a seu ver, ser partes perante a Corte) e que somente os Estados eram pessoas jurídicas no ordenamento internacional, - no que foram acompanhados pelos demais membros[208].

A posição que prevaleceu em 1920 - que surpreendente e lamentavelmente tem sido mantida no artigo 34(1) do Estatuto da Corte da Haia até o presente - foi pronta e duramente criticada na doutrina mais lúcida da época (já na própria década de vinte). Assim, em sua memorável

---

203. F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 e 329-330; e cf. A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

204. F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (203), p. 345, e cf. p. 301; cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

205. F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (203), pp. 356-357 e 302.

206. *Ibid.*, p. 301. Cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals...", *op. cit. supra* n. (204), pp. 359-365.

207. Ricci-Busatti, Barão Descamps, Raul Fernandes e Lord Phillimore.

208. Cf. relato *in*: J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* n. (213), pp. 84-87; M.St. Korowicz, "The Problem of the International Personality of Individuals", 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543.

monografia *Les nouvelles Tendances du Droit International* (1927), Nicolas Politis ponderou que os Estados não passam de ficções, compostos que são de indivíduos, e que o verdadeiro fim de todo o Direito é o ser humano, e nada mais que o ser humano[209]. Trata-se de algo "tão evidente", acrescentou, que "seria inútil insistir nisto se as brumas da soberania não tivessem obscurecido as verdades mais elementares"[210]. E prosseguiu Politis em defesa da outorga do recurso direto aos indivíduos às instâncias internacionais para fazer valer seus "interesses legítimos", o que apresentaria a vantagem, por exemplo, de despolitizar o procedimento clássico, o do contencioso interestatal (a proteção diplomática discricionária)[211]. E, enfim, adiantou um prognóstico, no sentido de que a ação direta dos indivíduos no plano internacional logrará realizar-se, mais cedo ou mais tarde, porque "responde a uma verdadeira necessidade da vida internacional"[212].

Outra crítica à solução adotada a respeito pelo Estatuto da Corte da Haia (artigo 34(1), cf. *supra*) foi formulada por Spiropoulos, também nos anos vinte, para quem não havia qualquer impedimento a que o direito internacional convencional assegurasse aos indivíduos uma ação direta no plano internacional (havendo inclusive precedentes neste sentido no período do entre-guerras); se isto não ocorresse e se se limitasse às ações judiciais no plano do direito interno, não raro o Estado se tornaria "juiz e parte" ao mesmo tempo, o que seria uma incongruência[213]. Para o autor, o ordenamento jurídico internacional pode formular normas visando diretamente os indivíduos (como exemplificado pelos tratados de paz do período do entre-guerras), alçando-o desse modo à condição de sujeito do Direito Internacional, na medida em que, se estabelece uma relação direta entre o indivíduo e o ordenamento jurídico internacional, que o torna "diretamente titular de direitos ou de obrigações"[214]; não há, pois, como deixar de admitir a personalidade jurídica internacional do indivíduo[215].

---

209. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 e 69.
210. *Ibid.*, pp. 77-78.
211. *Ibid.*, pp. 82-83 e 89.
212. *Ibid.*, p. 90, e cf. pp. 92 e 61.
213. J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (208), pp. 50-51.
214. *Ibid.*, pp. 25 e 31-32.
215. *Ibid.*, pp. 32-33 e 40-41.

A gradual emancipação do indivíduo da tutela do Estado todo-poderoso, - antecipou Spiropoulos em 1928, - não é mais que uma "questão de tempo", por "impor-se como conseqüência necessária da evolução da organização internacional" dos novos tempos[216]. O indivíduo deve, assim, ser capaz de defender *ele próprio* seus direitos no plano internacional, "independentemente de toda tutela de seu Estado", e "mesmo contra seu próprio Estado"[217]. Sem a outorga aos indivíduos de ação direta no plano internacional, - prosseguiu, - seus direitos continuarão "sem proteção suficiente"[218]; somente com tal ação direta ante uma instância internacional, - acrescentou, - se logrará uma proteção *eficaz* dos direitos humanos, em conformidade com "o espírito da nova ordem internacional"[219]. Há que estabelecer "certos limites" à autoridade do Estado, - concluiu, - o qual não é um fim em si mesmo, mas antes um meio para a "satisfação das necessidades humanas"[220].

O caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso perante a CIJ, definitivamente, não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos, relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte[221]. A artificialidade[222] do caráter exclusivamente interestatal do contencioso ante

---

216. *Ibid*., pp. 42-43 e 65.
217. *Ibid*., p. 44, e cf. pp. 49 e 64-65.
218. *Ibid*., pp. 51-52, e cf. p. 53.
219. *Ibid*., p. 61.
220. *Ibid*., p. 62, e cf. p. 66.
221. Recordem-se, como exemplos a esse respeito, o caso clássico *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão *versus* Índia, 1973), dos *Reféns (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã, 1980), do *Timor-Leste* (Portugal *versus* Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina *versus* Iugoslávia, 1996), ou ainda os casos *Breard* (Paraguai *versus* Estados Unidos, 1998), *LaGrand* (Alemanha *versus* Estados Unidos, 1999-2001) e *Avena e Outros* (México *versus* Estados Unidos, 2004). Em todos estes casos, não há como deixar de reconhecer que o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações *inter se*.
222. Tal artificialidade tem sido criticada na bibliografia especializada, inclusive, recentemente, por um ex-Presidente da própria Corte da Haia; cf. R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 504-505.

a CIJ[223] é claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração.

A solução adotada pelo Estatuto da antiga CPJI, e fossilizada com o passar do tempo no Estatuto da CIJ até a atualidade, é ainda mais criticável, se considerarmos que, já na primeira metade do século XX, houve experimentos de Direito Internacional que efetivamente outorgaram capacidade processual internacional aos indivíduos. Exemplificam-no o sistema de navegação do rio Reno, o Projeto de uma Corte Internacional de Presas (1907), a Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917), assim como, na era da Liga das Nações, os sistemas das minorias (inclusive a Alta Silésia) e dos territórios sob mandato, os sistemas de petições das Ilhas Aaland e do Sarre e de Danzig, além da prática dos tribunais arbitrais mistos e das comissões mistas de reclamações, da mesma época[224].

Esta evolução se desencadeou na era das Nações Unidas, com a adoção do sistema de petições individuais sob alguns dos tratados contemporâneos de direitos humanos de caráter universal, e sobretudo no plano regional, sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceram tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana, respectivamente) de direitos humanos. O direito de petição individual, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso

---

223. Já em fins da década de sessenta S. Rosenne advertia que "nada há de inerente no caráter da própria Corte Internacional que justifique a exclusão completa de um indivíduo de comparecer perante a Corte em procedimentos judiciais de seu interesse direto"; cf. S. Rosenne, "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, e cf. p. 242. - A atual prática de exclusão do *locus standi in judicio* dos indivíduos interessados ante a CIJ, - acrescentou Rosenne, - além de artificial, em certos casos contenciosos "pode até mesmo produzir resultados incongruentes"; torna-se, pois, "altamente desejável" que tal esquema seja reconsiderado, de modo a permitir que os próprios indivíduos interessados possam comparecer ante a CIJ (*locus standi*) para apresentar diretamente a esta última seus argumentos em casos contenciosos (*ibid*., p. 249, e cf. p. 243).

224. Para um estudo, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; dentre outros. E, para um estudo geral, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com efeito, é da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos[225]. Três séculos de um ordenamento internacional cristalizado, a partir dos tratados de paz de Westphalia (1648), com base na coordenação de Estados-nações independentes, na justaposição de soberanias absolutas, levaram à exclusão daquele ordenamento dos indivíduos como sujeitos de direitos[226]. Três séculos de um ordenamento internacional marcado pelo predomínio das soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foram incapazes de evitar as violações maciças dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas[227].

Tais atrocidades despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases do ordenamento internacional, restituindo ao ser humano a posição central de onde havia sido alijado. Esta reconstrução, sobre bases humanas, tomou por fundamento conceitual os cânones inteiramente distintos da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção[228]. A ordem internacional das soberanias cedia terreno à da solidariedade (cf. *supra*).

Esta profunda transformação do ordenamento internacional, desencadeada a partir das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, não se tem dado sem dificuldades, precisamente por

---

[225]. Foi precisamente neste contexto de proteção que se operou o *resgate histórico* da posição do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional (cf. *supra*).

[226]. No plano internacional, os Estados assumiram o monopólio da titularidade de direitos; os indivíduos, para sua proteção, foram deixados inteiramente à mercê da intermediação discricionária de seus Estados nacionais. O ordenamento internacional assim erigido, - que os excessos do positivismo jurídico tentaram em vão justificar, - dele excluiu precisamente o destinatário último das normas jurídicas: o ser humano.

[227]. Como o holocausto, o *gulag*, seguidos de novos atos de genocídio, e.g., no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda).

[228]. Com incidência direta destes cânones nos métodos de interpretação das normas internacionais de proteção, semnecessariamente se afastar das regras gerais de interpretação dos tratados consagradas nos artigos 31-33 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986).

requerer uma nova mentalidade. Passou, ademais, por etapas, algumas das quais já não mais suficientemente estudadas em nossos dias, inclusive no tocante à consagração do direito de petição individual. Já nos primórdios do exercício deste direito se enfatizou que, ainda que motivado pela busca da reparação individual, o direito de petição contribui também para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados Partes[229]. Em vários casos o exercício do direito de petição tem ido mais além, ocasionando mudanças no ordenamento jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado[230]. A significação do direito de petição individual só pode ser apropriadamente avaliada em perspectiva histórica.

Esta transformação, própria de nosso tempo, corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados, para evitar novas violações dos direitos humanos, respondam pela maneira como tratam todos os seres humanos que se encontram sob sua jurisdição. Esta prestação de contas simplesmente não teria sido possível sem a consagração do

---

[229]. Por exemplo, sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *in Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.

[230]. Há que ter sempre presente que, distintamente das questões regidas pelo Direito Internacional Público, em sua maioria levantadas horizontalmente sobretudo em nível *inter-estatal*, as questões atinentes aos direitos humanos situam-se verticalmente em nível *intra-estatal*, na contraposição entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Por conseguinte, pretender que os órgãos de proteção internacional não possam verificar a compatibilidade das normas e práticas de direito interno, e suas omissões, com as normas internacionais de proteção, seria um contrasenso. Também aqui a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se evidente. O fato de que este último vai mais além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, de modo a abarcar o tratamento dispensado pelos Estados aos seres humanos sob suas jurisdições, não significa que uma interpretação conservadora deva se aplicar; muito ao contrário, o que se aplica é uma interpretação em conformidade com o caráter inovador - em relação aos dogmas do passado, tais como o da "competência nacional exclusiva" ou domínio reservado dos Estados, como emanação da soberania estatal, - das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos

direito de petição individual, em meio ao reconhecimento do caráter objetivo das obrigações de proteção e à aceitação da garantia coletiva de cumprimento das mesmas: é este o sentido real do *resgate histórico* do indivíduo como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*).

A apreciação do direito de petição individual como método de implementação internacional dos direitos humanos tem necessariamente que levar em conta o aspecto central da *legitimatio ad causam* dos peticionários e das condições do uso e da admissibilidade das petições (consignadas nos distintos instrumentos de direitos humanos que as prevêem). Tem sido particularmente sob a Convenção Européia de Direitos Humanos que uma vasta jurisprudência sobre o direito de petição individual tem se desenvolvido, reconhecendo a este último *autonomia*, distinto que é dos direitos substantivos enumerados no título I da Convenção Européia.

Qualquer obstáculo interposto pelo Estado Parte em questão a seu livre exercício acarretaria, assim, uma violação *adicional* da Convenção, paralelamente a outras violações que se comprovem dos direitos substantivos nesta consagrados. Reforçando este ponto, tanto a antiga Comissão como a Corte Européias de Direitos Humanos esposaram o entendimento no sentido de que o próprio conceito de vítima (à luz do artigo 25 [original] da Convenção) deve ser interpretado *autonomamente* sob a Convenção Européia. Este entendimento encontra-se hoje solidamente respaldado pela *jurisprudence constante* sob a Convenção. Assim, em várias decisões nos últimos anos, a Comissão Européia tem consistente e invariavelmente advertido que o conceito de "vítima" utilizado no artigo 25 [original] da Convenção deve ser interpretado *de forma autônoma* e *independentemente de conceitos de direito interno*, tais como os de interesse ou qualidade para interpor uma ação judicial ou participar em um processo legal[231].

Direitos Humanos, é o próprio Direito Internacional Público que se enriquece, na asserção de cânones e princípios próprios do presente domínio de proteção, baseados em premissas fundamentalmente distintas das que têm guiado seus postulados no plano das relações puramente inter-estatais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem assim afirmar a aptidão do Direito Internacional Público para assegurar, no presente contexto, o cumprimento das obrigações internacionais de proteção por parte dos Estados *vis-à-vis* todos os seres humanos sob suas jurisdições.

[231]. Cf. nesse sentido: Comissão Européia de Direitos Humanos (ComEDH), caso *Scientology Kirche Deutschland e.V. versus Alemanha* (appl. n. 34614/96), decisão de 07.04.1997, 89 *Decisions and Reports* (1997) p. 170; ComEDH, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma e R. Rose versus Alemanha* (appl. n. 35208/97) decisão de 27.05.1997, p. 4 (não-publicada); ComEDH,

A Corte Européia, por sua vez, no caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderou que as condições que regem as petições individuais sob o artigo 25 da Convenção "não coincidem necessariamente com os critérios nacionais relativos ao *locus standi*", que podem inclusive servir a propósitos distintos dos contemplados no mencionado artigo 25[232]. Resulta, pois, claríssima a autonomia do direito de petição individual no plano internacional *vis-à-vis* disposições do direito interno[233]. Os elementos singularizados nesta jurisprudência protetora aplicam-se igualmente sob procedimentos de outros tratados de direitos humanos que requerem a condição de "vítima" para o exercício do direito de petição individual[234].

---

caso *Federação Grega de Funcionários de Alfândega, N. Gialouris, G. Christopoulos e 3333 Outros Funcionários de Alfândega versus Grécia* (appl. n. 24581/94), decisão de 06.04.1995, 81-B *Decisions and Reports* (1995) p. 127; ComEDH, caso *N.N. Tauira e 18 Outros versus França* (appl. n. 28204/95), decisão de 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130 (petições contra os testes nucleares franceses no atol de Mururoa e no de Fangataufa, na Polinésia francesa); ComEDH, caso *K. Sygounis, I. Kotsis e Sindicato de Policiais versus Grécia* (appl. n. 18598/91), decisão de 18.05.1994, 78 *Decisions and Reports* (1994) p. 77; ComEDH, caso *Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. versus Espanha* (appl. n. 10733/84), decisão de 11.03.1985, 41 *Decisions and Reports* (1985) p. 222. - Segundo esta mesma jurisprudência, para atender à condição de "vítima" (sob o artigo 25 da Convenção) deve haver um "vínculo suficientemente direto" entre o indivíduo demandante e o dano alegado, resultante da suposta violação da Convenção.

[232]. Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Julgamento de 26.10.1988, Série A, vol. 142, p. 15, par. 31.

[233]. Sobre a continuada importância do direito de petição individual sob a Convenção Européia, mesmo após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 à mesma, cf. J. Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169-174; E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", *in Afmaelisrit for Vilhjálmsson*, Reykjavík, B. Orators, 2000, pp. 21-37; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", *in The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia e M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242. E cf. Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 27.09.2002, pp. 7-89.

[234]. A evolução da noção de "vítima" (incluindo a vítima potencial) no Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se examinada no curso que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia: A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 243-299, esp. pp. 262-283. Cf. também, a respeito, J.A. Frowein, "La notion de victime dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 586-599; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo",

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito de petição individual tem se constituído em um meio eficaz de enfrentar casos não só individuais como também de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos[235]. Sua importância tem sido fundamental e não poderia jamais ser minimizada. A consagração do direito de petição individual sob o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revestiu-se de significação especial. Não só foi sua importância, para o mecanismo da Convenção como um todo, devidamente enfatizada nos *travaux préparatoires* daquela disposição da Convenção[236], como também representou um avanço em relação ao que, até a adoção do Pacto de San José em 1969, se havia logrado a respeito, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A outra Convenção regional então em vigor, a Convenção Européia, só aceitara o direito de petição individual originalmente consubstanciado em uma cláusula facultativa (o artigo 25 da Convenção), condicionando a *legitimatio ad causam* à demonstração da condição de *vítima* pelo demandante individual, - o que, a seu turno, propiciou um notável desenvolvimento jurisprudencial da noção de "vítima" sob a Convenção Européia. A Convenção Americana, distintamente, tornou o direito de petição individual (artigo 44 da Convenção) mandatório, de aceitação automática pelos Estados ratificantes, abrindo-o a "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais

in ibid., pp. 602-620; H. Delvaux, "La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Le particulier victime d'une violation de la Convention", *in Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Francfort, avril 1980), Paris, Pédone, 1982, pp. 35-78.

235. Antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (i.e., na prática inicial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). - Lamentamos, pois, não poder compartilhar a insinuação constante em parte da bibliografia especializada européia contemporânea sobre a matéria, no sentido de que o direito de petição individual talvez não seja eficaz no tocante a violações sistemáticas e maciças de direitos humanos. A experiência acumulada no sistema interamericano de proteção aponta exatamente no sentido contrário, e graças ao direito de petição individual muitas vidas foram salvas e se logrou realizar a justiça em casos concretos em meio a situações generalizadas de violações de direitos humanos.

236. Cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43 e 47.

Estados membros da Organização" dos Estados Americanos (OEA), o que revela a importância capital atribuída ao mesmo[237].

Foi este, reconhecidamente, um dos grandes avanços logrados pela Convenção Americana, nos planos tanto conceitual e normativo, assim como operacional[238]. A matéria encontra-se analisada detalhadamente em meu Voto Concordante no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares, 1998)[239]. Há que ter sempre presente a autonomia do direito de petição individual *vis-à-vis* o direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, porquanto pode ocorrer que, em um determinado ordenamento jurídico interno, um indivíduo se veja impossibilitado, pelas circunstâncias de uma situação jurídica, a tomar providências judiciais por si próprio. Nem por isso estará ele privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos.

Mas a Convenção Americana vai mais além: a *legitimatio ad causam*, que estende a todo e qualquer peticionário, pode prescindir até mesmo de alguma manifestação por parte da própria vítima. O direito de petição individual, assim amplamente concebido, tem como efeito imediato ampliar o alcance da proteção, mormente em casos em que as vítimas (e.g., detidos incomunicados, desaparecidos, entre outras situações) se vêem impossibilitadas de agir por conta própria, e necessitam da iniciativa de um terceiro como peticionário em sua defesa.

---

[237]. A outra modalidade de petição, a inter-estatal, só foi consagrada em base facultativa (artigo 45 da Convenção Americana, a contrário do esquema da Convenção Européia - artigo 24 - neste particular), o que realça a relevância atribuída ao direito de petição individual. Este ponto não passou despercebido da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em seu segundo Parecer, sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 24.09.1982), invocou esta particularidade como ilustrativa da "grande importância" atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados Partes *vis-à-vis* os indivíduos, por estes exigíveis sem a intermediação de outro Estado (parágrafo 32).

[238]. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

[239]. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares), Sentença de 04.09.1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-46.

A desnacionalização da proteção e dos requisitos da ação internacional de salvaguarda dos direitos humanos, além de ampliar sensivelmente o círculo de pessoas protegidas, possibilitou aos indivíduos exercer direitos emanados diretamente do direito internacional (*direito das gentes*), implementados à luz da noção supracitada de garantia coletiva, e não mais simplesmente "concedidos" pelo Estado. Com o acesso dos indivíduos à justiça em nível internacional, por meio do exercício do direito de petição individual, deu-se enfim expressão concreta ao reconhecimento de que os direitos humanos a ser protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado. Por conseguinte, a ação em sua proteção não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado.

Cada um dos procedimentos que regulam o direito de petição individual sob tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, apesar de diferenças em sua natureza jurídica, tem contribuído, a seu modo, ao gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante no plano internacional[240]. Com efeito, de todos os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, o direito de petição individual é, efetivamente, o mais dinâmico, ao inclusive atribuir a iniciativa de ação ao próprio indivíduo (a parte ostensivamente mais fraca *vis-à-vis* o poder público), distintamente do exercício *ex officio* de outros métodos (como os de relatórios e investigações) por parte dos órgãos de supervisão internacional. É o que melhor reflete a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em comparação com outras soluções próprias do Direito Internacional Público[241].

---

[240]. Em reconhecimento expresso da relevância do direito de petição individual, a Declaração e Programa de Ação de Viena, principal documento adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993), conclamou sua adoção, como método adicional de proteção, por meio de Protocolos Facultativos à Convenção sobre a Eliminação de Todas asFormas de Discriminação contra a Mulher (já adotado) e ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (já concluído, mas ainda não adotado); cf. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, pars. 40 e 75, respectivamente. Aquele documento recomendou, ademais, aos Estados Partes nos tratados de direitos humanos, a aceitação de todos os procedimentos facultativos disponíveis de petições ou comunicações individuais (cf. *ibid*., parte II, par. 90).

[241]. Como se pode depreender da sentença de 1995 da Corte Européia de Direitos Humanos no importante caso *Loizidou versus Turquia*. Recorde-se que, no referido caso *Loizidou versus Turquia* (sentença sobre exceções preliminares de 23.03.1995), a Corte Européia de Direitos Humanos descartou a possibilidade de restrições - pelas declarações turcas - em relação às disposições-chave do artigo 25 (direito de petição individual), e do artigo 46 (aceitação

O complemento indispensável e inelutável do direito de petição individual internacional reside na intangibilidade da jurisdição dos tribunais internacionais de direitos humanos[242]. Nas duas históricas sentenças sobre competência de 24 de setembro de 1999, nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivcher Bronstein versus Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos advertiu corretamente que sua competência em matéria contenciosa não podia estar condicionada por atos distintos de suas próprias atuações. Acrescentou que, ao reconhecer sua competência contenciosa, um Estado aceita a prerrogativa da Corte de decidir sobre toda questão que afete sua competência, não podendo depois pretender retirar-se dela subitamente, o que minaria todo o mecanismo internacional de proteção. A pretendida "retirada" unilateral do Estado demandado com "efeito imediato" não tinha qualquer fundamento jurídico, nem na Convenção Americana, nem no direito dos tratados, nem no direito internacional geral. Não podia um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana estar à mercê de limitações não previstas por ela, impostas subitamente por um Estado Parte por razões de ordem interna. Tal pretensão, - como o determinou a Corte Interamericana, - era, pois, inadmissível.

Com sua importante decisão nos referidos casos, a Corte Interamericana salvaguardou a integridade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, como todos os tratados de direitos humanos,

---

de sua jurisdição em matéria contenciosa) da Convenção Européia. Sustentar outra posição, agregou, "não só debilitaria seriamente a função da Comissão e da Corte no desempenho de suas atribuições mas também diminuiria a eficácia da Convenção como um instrumento constitucional da ordem pública (*ordre public*) européia" (parágrafo 75). A Corte descartou o argumento do Estado demandado de que se poderia inferir a possibilidade de restrições às claúsulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção por analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A Corte Européia não só lembrou a prática em contrário (aceitando tais cláusulas sem restrições) dos Estados Partes na Convenção Européia, mas também ressaltou o contexto fundamentalmente distinto em que os dois tribunais operam, sendo a Corte Internacional de Justiça "a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention" (parágrafos 82 e 68). A Corte da Haia, - reiterou a Corte Européia, - dirime questões jurídicas no contencioso interestatal, distintamente das funções dos órgãos de supervisão de um "tratado normativo" (*law-making treaty*) como a Convenção Européia. Por conseguinte, a "aceitação incondicional" das cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção não comporta analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (parágrafos 84-85).

242. Para um estudo recente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96, esp. pp. 61-76.

baseia-se na *garantia coletiva* na operação do mecanismo internacional de proteção. Mais recentemente, a Corte Interamericana voltou a preservar a integridade do mecanismo de proteção da Convenção Americana em suas Sentenças sobre exceções preliminares, de 01 de setembro de 2001, nos casos *Hilaire, Benjamin e Constantine versus Trinidad e Tobago*; nestes últimos casos, a Corte rejeitou a pretensão do Estado demandado de interpor uma restrição, não prevista no artigo 62 da Convenção Americana (e que subordinaria esta à Constituição nacional), à aceitação de sua competência em matéria contenciosa. Com isto a Corte afirmou o primado da normativa internacional de proteção do ser humano.

Dada a importância da questão da capacidade processual dos indivíduos sob estas duas Convenções regionais, cabe ter em mente estes desenvolvimentos em perspectiva histórica, de fundamental importância ao estudo do próprio acesso do indivíduo à justiça no plano internacional. A própria evolução normativo-institucional dos sistemas interamericano e europeu de proteção (dotados de tribunais internacionais de direitos humanos) cuidou de acentuar a necessidade funcional - e ética - de dar expressão concreta à titularidade dos direitos inerentes ao ser humano e a sua capacidade jurídico-processual para vindicá-los. Esta evolução tem-se mostrado conforme à concepção segundo a qual todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo os direitos que lhe são inerentes, ou seja, o respeito de sua personalidade jurídica e a intangibilidade de sua capacidade jurídica no plano internacional.

VI. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSCIÊNCIA JURÍDICA UNIVERSAL

O despertar e a evolução da consciência humana têm acompanhado *pari passu* a elevação da condição humana. Os avanços nesta linha se devem aos esforços das gerações que se sucedem no tempo. É graças à consciência humana que se cultiva e se enriquece o universo dos verdadeiros valores, e que se fomenta a solidariedade humana[243]. Mais além do Estado e do mercado, há que buscar a proeminência dos valores superiores, capazes de bem orientar a ação e atender as aspirações humanas. O Estado existe para os seres humanos que o compõem, e não vice-versa.

[243]. Vários Autores, "Penser le XXIe. siècle", 52 *Le Monde Diplomatique* (juillet/août 2000) pp. 15 e 88-93.

E o mercado, por sua vez, ao contrário do apregoado pelo "pensamento único" do mundo "globalizado" de nossos dias, tem-se mostrado inteiramente incapaz de satisfazer os interesses comuns da humanidade. As relações próprias do mercado afiguram-se de ordem contratual e não comunitária, e os interesses comuns da humanidade seguramente não se reduzem a meros objetos de transações econômicas ou comerciais. O ser humano é um fim em si mesmo, e não se reduz a um mero "recurso de consumo" ou "agente de produção"[244]. Em suma, hoje, mais do que nunca, se necessitam a consciência e o cultivo dos verdadeiros valores.

Apesar de todos os avanços logrados no campo da salvaguarda internacional dos direitos humanos nas últimas décadas, por um lado persistem violações destes e surgem novos desafios ao labor de proteção[245]. Mas, por outro lado, as reações a tais violações dos direitos humanos e a mobilização para enfrentar os novos desafios são em nossos dias imediatos. Isto se deve, em meu entender, ao despertar e à evolução da consciência jurídica universal para a necessidade de assegurar a proteção eficaz do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias[246].

É de se esperar que a doutrina jurídica do século XXI dedique a este ponto consideravelmente mais atenção que a prestada pela doutrina jurídica ao longo de todo o século passado. Há, definitivamente, que dedicar maior atenção à questão básica dos fundamentos e validade do Direito Internacional. A atitude mais comum de grande parte dos jusinternacionalistas do século XX, ao abordar, e.g., o capítulo atinente às fontes do Direito Internacional, era ater-se a seus aspectos meramente formais, repetindo *ad nauseam* a enumeração das fontes formais consagrada no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, uma disposição inteiramente anacrônica, - como tantas

---

244. *Ibid*., pp. 31-32, 36-37 e 40.

245. Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

246. Tal como me permiti assinalar, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em meu Voto Concordante no Parecer n. 16 da Corte (de 1999), sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (parágrafos 3-4 e 14), e em meu Voto Separado no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentença sobre o mérito, 2000, parágrafos 16 e 28), assim como em meu Voto Concordante nas Medidas ProviÑórias de Proteção (de 2000) no caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (parágrafo 12).

outras, mero fruto de seu tiempo, - originalmente redigida no início dos anos vinte[247]!

Os desafios deste início do século XXI não mais admitem tanta reserva mental, e tampouco a atitude, tão generalizada e cômoda, de eximir-se de examinar a questão bem mais difícil da fonte *material* tanto do Direito Internacional em geral, como do Direito Internacional dos Direitos Humanos em particular. Esta questão não pode ser abordada adequadamente a partir de uma perspectiva positivista anacrônica, e fazendo abstração dos valores, e do próprio fim do Direito, no presente contexto, a proteção do ser humano. Muito ao contrário do que parecem supor certos jusinternacionalistas, o Direito Internacional não se reduz, em absoluto, a um instrumental a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender a suas necessidades (inclusive as de proteção), dentre as quais a realização da Justiça.

A contrário do afirmado, e.g., por Hans Kelsen, de que não era possível reconciliar a ordem legal com a ordem moral[248], pensamos que a experiência humana ao longo do século XX, marcado por tantos avanços no domínio científico-tecnológico acompanhados por atrocidades sem precedentes, demonstra que não é possível conceber a ordem legal fazendo abstração da ordem moral. A afirmação de Kelsen se deu no contexto de sua avaliação de um estudo clássico de J.L. Brierly, que, como ele, buscou examinar a base da validade das normas do Direito Internacional.

Brierly chegou a afirmar, em seu estudo, que a vinculação entre o direito e a moral é "muito mais fundamental" do que sua distinção, e que a base última de uma obrigação internacional reside na moral[249]; não obstante, mais adiante o próprio Brierly confessou não saber como conciliar a convicção individual de atuar de acordo com o direito com o caráter "imperativo" deste último[250]. E, em seu livro *The Law of Nations*, Brierly se limitou, de modo insatisfatório, a dizer, *tout court*, que a resposta a esta questão deve ser encontrada fora da ordem legal, devendo a filosofia do direito fornecê-la[251]. Deteve-se, pois, no meio do caminho...

---

247. Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 20-22.

248. H. Kelsen, "The Basis of Obligation in International Law", *in Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor C. Barcía Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

249. J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

250. Cf. *ibid.*, pp. 66-67, e cf. também pp. 68-80.

251. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

Em meu entender, há elementos para abordar a matéria, de modo mais satisfatório, tanto na jurisprudência internacional, como na prática dos Estados e organismos internacionais, como na doutrina jurídica mais lúcida. Destes elementos se depreende, - permito-me insistir, - *o despertar e a evolução de uma consciência jurídica universal*, para reconstruir, neste início do século XXI, o Direito Internacional, sob o alentador impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundamentado em um novo paradigma, já não mais estatocêntrico, mas situando o ser humano em posição central e tendo presentes os problemas que afetam a humanidade como um todo (*supra*).

Quanto à *jurisprudência internacional*, o exemplo mais imediato e contundente reside na jurisprudência dos dois tribunais internacionais de direitos humanos hoje existentes, as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos[252]. Pode-se a esta agregar a jurisprudência emergente dos dois Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, para a ex-Iugoslávia e Ruanda[253]. E a própria jurisprudência da Corte Internacional de Justiça contém elementos desenvolvidos a partir, e.g., de considerações básicas de humanidade[254].

Quanto à *prática internacional*[255], a idéa de uma consciência jurídica universal tem marcado presença em muitos debates das Nações Unidas (sobretudo da VI Comissão da Assembléia Geral), nos trabalhos das

[252]. O primeiro Protocolo (de 1998) à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos dispõe sobre a criação, - quando entre em vigor o Protocolo de Burkina Faso, - de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (ainda não estabelecida).

[253]. J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2a. ed., Ardsley N.Y., Transnational Publs., 2000, pp. 1-643; W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 213-226, 279, 292-303 e 309-311; G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", 43 *Harvard International Law Journal* (2002) pp. 237-316.

[254]. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *in Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen e I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89; P.-M. Dupuy, "Les `considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice", *in Mélanges en l'honneur de N. Valticos - Droit et justice* (ed. R.-J. Dupuy), Paris, Pédone, 1999, pp. 117-130.

[255]. Entendida esta já não mais como a simples "prática dos Estados", inspirada por seus chamados "interesses vitais", como nas sistematizações do passado, mas sim como a prática dos Estados e organismos internacionais em busca da realização de fins comuns e superiores.

Conferências de codificação do Direito Internacional (o chamado "direito de Viena") e os respectivos *travaux préparatoires* da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas[256]. Mais recentemente, tem ocupado um espaço importante no ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas da década de los noventa[257].

Também na melhor *doutrina do direito internacional* encontram-se elementos para o desenvolvimento da matéria, ainda que, surpreendentemente, não suficientemente articulados até o presente. A noção do que denomino de *consciência jurídica universal* passa a encontrar expressão doutrinária em tempos relativamente recentes, ao longo do século XX, com a emergência do conceito de *communis opinio juris*, em face do velho dogma positivista do consentimento (*voluntas*) individual para a formação do direito consuetudinário[258]. Nas três primeiras décadas do século XX, a expressão "consciência jurídica internacional" foi efetivamente utilizada, em sentido ligeiramente distinto, recordando a noção clássica da *civitas maxima gentium*, a fim de fomentar o espírito de solidariedade internacional[259].

Em um estudo clássico de 1946, Max Sorensen não se eximiu de distinguir as fontes formais do Direito Internacional, - ou seja, os métodos ou procedimentos pelos quais são criadas as regras do Direito Internacional, - de sua fonte material, a qual compreende, em suas palavras, "les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales que découlent, à un moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale"[260]. Anos depois,

---

[256]. Este ponto forma objeto de um estudo que estamos desenvolvendo no presente, com conclusão programada para o ano de 2005.

[257]. Dentre os trechos já citados, ao longo da presente obra, de alguns dos documentos finais de tais Conferências, recorde-se, e.g., a iniciativa de inserir, na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, uma invocação ao "espírito de nossa época" (caracterizado pela aspiração comum a valores superiores) e às "realidades de nosso tempo", a requerer que os Estados membros das Nações Unidas e todos os povos do mundo se dediquem à tarefa verdadeiramente global de promover e proteger todos os direitos humanos de modo a assegurar-lhes gozo pleno e universal.

[258]. A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986, pp. 26-28 e 33.

[259]. Cf., v.g., G. Tassitch, "La conscience juridique internationale", 65 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1938) pp. 310-311, 314, 316-317 e 320.

[260]. Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, Munksgaard, 1946, pp. 13-14. - Em outro estudo clássico, de 1947, ao endossar a reação contra o positivismo jurídico,

em pleno processo de descolonização, Frantz Fanon publicou, em 1961[261], seu relato dos sacrifícios (e, sobretudo, a crueldade mental) da luta anticolonial, intitulado *Os Condenados da Terra*; ao final do mesmo, em uma profissão de fé, destacou a importância da conscientização dos novos países recém-emancipados, de cujo centro "se ergue e revive a consciência internacional"[262].

Na América Latina, referências à "consciência jurídica" e à "consciência moral" se encontram, por exemplo, na *Meditação sobre a Justiça* (1963) de Antonio Gómez Robledo, em meio a sua judiciosa crítica do positivismo jurídico[263]. E duas décadas antes, Alejandro Álvarez argumentava que os grandes princípios do direito internacional, e a própria "justiça internacional", emanam da "consciência pública" ou "consciência dos povos"[264]. São estes alguns exemplos a revelar que, dos dois lados do Atlântico, houve jusinternacionalistas que tiveram a intuição e a sensibilidade para a realidade da *consciência humana*, mais além da "realidade" crua dos fatos.

Sem que me veja necessidade de aqui evocar a alegoria platônica da caverna (na realidade, o primeiro mito existencial, a revelar a precariedade da condição humana, e, por conseguinte, a necessidade da transcendência, bem mais além do positivismo), e atendo-me ao domínio da ciência jurídica, caberia recordar os debates do *Institut de Droit International*, em sua Sessão de Nova York de 1929, sobre um projeto de declaração sobre os direitos humanos. Na ocasião, ao recordar "a vida espiritual dos povos", observou-se que "um novo espírito" da época, e a "consciência jurídica dos povos", requeriam um novo direito das gentes, com a afirmação dos direitos humanos[265].

Em determinado momento daqueles memoráveis debates de 1929 do *Institut*, - quase esquecidos em nossos dias, - ponderou-se, por exemplo, que

---

Alf Ross afirmou que existem fontes do direito [internacional] "other than those positively formulated. (...) A realistic doctrine of the sources of law is based on experience but recognises that not all souces are positive in the sense that they are formally established"'; Alf Ross, *A Textbook of International Law - General Part*, London, Longmans, 1947, p. 95.

261. O mesmo ano de sua morte prematura.

262. Frantz Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968 (tradução do original francês de 1961), pp. 206-207.

263. A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 e 185.

264. A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-21 e 24-25, e cf. p. 488.

265. Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de New York), vol. II, 1929, pp. 114, 134-135 e 137.

> "dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun del'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le *devoir de tout État* envers la communauté internationale. (...) Il s'agit de proclamer les droits que la conscience du monde civilisé reconnaît aux individus en tant qu'hommes.(...)"[266].

Ao final dos referidos debates, o *Institut* (22a. Comissão) efetivamente adotou uma resolução contendo a "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cujo primeiro *considerandum* afirmou com ênfase que "la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État"[267].

Estas palavras se anteciparam em duas décadas a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada pouco após os horrores da II guerra mundial. Durante o período de 1939-1945 - em plena agonia do que se acreditava ser a "civilização", diante do holocausto, - Jacques Maritain escreveu seu ensaio "*Os Direitos Humanos e a Lei Natural*", síntese de seu pensamento filosófico sobre os limites do poder estatal. O ponto de partida de J. Maritain residiu na própria existência da pessoa humana, que tem sua raiz no espírito; a partir daí, advertiu que o verdadeiro progresso significa a *ascensão da consciência*, da igualdade e comunhão de todos na natureza humana, realizando assim o bem comum e a justiça[268].

---

[266]. *Ibid*., pp. 112 e 117.

[267]. *Cit. in ibid*., p. 298.

[268]. J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 e 94-96, e cf. p. 69. Propugnou, em seguida, pela liberação das servidões materiais, para o desenvolvimento sobretudo da vida do espírito; em su visão, a humanidade só progride quando marcha no sentido da emancipação humana; *ibid*., pp. 50 e 105-108. Ao afirmar que "a pessoa humana transcende o Estado", porquanto tem "um destino superior ao tempo" (*ibid*., pp. 79-80, e cf. p. 104), J. Maritain agregou, categoricamente, que "o Estado não tem autoridade para obrigar-me a reformar o juízo de minha consciência, como tampouco tem o poder de impor aos espíritos seu critério sobre o bem e o mal (...). Por isso, cada vez que sai de seus limites naturais para penetrar, em nome das reivindicações totalitárias, no santuário da consciência, se esforça em violar esta por meios monstruosos de envenenamento psicológico, de mentira organizada e de terror. Cada pessoa humana tem o direito de decidir por si mesma o que diz respeito a seu destino pessoal" (*ibid*., pp. 81-82), arrematou. - Em Sentença de 14.03.2001 no caso de *Barrios Altos Versus Peru*, relativa a pretendidas leis de "auto-anistia", a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que as referidas "leis" eram manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, e *careciam de todo e qualquer efeito jurídico*. De minha parte, emiti um contundente Voto Concordante

A evolução conceitual aqui examinada gradualmente se movia, a partir dos anos sessenta, da dimensão *internacional* à *universal*, sob a grande influência do desenvolvimeto do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. O reconocimento de certos *valores* fundamentais, baseados em um sentido de justiça objetiva, em muito contribuiu à formação da *communis opinio juris*[269] nas últimas décadas do século XX. O mesmo se pode dizer dos interesses comuns da comunidade internacional e do reconocimento generalizado do imperativo de satisfazer as necessidades sociais básicas[270].

Assim, ao início dos anos setenta, T.O. Elias, por exemplo, não hesitou em referir-se ao "overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community"[271]. Ao final do anos setenta, R.-J. Dupuy criticou a resistência dos positivistas à idéia de uma comunidade internacional e seu apego dogmático a uma visão puramente estatocêntrica do Direito Internacional[272].

Nos anos oitenta, ao recordar a formulação doutrinária italiana do direito consuetudinário como o chamado "direito espontâneo" (de R. Ago, R. Quadri, G. Sperduti, entre outros), F. Münch criticou o puro formalismo do enfoque positivista das fontes do Direito Internacional, observando que as categorias assinaladas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não pertenciam "nem sequer a uma ordem lógica"[273]. G. Sperduti, por sua vez, ao final da década de oitenta não hesitou em afirmar, em outra crítica ao positivismo jurídico, que "la doctrine

---

no *cas d'espèce*, em que recordei precisamente os fins do Estado e as relações entre o ser humano e o poder público fundamentadas na observância dos direitos fundamentais. Em meu referido Voto agreguei que, de acordo com a doutrina e jurisprudência internacional mais lúcidas, aquelas "leis de auto-anistia", - promulgadas para acobertar violações graves dos direitos humanos e perpetuar a impunidade dos responsáveis pelos atos lesivos, - não eram sequer leis (não satisfaziam os pre-requisitos de verdadeiras leis), não passavam de aberrações pseudojurídicas que representavam "uma afronta inadmissível à consciência jurídica da humanidade" (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-26).

269. Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, e cf. pp. 246 e 253-255.

270. B. Stern, "La coutume au coeur du Droit international - quelques réflexions", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, p. 487.

271. T.O. Elias, "Modern Sources of International Law", *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph.G. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin e O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, p. 51.

272. R.-J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public", 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) p. 27, e cf. pp. 28-31.

273. F. Münch, *op. cit. infra* n. (277), p. 835.

positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international"[274].

Referências do gênero, certamente suscetíveis em nossos dias de um desenvolvimento conceitual mais amplo e aprofundado, não se limitam ao plano doutrinário; figuram igualmente em tratados internacionais. A Convenção contra o Genocídio de 1948, e.g., se refere, em seu preâmbulo, ao "espírito" das Nações Unidas. Transcorrido meio século, o preâmbulo do Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional se refere à "consciência da humanidade" (segundo *considerandum*). E o preâmbulo da Convenção Interamericana de 1994 sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, para citar outro exemplo, menciona a "consciência do hemisfério" (terceiro *considerandum* do preâmbulo).

Uma cláusula da maior transcendência merece destaque: a chamada *Cláusula Martens*, que conta con mais de um século de trajetória histórica. Originalmente apresentada pelo Delegado da Rússia, Friedrich Von Martens, à I Conferência de Paz da Haia (1899), foi inserida nos preâmbulos da II Convenção da Haia de 1899 (par. 9) e da IV Convenção da Haia de 1907 (par. 8), ambas relativas às leis e costumes da guerra terrestre. Seu propósito - conforme a sábia premonição do jurista e diplomata russo - era o de estender juridicamente a proteção às pessoas civis e aos combatentes em todas as situações, ainda que não contempladas pelas normas convencionais; com este propósito, a Cláusula Martens invocava "os princípios do direito das gentes" derivados dos "usos estabelecidos", assim como das "leis de humanidade" e das "exigências da consciência pública".

Subseqüentemente, a Cláusula Martens voltou a figurar na disposição, relativa à denúncia, comum às quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 (artigo 63/62/142/158), assim como no Protocolo Adicional I (de 1977) a tais Convenções (artigo 1(2)), para citar algumas das principais Convenções de Direito Internacional Humanitário. A cláusula Martens tem-se revestido, pois, ao longo de mais de um século, de validade continuada, porquanto, por mais avançada que seja a codificação da normativa humanitária, dificilmente poderá ser esta última considerada verdadeiramente completa.

[274]. G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", *in International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, e cf. p. 880.

A Cláusula Martens continua, assim, a servir de advertência contra a suposição de que o que não esteja expressamente proibido pelas Convenções de Direito Internacional Humanitário poderia estar permitido; muito ao contrário, a Cláusula Martens sustenta a aplicabilidade continuada dos princípios do direito das gentes, as leis de humanidade e as exigências da consciência pública, independentemente do surgimento de novas situações e do desenvolvimento da tecnologia[275]. A Cláusula Martens impede, pois, o *non liquet*, e exerce uma função importante na hermenêutica da normativa humanitária.

O fato de que os redatores das Convenções de 1899, 1907 e 1949, e do Protocolo I de 1977, tenham reiteradamente afirmado os elementos da Cláusula Martens, situa esta última no plano das próprias *fontes materiais* do Direito Internacional Humanitário[276]. Desse modo, exerce uma influência contínua na formação espontânea do conteúdo das novas regras do Direito Internacional Humanitário[277]. A doutrina jurídica contemporânea também tem caracterizado a cláusula Martens como fonte do próprio direito internacional geral[278]; e ninguém ousaria hoje negar que as "leis de humanidade" e as "exigências da consciência pública" invocadas pela Cláusula Martens pertencem ao domínio do *jus cogens*[279]. A referida cláusula, como um todo, tem sido concebida e reiteradamente afirmada, em última análise, em benefício de todo o gênero humano, mantendo assim sua grande atualidade. Pode-se considerá-la como expressão da *razão de humanidade* impondo limites à *razão de Estado* (*raison d'État*).

---

275. B. Zimmermann, "Protocol I - Article 1", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski e B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

276. H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; e cf. H. Strebel, "Martens' Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

277. F. Münch, "Le rôle du droit spontané", *in Pensamiento Jurídico y Sociedad International - Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (288), p. 420. Já se assinalou que, em *ultima ratio legis*, o Direito Internacional Humanitário protege a própria humanidade, ante os perigos dos conflitos armados; Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

278. F. Münch, *op. cit. supra* n. (277), p. 836.

279. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet*, *op. cit. supra* n. (276), pp. 438 e 440.

VII. Reflexões Finais

Em nossos dias, já não cabe dúvida de que só se pode conceber a promoção e proteção internacionais dos direitos humanos a partir de uma *concepção integral* dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). A par desta visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta operacional ao reconhecimento obtido há quase uma década, na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento; é este um grande desafio a defrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI.

Graças aos esforços e atuação dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos nas últimas décadas tem-se efetivamente logrado salvar inúmeras vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos Estados. Mas nem por isso têm cessado as ameaças aos direitos humanos; cabe, assim, continuar a lutar para que se assegure a proteção do ser humano em *todas e quaisquer circunstâncias*. Neste propósito, vêm-se impulsionando em nossos dias as *convergências* entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados[280]. Assim, ante as novas ameaças aos direitos humanos em distintas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis* levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. Com efeito, a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas.

[280]. Tais convergências (nos planos normativo, hermenêutico e operacional), motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, tendem a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Em todo caso, a visão compartimentalizada de outrora das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada.

Há que manter em mente o amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos, mas os *Estados* (todos os seus poderes, órgãos e agentes); a responsabilidade internacional destes últimos sobrevive assim aos governos, e se transfere a governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade *do Estado*. Assim, ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações convencionais; ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas cabíveis para harmonizar o direito interno com a normativa de proteção dos tratados de direitos humanos, dando-lhes eficácia; e ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. O descumprimento das obrigações convencionais engaja protamente a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto destas últimas - estamos convencidos - depende em grande parte a evolução da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como venho sustentando há muitos anos[281], no presente domínio de proteção se verifica uma *interação* dinâmica e constante entre o direito internacional e o direito interno, em benefício das pessoas protegidas[282].

---

[281]. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos", 46 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1993) n. 182, pp. 27-54; A.A. Cançado Trindade, "Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo-Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99-124; A.A. Cançado Trindade, "Prefácio: Direito Internacional e Direito Interno - Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos", *in Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996, pp. 13-46.

[282]. Como assinalei em meu Voto Concordante no caso da "*Última Tentação de Cristo*" (*Olmedo Bustos e Outros versus Chile*, Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 05.02.2001): - "Não vejo como deixar de sustentar e impulsionar, novamente, no amanhecer de um novo século, uma reconstrução e renovação do direito das gentes, a partir, a meu modo de ver, de um enfoque necessariamente antropocêntrico, e com ênfase na identidade do objetivo último tanto do direito internacional como do direito público interno quanto

Há que ter presente que os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos (seja ela de origem internacional ou interna). Mas a ênfase na premência das medidas nacionais de implementação para o futuro da proteção internacional não pode deixar de reconhecer que os padrões internacionais de proteção do ser humano não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.

A referida *interação* entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno, no presente domínio de proteção, desvenda duas facetas, a saber, a "internacionalização" do direito público interno (ou, mais especificamente, do Direito Constitucional), e a "constitucionalização" do Direito Internacional. O primeiro aspecto tem sido objeto de atenção da doutrina há várias décadas, bastando recordar, *inter alia*, os cursos, a respeito, ministrados na Academia de Direito Internacional da Haia em 1933[283], em 1952[284], e em 1985[285]. Este aspecto é complementado pela interação, em nível internacional, nos planos hermenêutico e operacional, dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos *inter se*, como buscamos ressaltar em nosso próprio curso ministrado na mesma Academia de Direito Internacional da Haia em 1987[286].

A segunda faceta, a da "constitucionalização" do Direito Internacional, igualmente importante, tem sido bem menos examinada na doutrina jurídica até o presente, e requer hoje maior sistematização. Se, neste início do século XXI, representa ainda um ideal a inspirar-nos, dele nos aproximaremos na medida em que identificarmos as questões que dizem respeito à humanidade como um todo, entendida esta como sujeito

à salvaguarda dos direitos do ser humano. Assim sendo, a normativa internacional de proteção, incorporada ao direito interno, não poderá deixar de ser *diretamente* aplicada pelos tribunais nacionais em todos os países da América Latina e do Caribe, que têm dado o bom exemplo de professar seu compromiso com os direitos humanos mediante a ratificação da Convenção Americana, ou adesão à mesma" (Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 39).

283. B. Mirkine-Guetzévitch, "Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix", 45 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1933) pp. 667-774.

284. P. de Visscher, "Les tendances internationales des constitutions modernes", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1952) pp. 511-578.

285. A. Cassese, "Modern Constitutions and International Law", 192 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1985) pp. 331-476.

286. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 9-435.

do Direito Internacional[287]. Há que ter sempre presente ambas facetas, essencialmente complementares, ou seja, a da "constitucionalização" do Direito Internacional, a acompanhar *pari passu* a da "internacionalização" do direito público internol.

Em sucessivas ocasiões, nos últimos anos, tenho expressado meu entendimento no sentido de que as jurisdições internacional e nacional são co-partícipes no labor de assegurar a plena vigência dos direitos humanos, e de que, *a fortiori*, em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se enriquecerá na medida em que incorporar os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos. A clara compreensão desta identidade fundamental de propósito (do Direito Internacional e do direito público interno, quanto à proteção do ser humano), e de suas conseqüências jurídicas, requer, não obstante, uma mudança fundamental de mentalidade[288], para que possa gerar resultados concretos mais amplos em benefício dos seres humanos protegidos.

Uma conquista notável e transcendental do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em perspectiva histórica, tem sido, inquestionavelmente, o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção, a consolidação de sua personalidade jurídica e o

---

[287]. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", *in La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (de A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78.

[288]. Tal como me permiti advertir, por exemplo, em longo memorial que apresentei no painel inaugural da *III Conferência Nacional de Direitos Humanos*, realizada no Congresso Nacional em Brasília, aos 13 de maio de 1998. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", *in Relatório da III Conferência Nacional dos Direitos Humanos (1998)*, Brasília, Câmara dos Deputados/Comissão de Direitos Humanos, 1998, pp. 40-76 e 102-110. -À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade (*animus*) de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno dos Estados. Sobre a necessidade de reduzir o *décalage* entre os avanços consideráveis no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a "perspectiva mais estreita" do direito público interno, cf.: Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e Outros versus Trinidad e Tobago* (Sentença quanto ao mérito, de 21.06.2002), Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 34.

reconhecimento de sua capacidade jurídico-processual internacional em casos de violações dos direitos humanos (cf. *supra*). Aqui consideramos o acesso à justiça *lato sensu*, abarcando inclusive a *realização* da justiça, em nível internacional. As cinco décadas e meia de experiência até hoje acumulada no presente domínio de proteção têm efetivamente testemunhado claros avanços, sobretudo na *jurisdicionalização*[289] da proteção internacional dos direitos humanos[290]. Não obstante, tais avanços não têm ocorrido de forma linear, como indica a trajetória das posições de muitos países nesta área, e por vezes têm sido entravados por momentos de retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos; trata-se, em última análise, de um domínio de proteção que não comporta retrocessos.

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito *das gentes*), é hoje uma realidade. Ademais, a subjetividade (ativa) internacional dos indivíduos atende a uma verdadeira *necessidade*, a de sua *legitimatio ad causam*, para fazer valer seus direitos, emanados diretamente do Direito Internacional. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos sistemas europeu e interamericano de proteção - dotados de tribunais internacionais em operação - se reconhece, na atualidade, a par da personalidade jurídica, também a capacidade processual internacional (*locus standi in judicio*) dos indivíduos.

É este um desenvolvimento sensato e lógico, porquanto não se afigura razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los; os indivíduos são efetivamente a verdadeira parte demandante no contencioso internacional dos direitos humanos. Sobre o direito de petição individual se ergue o

---

289. Para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção, dotados que são de tribunais permanentes de direitos humanos, - as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. - Ademais, o ideal da realização da justiça em nível internacional vem ganhando corpo na atualidade, com o estabelecimento de novos e sucessivos tribunais internacionais; cf., e.g., Vários Autores, *Il Ruolo del Giudice Internazionale nell'Evoluzione del Diritto Internazionale e Comunitario* (Atti del Convegno di Studi in Memoria di G. Morelli organizzatto dall'Universitá di Reggio Calabria, 1993 - ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 1995, pp. 29-274; Ph. Sands, R. Mackenzie e Y. Shany (eds.), *Manual on International Courts and Tribunals*, London, Butterworths, 1999, pp. 4-325.

290. Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

mecanismo jurídico da emancipação do ser humano *vis-à-vis* o próprio Estado para a proteção de seus direitos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos[291], - emancipação esta que constitui, em nossos dias, uma verdadeira revolução jurídica, a qual vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do Direito Internacional.

O histórico Parecer n. 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), por exemplo, que reconheceu a cristalização de um verdadeiro direito individual subjetivo à informação sobre assistência consular[292], de que é titular todo ser humano privado de sua liberdade em outro país[293], rompeu com a ótica tradicional puramente interestatal da matéria[294], amparando numerosos trabalhadores

[291]. Se desse modo não se tivesse originalmente concebido e consistentemente entendido o referido direito de petição, muito pouco teria avançado a proteção internacional dos direitos humanos neste meio-século de evolução. Com a consolidação do direito de petição individual perante tribunais internacionais - as Cortes Interamericana e Européia - de direitos humanos, é a proteção internacional que alcança sua maturidade.

[292]. Consagrado no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e vinculado às garantias do devido processo legal sob o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. - Em virtude desse direito, toda pessoa deve ser *imediatamente* informada pelo Estado receptor de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem, antes de prestar qualquer declaração ante a autoridade policial local. Agregou a Corte que, em caso de imposição e execução da pena de morte sem a observância prévia do direito à informação sobre a assistência consular, tal inobservância afeta as garantias do devido processo legal, e *a fortiori* viola o próprio direito a não ser privado da vida *arbitrariamente*, nos termos do artigo 4 da Convenção Americana e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Este Parecer, pioneiro na jurisprudência internacional, tem tido notável impacto nos países da região, que têm buscado compatibilizar sua prática com o mesmo, buscando por um fim aos abusos policiais e às discriminações contra pessoas em situação de risco e vulnerabilidade, privadas de sua liberdade no exterior.

[293]. Em virtude desse direito, toda pessoa deve ser *imediatamente* informada pelo Estado receptor de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem, antes de prestar qualquer declaração ante a autoridade policial local. Agregou a Corte que, em caso de imposição e execução da pena de morte sem a observância prévia do direito à informação sobre a assistência consular, tal inobservância afeta as garantias do devido processo legal, e *a fortiori* viola o próprio direito a não ser privado da vida *arbitrariamente*, nos termos do artigo 4 da Convenção Americana e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.

[294]. Este Parecer, pioneiro na jurisprudência internacional, tem tido notável impacto nos países da região, que têm buscado compatibilizar sua prática com o mesmo, buscando por um fim aos abusos policiais e às discriminações contra trabalhadores migrantes e indivíduos carentes, freqüentemente vitimados por todo tipo de discriminação (inclusive *de jure*) e injustiça no exterior. A Corte Interamericana deu assim uma considerável contribuição à própria evolução do Direito neste particular.

migrantes e indivíduos vitimados pela pobreza, privados de liberdade no exterior. Nessa mesma linha avançada de pensamento situa-se o mais recente Parecer n. 18 da Corte Interamericana sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), de transcendental importância, que, ademais, amplia o conteúdo material do *jus cogens* no tocante ao princípio básico da igualdade e não-discriminação.

Paralelamente, a plena participação dos indivíduos, sobretudo no procedimento contencioso, tem se mostrado imprescindível. Sua importância, como última esperança dos esquecidos do mundo, vem de ser ilustrada, e.g., pelo contencioso dos assassinatos dos *"Meninos de Rua"* (caso *Villagrán Morales e Outros*) perante a mesma Corte Interamericana de Direitos Humanos (1999-2001). Neste caso também histórico, as mães dos meninos assassinados (e a avó de um deles), tão pobres e abandonadas como os filhos (e neto), tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram a juízo[295], e, graças às sentenças da Corte Interamericana[296], que as ampararam, puderam ao menos recuperar a fé na Justiça humana.

O reconhecimento do acesso *direto* dos indivíduos à justiça em nível internacional desvenda, neste início do século XXI, o alvorecer do processo histórico corrente de *humanização* do Direito Internacional. A consciência humana alcança assim, em nossos dias, um grau de evolução que torna possível, - como ilustrado pelo recente caso dos *"Meninos de Rua"* decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outros, fazer justiça no plano internacional mediante a salvaguarda dos direitos dos marginalizados ou excluídos. A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível, e o ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

A parte da doutrina que insiste em negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional se estriba em uma rígida definição destes últimos, deles exigindo não só que possuam direitos e obrigações emanados do Direito Internacional, mas também que participem no processo de criação de suas normas e de cumprimento das mesmas. Ora, esta rígida definição não se sustenta sequer no plano do direito interno, em que não se exige - jamais se exigiu - de todos os indivíduos participar

[295]. Audiências públicas de 28/29.01.1999 e 12.03.2001.
[296]. Quanto ao mérito, de 19.11.1999, e quanto às reparações, de 26.05.2001.

na criação e aplicação das normas jurídicas para ser titulares de direitos, e ser vinculados pelos deveres, emanados de tais normas.

Ademais de insustentável, aquela concepção se mostra imbuída de um dogmatismo ideológico nefasto, que teve como conseqüência principal alienar o indivíduo do ordenamento jurídico internacional. É surpreendente - se não espantoso, - ademais de lamentável, ver aquela concepção repetida mecanicamente e *ad nauseam* por uma parte da doutrina, aparentemente pretendendo fazer crer que a intermediação do Estado, entre os indivíduos e o ordenamento jurídico internacional, seria algo inevitável e permanente. Nada mais falso. No breve período histórico em que vingou aquela concepção estatista, à luz - ou, mais precisamente, em meio às trevas - do positivismo jurídico, cometeram-se sucessivas atrocidades contra o ser humano, em uma escala sem precedentes.

Há outro ponto que passa despercebido aos arautos da visão estatista do Direito Internacional: em sua miopia, própria dos dogmatismos, parecem não se dar conta de que os indivíduos já começaram a participar efetivamente no processo de elaboração de normas do Direito Internacional, que hoje se mostra muito mais complexo do que há algumas décadas. Este fenômeno decorre da democratização, que, em nossos dias, passa a alcançar também o plano internacional[297]. Ilustram-no, como já assinalado, a presença e atuação crescentes de entidades da sociedade civil (ONGs e outras), como verificado nos *travaux préparatoires* de tratados recentes assim como ao longo do ciclo das grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas durante a década de noventa.

Há casos em que tais entidades da sociedade civil têm se dedicado inclusive a monitorar a observância e o cumprimento da normativa internacional, rompendo assim o monopólio estatal de outrora neste domínio. O certo é que, neste como em tantos outros domínios da disciplina, já não é possível abordar o Direito Internacional a partir de uma ótica meramente interestatal. Os sujeitos do Direito Internacional já há muito deixaram de reduzir-se a entes territoriais; recorde-se que, há mais de meio-século, a partir do célebre Parecer da Corte Internacional de Justiça sobre as *Reparações de Danos* (1949), as organizações internacionais romperam o pretendido monopólio estatal da personalidade e capacidade

[297]. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano", *in Federico Mayor Amicorum Liber - Solidarité, Égalité, Liberté - Livre d'Hommage offert au Directeur Général de l'UNESCO à l'occasion de son 60e. Anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 371-390.

jurídicas internacionais, com todas as conseqüências jurídicas que daí advieram[298].

Resulta hoje claríssimo que nada há de intrínseco ao Direito Internacional que impeça ou impossibilite a atores não-estatais desfrutar da personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Ninguém em sã consciência ousaria hoje negar que os indivíduos efetivamente possuem direitos e obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional, com o qual se encontram, portanto, em contato direto. E é perfeitamente possível conceituar - inclusive com maior precisão - como sujeito do Direito Internacional qualquer pessoa ou entidade, titular de direitos e portadora de obrigações, que emanam diretamente de normas do Direito Internacional. É o caso dos indivíduos, que têm, assim, estreitados e fortalecidos seus contatos diretos - sem intermediários - com o ordenamento jurídico internacional[299].

O caso supracitado dos *"Meninos de Rua"*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf. *supra*), em que os marginalizados e esquecidos do mundo lograram recorrer a um tribunal internacional para fazer valer os seus direitos como seres humanos, é verdadeiramente paradigmático, e dá testemunho eloqüente de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é hoje uma realidade, e alcançou sua maturidade. No plano substantivo, a Sentença da Corte (mérito, 1999) corretamente entendeu que a proteção do direito à vida implicava não só a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, mas também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico, e que todos possam viver com dignidade[300]. No âmbito de aplicação deste novo *corpus juris* de proteção assume posição central a vítima, como não poderia deixar de ser.

O labor e a contribuição dos tribunais internacionais - Cortes Interamericana e Européia - de direitos humanos à realização do antigo

---

[298]. Cf., para um estudo geral a respeito, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3a. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003, pp. 9-908.

[299]. A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", *in Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional - Cidadania, Democracia e Direitos Humanos* (ed. D. Annoni), Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, pp. 1-31.

[300]. Consoante esta concepção avançada pela Corte Interamericana, o dever do Estado de tomar medidas positivas *se acentua* precisamente com relação à proteção da vida de pessoas vulneráveis, indefesas e abandonadas, em situação de risco (como os meninos na rua); a privação arbitrária da vida não se limita, pois, ao ilícito do homicídio, mas igualmente se estende à privação do direito de viver com dignidade.

ideal da realização da justiça no plano internacional, em meu entender, não podem ser equiparados indistintamente aos de outros tribunais internacionais. Os referidos tribunais internacionais de direitos humanos não podem ser adequadamente estudados desde um prisma estritamente "institucionalista", ou sob critérios clássicos como os de delimitação de competências ou do âmbito geográfico (regional) de sua operação. Esta última tem-se efetuado na concepção da universalidade dos direitos humanos. E as Cortes Interamericana e Européia, distintamente de outros tribunais internacionais, têm logrado transcender as amarras do voluntarismo interestatal (das quais permanece em grande parte refém, e.g., a Corte Internacional de Justiça)[301].

Tal como assinalei em meu discurso de abertura do ano judiciário da Corte Européia de Direitos Humanos de 2004, - como convidado desta última para a referida cerimônia em Estrasburgo, - os dois tribunais internacionais de direitos humanos têm realizado notáveis avanços na realização da justiça internacional, da *perspectiva correta*, a saber, *a dos justiciáveis*[302]. Ambos contribuíram decisivamente à emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado, ao estabelecimento de um novo paradigma no presente domínio de proteção internacional, e à *humanização do Direito Internacional*[303].

O impacto de algumas das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos no direito interno dos Estados em questão tem sido

[301]. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario (Nov. 1999)*, vol. I, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 3-68.

[302]. A.A. Cançado Trindade, "Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", 16 *Revue universelle des droits de l'homme* (2004) n. 5-8, pp. 177-180; A.A. Cançado Trindade, "The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", 25 *Human Rights Law Journal* (2004) n. 5-8, pp. 157-160. E, para um estudo mais amplo, cf. A.A. Cançado Trindade, "Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", *in Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (eds. G. Cohen-Jonathan e J.-F. Flauss), Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2005, pp. 101-138.

[303]. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

notável. Para citar um exemplo, no histórico caso de *Barrios Altos*, referente ao Peru, pela primeira vez na história, um tribunal internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante sua Sentença de 14.03.2001, fulminou uma lei nacional de auto-anistia, - o que prontamente repercutiu em círculos jurídicos de distintos continentes. Recentemente, juízes nacionais argentinos e chilenos têm invocado a Sentença de *Barrios Altos*, em circunstâncias as mais distintas, para fundamentar suas decisões na luta contínua contra a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos. Recordo-me de que, nos momentos drámaticos em que redigíamos e adotávamos a histórica Sentença de *Barrios Altos*, não poderíamos imaginar que seus efeitos tivessem tão amplo alcance, inclusive em países outros que o Estado demandado.

Cada um dos grandes casos de direitos humanos que têm alcançado os tribunais internacionais atuantes neste domínio de proteção constitui um microcosmo dos graves problemas que flagelam amplos e distintos meios sociais. Do mesmo modo, as Sentenças internacionais respectivas terminam por ter um efeito multiplicador, abarcando um círculo de beneficiários bem mais amplo que as vítimas (diretas e indiretas) do *cas d'espèce*. Em uma dimensão ainda mais ampla, o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos em outros ramos do Direito (tanto público como privado) ocorre em boa hora, no sentido de humanizá-los, em um desenvolvimento em plena harmonia com os próprios fins do Direito, cujos destinatários finais de suas normas são, em última análise, os seres humanos. Com efeito, os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public* internacional.

Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só mediante a supervisão dos órgãos de proteção internacional, e a ação conjunta (exercício de *garantia coletiva*) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um desses Estados, ou seja, nas relações entre o poder público e os indivíduos. Trata-se, assim, de um *ordenamento jurídico de proteção*, dotado de mecanismos próprios de implementação[304], e inspirado por valores comuns superiores,

[304]. Cf. J.-P. Costa, "La Cour Européenne des Droits de l'Homme: vers un ordre juridique européen?", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 197-198 e 206.

consubstanciados no imperativo da proteção do ser humano.

Quando me refiro à "*ordre public* internacional" no presente domínio de proteção, não utilizo a expressão no sentido clássico em que foi invocada em outros ramos do direito (como no direito civil ou no direito administrativo); tampouco a utilizo no sentido da conhecida "exceção de *ordre public*" (de não-aplicação pelo juiz de determinadas normas de "direito estrangeiro"), própria do direito internacional privado (em que é tema recorrente). Entendo que, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de *ordre public* internacional se reveste de sentido inteiramente distinto, e de difícil definição, porquanto encerra valores que preexistem e são superiores às normas do direito positivo[305]. Estamos ante uma ordem pública humanizada, ou mesmo verdadeiramente humanista, em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a prevalência dos direitos humanos[306].

Isto implica o reconhecimento de que os direitos humanos constituem o fundamento básico, eles próprios, do ordenamento jurídico. E os valores, que lhe são sempre subjacentes, cuidam de dar-lhes expressão concreta. Estes valores são perfeitamente identificáveis, ao longo da parte operativa dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, mas explicitados sobretudo em seus preâmbulos. Estes últimos tendem a

[305]. J. Foyer, "Droits internationaux de l'homme et ordre public international", *Du droit interne au droit international - Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publ. Université de Rouen, 1998, pp. 333-348; G. Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable", 1 *Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 1 e 25. E sobre a evolução da chamada "ordem jurídica comunitária", cf. também L.S. Rossi, "`Constitutionnalisation' de l'Union Européenne et des droits fondamentaux", 1 *Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 29-33. No âmbito do Direito Internacional Público, a própria comunidade internacional necessita o conceito de ordem pública ("*international public order*"), de modo a preservar seus princípios jurídicos básicos; H. Mosler, "The International Society as a Legal Community", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 33-34; e cf. também, a respeito, G. Jaenicke, "International Public Order", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 314-318.

[306]. Nesse sentido, tem-se sugerido a emergência de um verdadeiro *jus commune* dos direitos humanos no plano internacional; cf. M. de Salvia, "L'élaboration d'un `*jus commune*' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", *in Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher e H. Petzold), 2a. ed., Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990, pp. 555-563; G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 168-169.

invocar os ideais que inspiraram os respectivos tratados e instrumentos (de importância para a identificação do "espírito" dos mesmos), ou para enunciar seus fundamentos ou princípios gerais[307].

Não há que passar despercebido, por exemplo, que já o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 invocava a "consciência da humanidade"[308]. No presente contexto de proteção, já não há espaço para a "autonomia da vontade", para as barganhas da reciprocidade, para as concessões mútuas, às quais cedem terreno diversos ramos do direito (sobretudo do direito privado); no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, movido por considerações de *ordre public* internacional, estamos diante de valores comuns e superiores, verdadeiramente fundamentais e irredutíveis[309].

Por sua vez, estes valores se consubstanciam, em última análise, no conceito central de "sociedade democrática" baseada no respeito aos direitos da pessoa humana[310]. Podemos aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico que efetivamente salvaguarde os direitos fundamentais da pessoa humana[311]. O novo *corpus juris* do Direito

---

307. N. Bobbio, "Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", 57 *Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-438. Agrega o autor que o apelo aos valores, formulado freqüentemente nos preâmbulos dos tratados de direitos humanos, "può assumere (...) l'aspetto di un'indicazione: a) dei fini o degli obiettivi; b) delle motivazioni; c) del fundamento della decisione" tomada no processo de elaboração do tratado em questão; *ibid.*, pp. 439-440.

308. Segundo parágrafo preambular. Observe-se, ademais, que, ao longo das últimas décadas, a noção de "considerações elementares de humanidade" tem por vezes marcado presença na jurisprudência da própria Corte Internacional de Justiça, mas têm sido os dois tribunais internacionais - Cortes Interamericana e Européia - de direitos humanos hoje existentes os que mais têm elaborado sobre a matéria, em relação particularmente ao núcleo mínimo e irredutível de direitos humanos inderrogáveis, que desfrutam de reconhecimento verdadeiramente universal. Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles...", *op. cit. supra* n. (254), pp. 53-71 e 73-89; P.-M. Dupuy, "Les `considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence...", *op. cit. supra* n. (254), pp. 117-130.

309. Cf., nesse sentido, F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", *in Quelle Europe pour les droits de l'homme?* (ed. P. Tavernier), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 41, 50 e 54-67. - Para um estudo clássico do ordenamento jurídico, que buscou transcender o puro normativismo, cf. Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 [reimpr.], pp. 3-163.

310. A. Kiss, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome?", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 496, 501 e 504-505.

311. Para um estudo de caso a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, E. Ferrero Costa e A. Gómez-Robledo, "Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional: El Control Internacional y Constitucional de los *Interna Corporis* - Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicarágua (Febrero de 1994)", 67 *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* - Caracas (2000-2001) n. 137, pp. 593-669.

Internacional dos Direitos Humanos, aplicável mediante o instrumental do direito, nem por isso deixa de ser dotado de autonomia própria *vis-à-vis* outros ramos do ordenamento jurídico; regula relações jurídicas distintas, com especificidade e um sistema de valores próprios, que contrapõem o ser humano ao poder público com vistas a protegê-lo em quaisquer circunstâncias e contra todas as manifestações do poder arbitrário.

Os dois tribunais internacionais - Cortes Européia e Interamericana - de direitos humanos existentes no presente têm efetivamente contribuído para a cristalização da noção de *ordre public* internacional no presente domínio de proteção. Recorde-se, para invocar um par de exemplos de sua jurisprudência recente, que a Corte Européia de Direitos Humanos, no caso *Loizidou versus Turquia* (exceções preliminares, 1995), qualificou expressamente a Convenção Européia de Direitos Humanos de "um instrumento constitucional da ordem pública [*ordre public*, *public order*] européia" (parágrafo 75). E a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, no caso *Castillo Páez versus Peru* (mérito, 1997), ponderou que o direito a um recurso efetivo perante os tribunais ou juízes nacionais competentes, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, constitui "um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito [*rule of law*, *État de Droit*] em uma sociedade democrática no sentido da Convenção" (parágrafo 82). Desde então a Corte Interamericana tem reiterado este importante *obiter dictum*, que hoje integra sua *jurisprudence constante*[312].

A humanidade tem passado por padecimentos indescritíveis até alcançar o grau de evolução da consciência humana que hoje adverte que *a razão de Estado tem limites*. O Estado foi originalmente concebido para a realização do bem comum, e existe para o ser humano, e não *vice-versa*. No combate às violações graves e sistemáticas dos direitos humanos universais afirmam-se, em nossos dias, e.g., o reconhecimento do princípio da jurisdição universal, assim como o exercício da garantia coletiva exercida pelos Estados Partes nos tratados de direitos humanos. Esta evolução deve ser apreciada em sua ampla dimensão.

Em reação às sucessivas atrocidades que, ao longo do século XX, vitimaram milhões e milhões de seres humanos, em uma escala até então desconhecida na história da humanidade, se insurgiu com vigor a *consciência*

[312]. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Thoughts on Recent Developments in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: Selected Aspects", *in Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law - The Challenge of Non-State Actors*, Washington D.C., American Society of International Law, 1998, pp. 192-201.

jurídica universal, - como *fonte material* última de todo o Direito, - restituindo ao ser humano a sua condição de sujeito do direito tanto interno como internacional, e destinatário final de todas as normas jurídicas, de origem tanto nacional como internacional. Daí a emergência das considerações superiores de *ordre public*, refletidas, no plano normativo, nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), e dos direitos fundamentais inderrogáveis, e no plano processual, na concepção das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo).

Mediante esta evolução se beneficiam os seres humanos e se enriquece e justifica o Direito Internacional, desvencilhando-se das amarras do estatismo e, de certo modo, reencontrando-se com o verdadeiro *direito das gentes*, que, em seus primórdios, inspirou sua formação e desenvolvimento históricos. Há que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* de proteção, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos[313]. Estes novos rumos do Direito Internacional têm em muito sido guiados pelo impacto, nas últimas décadas, do que hoje se concebe como o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A consolidação e expansão deste último revelam-nos o novo *ethos* de nossos tempos: o do primado emergente - e espero definitivo - da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado[314].

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS SELETIVAS

H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933;

E. Agius e S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998;

313. Cf., e.g., J.A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États", 257 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1996) pp. 132-146 e 204-207; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 43-163 e 189-218; 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.

314. Cf. A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005).

G.H. Aldrich, "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", *in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996;

G. Alfredsson e A. Eide (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Common Standard of Achievement*, The Hague,Nijhoff, 1999;

E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", *in Afmaelisrit for Vilhjálmsson*, Reykjavík, B. Orators, 2000;

J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", *International Journal of Refugee Law*, 2002, vol. 13;

A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944;

G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972;

Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939;

J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1983, vol. 179;

M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed. rev., The Hague, Kluwer, 1999;

J.-M. Becet e K. Vasak, "De quelques problèmes des droits de l'homme de la fin du 20e.siècle", *in Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à J. Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992;

R. Besné Mañero, *El Crimen Internacional - Nuevos Aspectos de la Responsabilidad Internacional de los Estados*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999;

M. Bettati e P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986;

N. Bobbio, "Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1974, vol. 57;

E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", *American Journal of International Law*, 1930, vol. 24;

M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950;

B. Boutros-Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995;

B. Boutros-Ghali, "As Nações Unidas e os Desafios do Desenvolvimento Social", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1995, vol. 95/97;

B. Boutros-Ghali, *Un Programa de Paz*, N.Y., Naciones Unidas, 1992;

G. Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non-gouvernementales (ONG) sur la négotiation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant/Y. Blais, 2001;

E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989;

A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, 2a. edição, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003; volume II, 1999; e volume III, 2003;

A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001;

A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002;

A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001;

A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983;

A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997;

A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3a. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2003;

A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991;

A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981;

A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993;

A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 2000;

A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006;

A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1987, vol. 202;

A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2005 (no prelo);

A.A. Cançado Trindade, "Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, vol. 16, n. 5-8;

A.A. Cançado Trindade, "The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 2004, vol. 25, n. 5-8;

A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996;

A.A. Cançado Trindade, "Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights", *in Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (eds. G. Cohen-Jonathan e J.-F. Flauss), Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2005;

A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001;

A.A. Cançado Trindade, "The Future of the International Protection of Human Rights", *in B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998;

A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001;

A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *in Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen e I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996;

A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux", *Revue internationale des sciences sociales* - UNESCO, 1998, n. 158;

A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996;

A.A. Cançado Trindade, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", *in Relatório da III Conferência Nacional dos Direitos Humanos (1998)*, Brasília, Câmara dos Deputados/Comissão de Direitos Humanos, 1998; e *in*: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1998, vol. 51;

A.A. Cançado Trindade, "Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo-Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997;

A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999; e *in*: *Columbia Human Rights Law Review* - New York, 1998, vol. 30;

A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2001, vol. 30/31;

A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 2001, vol. 40;

A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, 1998-1999, vol. 6/7;

A.A. Cançado Trindade, "Thoughts on Recent Developments in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: Selected Aspects", *in Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law - The Challenge of Non-State Actors*, Washington D.C., American Society of International Law, 1998;

A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", *in Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999;

A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, vol. 25;

A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", *Archiv des Völkerrechts*, 1977-1978, vol. 17;

A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", *Netherlands International Law Review*, 1977, vol. 24;

A.A. Cançado Trindade, "O Esgotamento dos Recursos Internos e a Evolução da Noção de `Vítima' no Direito Internacional dos Direitos Humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1986, vol. 3;

A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", *in Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 1a. ed., San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005;

A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1969;

A.A. Cançado Trindade, E. Ferrero Costa e A. Gómez-Robledo, "Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional: El Control Internacional y Constitucional de los *Interna Corporis* - Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicarágua (Febrero de 1994)", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* - Caracas, 2000-2001, vol. 67, n. 137;

A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago (eds.), *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001;

J.A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1996, vol. 257;

J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999;

J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid, 2000, vol. 22;

J.A. Carrillo Salcedo, "Cambios en la Sociedad Internacional y Transformaciones de las Naciones Unidas", *La ONU, 50 Años Después* (ed. P.A. Fernández Sánchez), Sevilla, Universidad de Sevilla, 1995;

A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991;

A. Cassese e M. Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales* Paris, PUF, 2002;

R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, 1967, vol. 8, n. 2;

R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", *in La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950;

G. Cohen-Jonathan, "Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000;

G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de'Homme", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998;

S. Corcuera Cabezut, *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oxford/México D.F., Oxford University Press, 2002;

J.-P. Costa, "La Cour Européenne des Droits de l'Homme: vers un ordre juridique européen?", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998;

Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 2002;

F. Crépeau, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995;

E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, ONU doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988;

E.-I.A. Daes (special *rapporteur*), *Freedom of the Individual under Law: an Analysis of Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, N.Y./Geneva, United Nations, 1990;

A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", *in The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia e M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998;

F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5a. ed., Paris, PUF, 2001;

H. Delvaux, "La notion de victime au sens de l'article 25 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Le particulier victime d'une violation de la Convention", *in Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Francfort, avril 1980), Paris, Pédone, 1982;

S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - 'A Guide to the Travaux Préparatoires'*, Dordrecht, Nijhoff, 1992;

P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965;

A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983;

C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo, 1964;

R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986;

R.-J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1979, vol. 165;

F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958;

S.N. Eisenstadt, "Human Rights in Comparative Civilizational Perspective", *in Human Rights in Perspective - A Global Assessment* (eds. A. Eide e B. Hagtvet), Oxford, Blackwell, 1992;

C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1953, vol. 84;

C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *in Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957;

O.L. Fappiano, *El Derecho de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1997;

D.P. Forsythe, "Human Rights after the Cold War", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1993, vol. 11;

J. Foyer, "Droits internationaux de l'homme et ordre public international", *Du droit interne au droit international - Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publ. Université de Rouen, 1998;

J.A. Frowein, "La notion de victime dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984;

P.R. Gandhi, "The Universal Declaration of Human Rights at Fifty Years: Its Origins, Significance and Impact", *German Yearbook of International Law*, 1998, vol. 41;

M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962;

S. Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964;

J. Glover, *Humanity - A Moral History of the Twentieth Century*, New Haven/London, Yale Nota Bene/Yale Univ. Press, 1999;

J.L. Gómez del Prado, *La Conferencia Mundial contra el Racismo - Durban, Sudáfrica 2001*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002;

A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963;

W.P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966;

M. Gounelle, "Quelques remarques sur la notion de `crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981;

F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1962, vol. 107;

J.C. Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1991;

J.P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984;

J.P. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *in The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, Thames and Hudson, 1967;

S. Hune e J. Niessen, "Ratifying the U.N. Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1994, vol. 12;

C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958;

Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948;

J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2a. ed., Ardsley N.Y., Transnational Publs., 2000;

Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contra l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002;
A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine ommun de l'humanité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1982, vol. 175;

A. Kiss, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome?", *in Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998;

A. Kiss e A.A. Cançado Trindade, "Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment", *in Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment* (Seminário de Brasília de 1992), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/BID, 1992;

M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946;

M.St. Korowicz, "The Problem of the International Personality of Individuals", *American Journal of International Law*, 1956, vol. 50;

M. Kuitenbrouwer, "Ethnic Conflicts and Human Rights: Multidisciplinary and Interdisciplinary Perspectives", *in Human Rights and Ëthnic Conflicts* (eds. P.R. Baehr, F. Baudet e H. Werdmölder), Utrecht, SIM, 1999;

H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950;

H. Lauterpacht, "The International Protection of Human Rights", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1947, vol. 70;

H. Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", *Transactions of the Grotius Society*, 1943, vol. 29;

L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1927, vol. 18;

Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945;

J.A. Lindgren Alves, "A Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento e Suas Implicações para as Relações Internacionais", *Política Externa* - São Paulo, 1994-1995, vol. 3;

Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2a. ed., Paris, Masson, 1991; A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931;

J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975;

J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.);

J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966;

E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1954;

F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984;

B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/Paris, CERIC, 1999;

Celso D.A. Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 13a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001;

G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1972;

Th. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 2000, vol. 94;

G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", *Harvard International Law Journal*, 2002, vol. 43;

H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", *Georgetown Law Journal*, 1964, vol. 52;

R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", *European Journal of International Law*, 1990, vol. 1;

F. Münch, "Le rôle du droit spontané", *in Pensamiento Jurídico y Sociedad International - Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986;

C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962;

C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1956, vol. 90;

K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995;

N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927;

M.H. Posner e C. Whittome, "The Status of Human Rights NGOs", *Columbia Human Rights Law Review*, 1994, vol. 25;

G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961;

M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997; B.G. Ramcharam (ed.), *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration*, The Hague, M. Nijhoff, 1979;

A. Randelzhofer, "The Legal Position of the Individual under Present International Law", *State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (eds. A. Randelzhofer e Ch. Tomuschat), The Hague, Nijhoff, 1999;

R. Ranjeva, "Les organisations non-gouvernementales et la mise-en-oeuvre du Droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1997, vol. 270;

V. Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5a. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999;

S.R. Ratner e J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997;

P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960;

P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950;

G. Robertson, *Crimes against Humanity - The Struggle for Global Justice*, London, Penguin Books, 1999;

H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", *Revue hellénique de droit international*, 1956, vol. 9;

S. Rosenne, "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967;

J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", *in Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoin Barrenne), Santiago, Universidad de Chile, 1991;

A. Salado Osuña, "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Derechos Humanos", *in La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000;

M. de Salvia, "L'élaboration d'un `*jus commune*' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", *in Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher e H. Petzold), 2a. ed., Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990;

M. Scalabrino, "Le Istanze Internazionali di Giustizia a Cinquant'anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo", *in La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo verso il Duemila* (Atti del Simposio di Lecce, novembre 1998), Lecce, Ed. Scient. Italiane, [2002];

G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953;

W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, University Press, 2000;

W.A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1997, vol. 7;

M. Seara Vázquez (ed.), *Las Naciones Unidas a los Cincuenta Años*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995;

S. Séfériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1935, vol. 51;

Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998;

D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 1999;

P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983;

P. Sieghart, *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, University Press, 1986;

G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950;

G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1956, vol. 90;

G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", *in International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989;

J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928;

H. Strebel, "Martens' Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982;

F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", *in Quelle Europe pour les droits de l'homme?* (ed. P. Tavernier), Bruxelles, Bruylant, 1996;

Ch. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990;

Ch. Swinarski (ed.), *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984;

N. Taub, "International Conference on Population and Development", *in Issue Papers on World Conferences*, n. 1, Washington D.C., ASIL, 1994;

D. Thiam, "Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle", *in International Law on the Eve of the Twenty-First Century - Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXe siècle - Réflexions de codificateurs*, N.Y., U.N., 1997;

P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint];

[Vários Autores,] *Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the Strasbourg Colloquy of 1989), Kehl, N.P. Engel, 1990;

[Vários Autores,] *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia - Después de Durban:*

Construcción de un Proceso Regional de Inclusión Social, San José de Costa Rica, IIDH/Fund. Ford, 2001;

[Vários Autores,] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999;

K. Vasak, "Le Droit international des droits de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1974, vol. 140;

K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964;

K. Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978;

C. Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Trotta, 2002;

M. Virally, "Droits de l'homme et théorie générale du Droit international", *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972;

J. Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, 2002, vol. 2;

E. Wiesel, "Contre l'indifférence", *in Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998;

D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002.

PARTE 2 - Debates

A ONU e o Direito Internacional Contemporâneo

Wagner Menezes*

1. Introdução

A Organização das Nações Unidas - ONU, completa 60 anos entre a expectativa de uma reforma em sua estrutura e o ceticismo da sociedade internacional quanto aos avanços alcançados nesse tempo, no equilíbrio das forças políticas globais e na consecução de sua principal finalidade, a manutenção da paz.

É certo, contudo, que embora a ONU não tenha solucionado a problemática de sucessivos conflitos internacionais e de abuso de poder ilegítimo de Estados e cumprido integralmente seus objetivos iniciais, é inegável a sua contribuição no esforço da construção de uma sociedade mais democrática e equilibrada pautada em valores dos direitos humanos e na construção de princípios orientadores da ação dos Estados no plano internacional.

Cabe lembrar que a sociedade internacional, ao longo da história pregressa à criação da ONU, foi pautada por disputadas políticas entre povos, reinos e Estados, pela ausência de um canal de diálogo internacional, pela valorização excessiva do Estado soberano e totalitário e marcada pela presença de diversos conflitos de caráter territorial e pela presença de líderes imperialistas. Ao final desse tempo, a iniciativa mais próxima de uma organização internacional com vocação universal que se conseguiu produzir foi a Sociedade das Nações que fracassou por não conseguir reunir institucionalmente as forças políticas globais, por estabelecer uma forma mascarada de institucionalização de predomínio e submissão de Estados que perderam a Primeira Guerra Mundial e, principalmente, por

* Doutor e Mestre em Direito, Advogado, Professor de Direito Internacional, Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional.

não conseguir estancar os conflitos regionais que levaram o mundo para a Segunda Guerra Mundial.

Neste aspecto, a fundação das Nações Unidas após a Segunda Guerra, despertou desconfiança da sociedade internacional, face ao fracasso da Sociedade das Nações, mas ao mesmo tempo, representou um alento para o desenho de uma nova forma de relação de poder em razão de se propor a ser um foro multilateral de negociações, bem como, por representar o deslocamento do centro de poder internacional, do desgastado modelo eurocentrista para um novo sistema, formado por um novo eixo de poder liderado pelos Estados Unidos e pela União Soviética, a partir da proposta do estabelecimento de um foro internacional representado por um sistema multilateral e participativo.

A criação da ONU marca a construção da sociedade internacional contemporânea, que foi desenhada a partir de transformações estruturais por que passou o mundo após a Segunda Guerra mundial, estabelecendo com isso uma ordem global baseada em pressupostos jurídicos que desencadearam um processo modelador de um novo sistema normativo internacional e um ambiente propício para trocas culturais, normativas, econômicas, ideológicas entre o plano global e o local e vice-versa.

Neste aspecto, é possível visualizar claramente que a construção das Nações Unidas, como uma organização intergovernamental de aspecto multilateral e universal, acabou por oferecer, à sociedade internacional, novos instrumentos orientadores da ação dos Estados neste ambiente e disciplinadores de mecanismos que, a partir daquele momento, tiveram profundo impacto e passaram a nortear a sistematização e o estudo do Direito Internacional.

No momento em que a ONU fecha um período importante da construção de sua história, é oportuno que se faça uma leitura da contribuição da ONU para a sedimentação de princípios e valores que passaram a constituir o arcabouço normativo da ação dos Estados e, em função disso, da construção do Direito Internacional Contemporâneo.

Por isso, o presente ensaio tem o escopo de avaliar e descrever a contribuição das Nações Unidas para a construção e sedimentação das relações internacionais e do Direito Internacional Contemporâneo e, ciente do desafio que distancia a proposta de uma cômoda perspectiva pessimista, encontrar na criação das Nações Unidas elementos fundamentais para a construção de uma sociedade internacional mais justa e equilibrada.

2. A Edificação da Sociedade Internacional Contemporânea

A sociedade internacional contemporânea se caracteriza pela ampla inter-relação dos vários atores internacionais que se traduz na intensificação das interações transnacionais, supranacionais ou cosmopolitas, através de práticas interestatais de caráter público ou privado, nas práticas capitalistas globais, ou interações sociais e culturais entre os povos e nas relações de poder entre o centro e a periferia, sendo bastante diferente daquela sociedade Westfaliana, onde foi gerado o Direito Internacional Clássico, que, a despeito de sua inadequação a fenômenos internacionais contemporâneos, orienta, dentro do possível, até nossos dias, a aplicação de normas e a regulamentação das relações internacionais normativas.

A sociedade Westfaliana, onde se desenhou o Direito Internacional Clássico, foi concebida por um pequeno agrupamento de Estados europeus, centrada em sua autonomia como um ente soberano, onde as relações eram frias e pouco móveis, com a ausência de instrumentos de interação normativa, onde o Estado era o único sujeito de Direito no plano internacional e senhor da vontade em produzir regras jurídicas. Hoje, novos e importantes atores povoam o cenário internacional e avocam para si a competência para estabelecer diretrizes e também a competência para ditar regras para os Estados. [1]

[1] Tullo VIGEVANI, faz uma interessante leitura sobre a presença de novos atores no panorama internacional, nos seguintes termos: "A aceitação formalmente voluntária de boa parte dos novos valores pelos Estados ocorre em função da busca da viabilização de sua inserção no sistema internacional. Em relação a diferentes temas, vem contribuindo a pressão dos assim chamados novos atores. A emergência de regimes internacionais como dos direitos humanos, ou a maior ênfase que se tem dado aos regimes econômico-financeiros de caráter liberal e competitivo, são o resultado da hegemonia contemporânea de valores aptos a se apresentarem como intrinsecamente universais e funcionais ao bem comum. Seu êxito decorre da capacidade de apresentarem-se como bens morais de conotação positiva e de corresponderem a anseios humanos historicamente construídos. São também o resultado de um maior ativismo internacional de instituições ou grupos que explicitamente fomentam regimes: organizações não-governamentais (ONGs), empresas multinacionais, órgãos internacionais, comunidades epistêmicas etc. Na maior parte dos casos, estas instituições ou grupos têm conotações inteiramente diferentes entre si, segundo seus objetivos estabelecidos de acordo com finalidades próprias. Inúmeras vezes, os regimes são resultado da combinação de interesses privados, mesmo partindo de premissas universalistas, transformados em públicos pela ação de um, alguns ou muitos Estados. Em determinadas circunstâncias, aquelas instituições ou grupos podem servir como instrumento de um ou mais Estados para aceitação ou para a institucionalização dos novos valores hegemônicos. Um problema clássico, mas

A sociedade internacional foi construída de acordo com a evolução da própria concepção de Estado sob o conceito da soberania absoluta estatal e foi se agigantando conforme a dinamização das relações interestatais e pela proliferação de atores com a independência das ex-colônias latino-americanas e africanas, com o esfacelamento de grandes impérios, bem como, pela atuação constante das organizações internacionais.

As relações eram esboçadas através do consentimento expresso do Estado como único indutor de produção de regras que basicamente atendiam interesses internos, não se tendo uma preocupação com os desdobramentos no ambiente interno dos Estados para com os indivíduos, empresas ou qualquer questão que tivesse uma preocupação local. Daí se conclui que as normas produzidas no plano internacional tinham como única preocupação a solenização de vontade dos Estados e para eles eram direcionadas.

Da concepção do Direito Internacional Clássico até nossos dias, ocorreram várias transformações: passou-se por uma reformulação da ordem internacional no mundo Pós-Segunda Guerra, de onde emergiram novos atores centrais; ampliaram os temas da agenda internacional; consubstanciaram-se novos mecanismos de aplicação das regras jurídicas; estabelecem-se novos paradigmas nas relações internacionais que passam a imprimir uma transmutação das regras entre os poros e fissuras na película de soberania dos Estados e, em razão disso tudo, ampliam-se as fontes de produção normativa no plano internacional.

A partir da Segunda Guerra Mundial, ocorre uma ruptura com o sistema mundial e eurocentrista anterior e há uma readequação do Estado na sociedade internacional, que vai buscar, em foros conjuntos de discussão, respostas para seus problemas, bem como, se estabelecem novos princípios basilares que passam a nortear, a partir dali, as relações internacionais. [2]

---

que ganha conotações novas, é o de como cada Estado e sua população elaboram a possibilidade de superposição desses valores de interesse universal com seus próprios. Em outros termos, como poderia se conjugar o particularismo nacional com a governabilidade global e com a governança.". (VIGEVANI, Tullo. *Obstáculos e possibilidades para a governabilidade global.* NEVES, Carlos Augusto dos Santos et al. *Governança Global reorganização da política em todos os níveis de ação*, p. 31.

[2] Conforme descreve José Carlos de MARGALHÃES: "De fato, no período anterior à segunda guerra Mundial _ marco divisor de eras distintas – os estados conviviam entre si, como únicos atores das relações internacionais, e, assim sujeitos a dissensões as mais variadas e de origem as mais diversas, marcadas,, com freqüência por relacionamentos bi

Neste contexto, a sociedade internacional contemporânea é assentada sobre outros parâmetros sociais, jurídicos, econômicos e principiológicos e, por isso, reclama o estabelecimento de novos paradigmas jurídicos. Ela foi edificada sobre instrumentos que podem ser considerados como vetores ideológicos e normativos para a regulação da sociedade e também manancial para a produção e desenho de regras.

A construção de um novo cenário internacional a partir do final da Segunda Grande Guerra pode ser creditada a três fatores que foram sistematizados pelos países aliados: a) a criação da organização das Nações Unidas e a gravitação em torno dela de vários organismos internacionais; b) a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como corolário ideológico da comunidade internacional; e a c) internacionalização da ordem econômica.

Cada um desses elementos, ao seu modo e segundo suas características, produziu repercussões no campo do direito e são os vetores do conjunto de relações jurídicas que se desenvolveram desde então.

No que tange especificamente à analise do tema proposto, a criação da ONU ofereceu à sociedade internacional, até então carente, uma perspectiva de democracia internacional com o estabelecimento de um foro multilateral de discussão dos problemas mundiais, que consagrava princípios orientadores da ação dos Estados que aderissem a ela.

Por outro lado, deve-se acrescentar que a ONU desenvolveu, em um ambiente onde existia a idéia de uma sociedade internacional essencialmente baseada na soberania entre os Estados e em um Direito Internacional substancialmente formado por normas costumeiras, a idéia da institucionalização das relações interestatais e a produção de regras que

ou multilaterais, em que as divergências eram localizadas. Com a criação da ONU e, em decorrência dela com surgimento de inúmeras organizações governamentais, bem como, ao lado delas, com o aparecimento das empresas multinacionais, como estratégia desenvolvida pelas empresas nacionais com investimentos no exterior e com rápido desenvolvimento dos meios de comunicações e do progresso da tecnologia industrial em geral, mudaram as características da ordem internacional. Daí que qualquer analise sobre as relações internacionais do pós-guerra deve levar em conta que os fatores do passado não podem ser mais norteadores dessas relações, diante dessas modificações, que levaram Wolfgang Friedmann, há trinta anos, a escrever sua monografia clássica Mudança da Estrutura do Direito Internacional e JESSUP, na linha de McDougal e Laswell, a publicar o seu Transnational Law, a demonstrar que tais relações tornaram-se complexas, com a interpenetração de influências, de culturas, de costumes, de povos, fazendo surgir o caráter transnacional das relações internacionais.

transformaram o Direito Internacional em um sistema de normas positivadas e mais claras.

3. A ONU como Alicerce da Sociedade Internacional e do Direito Internacional Contemporâneo

O marco de passagem para uma mudança no papel das organizações internacionais, no cenário internacional, ocorreu após o fim da Segunda Guerra, com a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas – ONU, que estabeleceu, com vocação universal, um foro de diálogo permanente para as nações.

A ONU derivou de sucessivas reuniões entre os principais líderes mundiais, com presença de países socialistas, capitaneados pela URSS, e países capitalistas, liderados pelos Estados Unidos. Enfim, compunham o grupo os países aliados, vencedores da Segunda Grande Guerra.

Havia, na verdade, naquele momento, clima político para o desenho de uma organização com características universais, além da consciência generalizada de que era preciso buscar formas alternativas de governança da paz mundial e das relações entre os Estados, que se assentasse principalmente em uma organização formada pelos países vencedores e aberta à adesão de toda comunidade internacional. [3]-[4]

A ONU avocou para si a responsabilidade de ser um foro conjunto de discussão dos problemas mundiais, com o propósito de: manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver relações amistosas entre as nações; conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário; e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e ser um centro destinado a harmonizar as ações dos Estados para a consecução desses objetivos comuns.

Neste sentido, ao proclamar já em seu artigo primeiro, parágrafo quarto, o propósito de ser um centro harmonizador da ação dos Estados

[3] Fazem parte da ONU hoje mais de 190 países, e apesar de ser muito criticada por sua atuação em determinados episódios, seguramente o mundo sem ela estaria muito pior. Deve-se ao trabalho da ONU a inexistência de vários conflitos de grandes proporções nos últimos cinqüenta anos, inclusive com o acirramento da guerra fria. Deve-se a ONU um trabalho incessante pelo mundo, no sentido de ajuda aos povos de países pobres e menos desenvolvidos.

[4] GUERRA, Sidney. Direito Internacional público _ Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 87.

para a consecução dos seus objetivos, e com a conjunção do trabalho do Conselho Econômico e Social e de suas comissões, em consonância com a Assembléia Geral, passa a existir uma nova idéia do papel das Organizações Internacionais na sociedade internacional, que é o de pensar, modelar e dar diretrizes para a atuação dos Estados-Membros.

Com isso, os Estados, que antes gestavam isoladamente seus destinos e seus problemas, passam a fazê-lo em foros conjuntos, no plano internacional, em um ambiente governado por órgãos intergovernamentais nas mais variadas Organizações Internacionais, que são constituídas para os mais diversos objetivos, o que acaba levando a um deslocamento da ação isolada dos Estados para um abrangente diálogo no plano internacional.

Além disso, não se pode deixar de observar que a Carta das Nações Unidas, por ser um documento ratificado, sem reservas, por toda a comunidade internacional, seguramente estabelece, a partir de sua edição, uma nova ordem jurídica de relação entre os Estados, preconizando em seu preâmbulo a renúncia à guerra, o respeito aos Tratados e outras fontes do Direito Internacional, estabelecendo assim, um verdadeiro Estado mundial de direito, ou uma ordem mundial assentada sobre o Direito Internacional.

Neste sentido, a Carta da ONU, em seu artigo segundo, acabou por pautar os princípios que orientariam a ação isolada e as relações entre os Estados no plano internacional, e a produção de normas jurídicas, prescrevendo como princípios de seus Estados-Membros: a) a igualdade entre os Estados; b) a boa-fé; c) solução pacífica de controvérsias; d) não intervenção; e) autodeterminação dos povos; f) observação dos Direitos Humanos; g) solidariedade; e h) cooperação. Esses princípios servem de base para o estudo do Direito Internacional Contemporâneo e têm na positivação da Carta das Nações Unidas sua principal fonte, pois embora reconhecidos de forma isolada com base na consciência coletiva dos Estados e no costume internacional, não estavam condensados em nenhum documento harmonizador do Direito Internacional de forma sistemática, como ocorreu na Carta das Nações unidas. [5-6]

A ONU representa, por isso, a base, o pilar, o sustentáculo das relações entre Estados a partir de então, pois conseguiu, em seis décadas,

[5] REUTER. PAUL. Direito Internacional Público, Trad. Maria Helena Capêto Guimarães _ Lisboa: Editorial Presença, 1981, p. 269-

[6] Especificamente em relação à Constituição brasileira, tais princípios estão claramente reproduzidos na artigo 4, que dispões sobre os princípios que serão observados pelo Estado brasileiro nas suas relações internacionais.

reunir expressiva maioria dos sujeitos internacionais; e normativamente vincular e desenhar as relações entre esses Estados dentre princípios que foram sedimentados ao longo da história da humanidade e consubstanciados no costume internacional entre os erros e acertos da humanidade. Além disso, em razão de avocar para si a possibilidade de ser um centro modelador da ação dos Estados, fez com que fossem produzidos, no âmbito de seus órgãos, inúmeros documentos (*soft law* ou *hard law*) que passaram inclusive a modelar a produção normativa interna dos Estados.

Essa descrição permitiu que a sociedade internacional passasse a contar com uma agenda internacional que girasse em torno dos temas discutidos no âmbito dos órgãos das Nações Unidas. As angústias e preocupações da ONU são aquelas da sociedade internacional e vice-versa, por haver uma interação entre um grande número de Estados que levam suas proposições para os órgãos e organismos vinculados à Organização.

4. A Mudança de Perspectiva da Atuação das Organizações Internacionais a partir da criação da ONU

A bem sucedida experiência de um diálogo internacional aberto em um foro internacional conjunto acabou por contribuir para modelar, inclusive, a partir daí, novas aglomerações entre Estados, com as finalidades mais variadas, possibilitando o surgimento de mais organizações internacionais com fins econômicos, de cooperação, científicos, militares etc. [7]-[8]

Com sua proliferação na sociedade internacional, as organizações internacionais foram adquirindo os mais diversos formatos, muitas vezes vocacionando sua atuação para uma atuação universal, outra vezes regional, com finalidades técnicas, políticas e militares, contudo, sempre seguindo

[7] Hoje existem reconhecidamente mais de 300 organizações internacionais entre Estados com as finalidades mais diversas.

[8] Após a Segunda Guerra havia naturalmente um ambiente que propiciava a mudança no caráter de atuação das organizações internacionais até então relegadas a meras coadjuvantes do cenário internacional. A exacerbação do Estado e da nação tinha levado todo o mundo a sofrer com guerras com dimensões catastróficas. Era necessário estabelecer-se uma nova forma de convivência entre Estados, mais igualitária, participativa, assentada sobre o Direito, cujo foco principal não era mais o Estado e sim o homem (Declaração Universal dos Direitos do Homem-1948), tendo como instrumento uma organização de caráter universal para a cooperação dos problemas comuns entre os Estados.

um formato determinado, constituído por elementos jurídicos que facilmente podem fazer identificar as organizações internacionais.[9]

Sem dúvida que as Organizações Internacionais representam um dos fatores de avanço do Direito Internacional e na dinamização das relações internacionais contemporâneas, a ponto de terem sido inseridas mais recentemente como sujeitos do Direito Internacional, condição só atribuída aos Estados pelo Direito Internacional Clássico, fato que, por si só, já mereceria registro como influência na mudança dos elementos do Direito Internacional.[10]

Mas não é só isso. As organizações internacionais passam a ser um foro de discussão dos Estados para manutenção da paz e instrumento como centro de fomento de desenvolvimento, harmonizando a ação das nações para a consecução dos objetivos desenvolvidos no seio da organização, sedimentadas em princípios que foram inclusivos de Estados periféricos ao processo de decisão e direção.

Com o estabelecimento de um foro de diálogo internacional e com o debate crescente e necessário dos Estados, houve também uma produção normativa de textos jurídicos e não jurídicos, onde a dinâmica diplomática condensava todos os objetivos que eram frutos daquelas discussões. Os Estados, que antes pensavam de forma isolada suas normas dentro do panorama estatal interno, passaram gradativamente a transferir para o plano internacional as competências para indicar padrões normativos mínimos a serem seguidos e adotados, envolvendo temas como o meio ambiente, as garantias aos direitos humanos e aos direitos sociais, para buscar uma sociedade internacional mais justa e equilibrada.[11]-[12]

---

[9] Neste aspecto José Francisco REZEK descreve: "Já no caso das organizações internacionais, as desigualdades campeiam em ambos os terrenos; são quantitativas, por conta da diversidade do alcance geográfico, do quadro de pessoal ou do orçamento; mas são sobretudo qualitativas, porquanto não visam, as organizações, a uma finalidade comum. Seus objetivos variam, com efeito, entre a suprema ambição de uma ONU manter a paz entre os povos, preservar-lhes a segurança e fomentar, por acréscimo, o seu desenvolvimento harmônico e o modestíssimo desígnio de uma UPU, consistente apenas em ordenar o trânsito postal extrafronteiras." REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar, p.239.

[10] Convenção de Viena de 1980, que reconhece nas organizações internacionais a possibilidade de ser sujeito de direito e obrigações no plano internacional, ates até então relegado ao estado soberano.

[11] Este processo foi aprofundado com o fim da guerra fria e o desencadeamento da globalização em suas mais variadas faces, exigindo então processos internacionais de governança a partir desses foros e organizações internacionais, partindo do ponto de vista de uma sociedade descentralizada e multipolar.

[12] Sobre o poder normativo das organizações Internacionais ver: BROWNLIE, Ian. Princípios do Direito Internacional Público, 4, ed, trad. de Maria Mauela Stockinger (et. Al.) _ Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 725.

As Organizações Internacionais passam a desempenhar um papel de legisladoras globais, propondo normas e regras que passam a ser adotadas pelos Estados e, transcendendo a eles, a outros sujeitos do Direito Internacional e até mesmo aos indivíduos.[13]

Como bem observa Antônio Augusto Cançado Trindade:

> A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação visando resultados específicos. Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como correu nos últimos anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais.[14]

E acrescenta ainda:

> A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos. O mais comum e freqüente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo à adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma *opinio juris*. Ademais, as Organizações Internacionais têm às vezes se encarregado da realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de tratados (e.g. a atuação da Comissão de Direito

[13] Neste sentido, Manuel Diez de Velasco VALLEJO, ao observar a competência normativa externa das Organizações, analisa que: "Existe em certas organizações internacionais um poder normativo que transcende o âmbito interno da Organização e afeta outros sujeitos internacionais, inclusive, em alguns casos aos próprios particulares. Estes atos adotam, as vezes, a forma de decisões obrigatórias e, outras vezes, de recomendações, carentes, em princípio, de efeitos juridicamente vinculantes." VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Las Organizaciones Internacionales,* p. 134.

[14] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo,* p. 27.

> Internacional da ONU), os textos adotados nas conferências gerais têm bastante peso, mesmo para os Estados que não os ratificaram, a exemplo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Além de facilitar consideravelmente a conclusão de tais instrumentos internacionais, não raro os organismos internacionais exercem uma função relevante também na implementação de certos tratados ou convenções (e.g., na área de proteção dos direitos humanos).[15]

A atuação das Organizações Internacionais como um foro democrático e conjunto de discussão dos problemas globais tem contribuído bastante para a utilização de resoluções e recomendações para a formatação de um mundo melhor através de normas jurídicas, e seu efeito mais sensível é possibilitar que os problemas da humanidade (meio ambiente, miséria, moléstias, conflitos etc.) sejam tratados de forma individualizada pelos mais diferentes povos das mais distintas regiões do mundo.[16] Por outro lado, sob o enfoque de um discurso mais cauteloso, tal mecanismo pode contribuir para que os Estados hegemônicos tenham nessas organizações e organismos internacionais um espaço para disseminar sua influência ideológica sobre os demais Estados, sobre a periferia.[17] De qualquer forma, historicamente não foi essa a idéia original do papel das Nações Unidas especificamente como organização, muito menos isso está consubstanciado em seus princípios instituidores. De qualquer forma, cabe aos Estados, como última palavra, manifestar seu consentimento em obrigar-se por um tratado ou analisar a oportunidade de incorporar um conceito pensado e desenhado em foros internacionais.

No que tange à produção de normas através de resoluções sem caráter de obrigatoriedade, mas com peso moral e ideológico indiscutível, isso tem causado um efeito interessante na produção normativa interna dos Estados. Muitos países têm adotado e reproduzido em seu ordenamento jurídico interno, normas já discutidas em foros internacionais, como se fossem suas através de seus processos legislativos constitucionais de produção normativa. Essas normas são aplicadas e direcionadas aos seus

---

[15] Idem, ibidem.

[16] DUPUY, René-Jean. O Direito Internacional, Trad. de Clotilde Cruz _ Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 125.

[17] GUIMARÃES. Samuel Pinheiro. Quinhentos Anos de Periferia: uma contribuição a0o estudo da política internacional,, 4 ed. _ Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. da UFRGS/ Contraponto, 2002.

cidadãos como normas nacionais – e realmente acabam sendo, por causa dos processos legislativos nacionais, – mas que foram criadas em foros internacionais, levando, em função de seu caráter, a um conceito de "normas transnormativas".[18]

5. Conclusão

As transformações ocorridas na sociedade internacional após a criação da ONU passaram a induzir novos paradigmas[19] nas relações jurídicas internacionais, que foram baseados nos princípios sedimentados sobre a Carta das Nações Unidas e nos mecanismos de atuação das organizações Internacionais com foros de debate e centros harmonizadores da ação dos Estados para enfrentar temas de caráter internacional, e até mesmo, assuntos que envolviam questões de ajuste normativo interno.

Esse processo oportunizou o estabelecimento de uma nova dialética internacional entre o local e o global, o global e o local, onde passou a existir, a partir dessas relações, crescentemente uma inter-relação entre Estados e um novo mecanismo de diálogo internacional, com repercussão sobre a atuação de outras organizações internacionais e também sobre a construção do Direito Internacional como produto dessas relações.

É de se advertir, conclusivamente, que não se quis no presente ensaio descrever um mundo perfeito e "colorido" produzido a partir da criação da ONU, até porque, não se pode ignorar que, apesar de todo esforço, ainda a sociedade internacional carece de jurisdicionalidade no plano internacional; que atrocidades por todo a mundo continuam sendo cometidas contra o ser humano; que não se pode ignorar que certos Estados hegemônicos utilizam-se das regras de Direito Internacional para institucionalizar a exploração e seu domínio sobre Estados periféricos; e que certos Estados imperialistas utilizam-se de poder ilegítimo da força e do capital para impor suas vontades e exigências à comunidade internacional, e com isso, acabam por se confrontar justamente com os pilares e valores da sociedade internacional contemporânea, defendidos pela Organização das Nações Unidas como se a ignorassem e colocassem sua eficácia em xeque.

[18] MENEZES, Wagner. Ordem Global e transnormatividade _ Ijuí: Editora Unijuí, 2005.
[19] OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações Internacionais e o dilema de seus paradigmas: configurações tradicionais e pluralistas, Oliveira, Odete Maria de, Dal Ri Junior, Arno. Relações Internacionais: interdependência e sociedade global. Ed. Unijuí, 2003.

Em vários acontecimentos, a falta de efetividade das Nações Unidas para resolver questões relativas à paz e à segurança internacional fizeram levantar dúvidas quanto à sua importância para a sociedade internacional, como um foro intergovernamental de discussão dos problemas mundiais. Por outro lado, é justamente a ausência no seio da sociedade internacional da consciência do respeito ao primado do Direito e aos princípios e diretrizes da Organização, que mostram que o mundo não está preparado, nem aceitaria, uma Organização com poderes maiores do que os que aí estão. A ONU efetivamente serve pedagogicamente como um importante pilar de transformação para o desenvolvimento da consciência internacional e da idéia de multilateralidade, solidariedade e diálogo entre os povos que, até a sua criação, eram ausentes na sociedade internacional. A sociedade internacional vai amadurecendo em busca da civilidade e solidificando conceitos, valores e princípios a partir de seus sofrimentos, erros e acertos. Basta contrapor o tempo presente ao surgimento da humanidade, o que reflete que muito ainda está por acontecer até se chegar a um conceito de paz perpétua mundial, baseada nas relações entre os sujeitos do Direito Internacional.[20]

O objeto central do modesto ensaio foi evidenciar que, antes da existência da ONU, as relações internacionais eram pouco desenvolvidas e não possuíam mecanismos norteadores da produção de regras jurídicas, salvo aquelas ditadas pelo poder ilegítimo de Reinos e Estados, e que a sua criação representou um desenho de um nosso sistema de relações internacionais que se traduzem na concepção que se tem contemporaneamente das relações de poder e de relações jurídicas estabelecidas entre Estados.

A ONU, por isso, em seis décadas, se coloca como o pilar e o sustentáculo das relações internacionais, coordenando um elenco de temas que fazem parte da agenda internacional. Seus princípios são norteadores da produção de regras de Direito no plano internacional e fazem parte dos fundamentos doutrinários do seu estudo.

A ONU é a síntese do que a sociedade internacional conseguiu produzir no tempo de sua existência, como alternativa ao exercício do poder ilegítimo dos Estados (de um mundo que o realismo precisa para se afirmar) e, por ser um instrumento dos Estados para construção de um

[20] KANT, Emmanuel. *Á paz perpétua*. Tradução Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

mundo melhor e mais equilibrado, seu modelo deve ser visto muito mais como horizonte do que como fronteira, até porque, os horizontes não se exaurem, e por isso sempre existirão novos desafios a serem buscados.

6. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed., 9 tir. rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público.* 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *O Direito Internacional Público*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez (coord.). *Derecho Internacional Público*. 2. ed. Montevideo: Fundação de Cultura Universitaria, 1996. 5 v.

BAPTISTA, Luis Olavo, FONSECA, Jose Roberto Franco da (coord.). *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. Paradigmas das Relações Internacionais: Idealismo – Realismo – Dependência – Independência. Ijuí: Ed UNIJUÍ, 2000.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 11. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BROWNLIE, Ian. Princípios do Direito Internacional Público, 4ª ed., trad. de Maria Mauela Stockinger (et. Al.) _ Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O Estado e as Relações Internacionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

_____. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. 6ª ed., Napoli: Editoriale Scientifica, 2002.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução Vítor Marques Coelho. 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DUPUY, René-Jean. O Direito Internacional, Trad. de Clotilde Cruz _ Coimbra: Livraria Almedina, 1993,

FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da Estrutura do Direito Internacional*. Tradução A. S. Araújo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

GARCIA, Carlos Arellano. *Segundo Curso de Derecho Internacional Público*. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 1998.

GUERRA, Sidney. Direito Internacional Público _ Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARÃES. Samuel Pinheiro. Quinhentos Anos de Periferia: uma Contribuição ao Estudo da Política Internacional, 4ª ed. _ Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Da UFRGS/Contraponto, 2002.

KANT, Emmanuel. *A paz perpétua*. Tradução Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

MAGALHÃES, José Carlos de. Uma introdução. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (coord.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo: Mania de Livro, 1998.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transormatividade. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

_____. O Direito Internacional e o Direito Brasileiro (em homenagem a José Francisco Rezek) Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

_____.*Direito Internacional*: *Legislação e Textos Básicos*. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações Internacionais e o Dilema de seus Paradigmas: Configurações Tradicionais e Pluralistas, Oliveira, Odete Maria de, Dal Ri Junior, Arno. Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global. Ed. Unijuí, 2003.

_____. Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: *Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito Internacional Público*: *Curso Elementar*. 7ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.

REUTER, Paul. *Direito Internacional Público*. Tradução Maria Helena Capêto Guimarães. Lisboa: Editorial Presença, 1981.

SEITENFUS, Ricardo. Manual das Organizações Internacionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOARES. Albino de Azevedo. *Lições de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editores, 1986.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002. 1 v.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitário*. 2. ed. Padova: Cedam, 2001.

VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Las Organizaciones Internacionales*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

VIGEVANI, Tullo. *Obstáculos e Possibilidades para a Governabilidade Global.* NEVES, Carlos Augusto dos Santos et al. *Governança Global: Reorganização da Política em todos os Níveis de Ação*, p. 31.

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico, 4ª ed., Traducão Antonio Truyol y Serra. Madrid : Aguilar, 1963.

Pensar Justiça Internacional no Debate sobre a Reforma da ONU

Tarciso Dal Maso Jardim[1]

I. Justiça transicional

As concepções ordinárias de justiça estatal são desafiadas na sua pretensa auto-suficiência em situação de profunda transição política, quando se deseja enfrentar juridicamente crimes internacionais[2] cometidos em regime político pretérito. É o que ocorre, por exemplo, em momentos históricos derivados de processo de paz ou de superação de autoritarismo ou de totalitarismo[3]. Nesse contexto, surge debate em torno das possibilidades, dos limites, das virtudes e dos paradoxos da *justiça transicional*. O conceito de *justiça transicional* e seus contornos na práxis têm sido consideravelmente debatidos nos últimos anos, embora sem reflexo doutrinário significativo no Brasil. A *justiça transicional* é aquela realizada em mudanças políticas significativas e que pretende enfrentar as violações graves à dignidade humana ocorridas em governo anterior[4].

[1] Professor de Direito Internacional Humanitário no Centro Universitário de Brasília e Consultor Legislativo do Senado Federal.

[2] Para efeito desse estudo serão considerados como crimes internacionais os passíveis de serem julgados pelo Tribunal Penal Internacional, nomeadamente o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. O crime de agressão também consta no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, embora dependa de futura definição e de debate político com as Nações Unidas.

[3] Tucker aponta três tipos de transição: restauração democrática, transição após longo período de autoritarismo e transição pós-totalitarismo. TUCKER, Aviezer. Paranoids may be Prosecuted: post-totalitarism retroactive justice. In **Archives Européenes de Sociologie**, n. 40 (1), 1999, p. 56.

[4] A justiça transicional também é associada à formação de cultura política democrática e de responsabilidade após experiências de violações generalizadas de direitos humanos. Por exemplo: TOIT, André du. Los Fundamentos Morales de las Comisiones de Verdad. La Verdad como Reconocimiento y la Justicia como *Recognition*: Principios de la Justicia Transicional en la Práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) Sudafricana. In **18 Ensayos: Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia.** Chile: Universidad de Chile, 2005. Disponível em: http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos.html. Acesso em: 20 de outubro de 2005.

Segundo Naomi Roth-Arriaza[5], a resposta a crimes violentos cometidos em período passado depende de fatores socioeconômicos, militares e de política interna, mas a influência internacional joga papel crescente nesse processo. E, reciprocamente, os esforços internacionais são influenciados pelas tentativas internas. Naomi analisa essa reciprocidade em três áreas: 1. impacto da atividade internacional e transnacional (seja por órgãos internacionais, seja pela influência das redes transnacionais de ativistas de direitos humanos) sobre cortes nacionais, comissões de verdade, reparações e discursos políticos sobre o passado; 2. exercício da jurisdição universal[6]; 3. estabelecimento de tribunais internacionais e de Comissão de Verdade por instâncias internacionais (como ocorreu em El Salvador)[7].

Nesse quadro, normas ou instituições internacionais potencialmente estimulam ou realizam *justiça transicional*, devendo ser mais bem estudadas nesse prisma. Jon Elster aponta quatro níveis de realização da justiça transicional: instituições supranacionais, Estados, atores corporativos e indivíduos[8]. O autor, ao mencionar supranacionalidade, envolve principalmente instituições intergovernamentais, como é o caso do Tribunal Penal Internacional Permanente, mas não propriamente organismos supranacionais.

De qualquer forma, a repressão a certas condutas internacionalmente relevantes está intimamente ligada à intensificação das relações econômicas e sociais entre povos e, por via de conseqüência, ao surgimento de organizações intergovernamentais de vocação universal. Essa constatação é evidenciada pela evolução da noção de crime

[5] ROTH-ARRIAZA, Naomi. The role of international actors in national accountability processes. In BRITO, Alexandra Barahona; GONSÁLEZ-ENRÍQUEZ, Carmen; AGUILAR, Paloma. **The Politics of Memory: transitional justice in democratizing societies.** Oxford: Oxford studies in democratization, 2001, pp. 40-1.

[6] Justiça universal é aquela que permite julgar qualquer acusado, independente de sua nacionalidade ou da vítima, ou do território onde fora cometida a conduta criminosa. Esse poder é dado por vários tratados internacionais, como os relacionados à tortura e aos crimes de guerra.

[7] A Comissão de Verdade foi estimulada pelos bons ofícios do Secretário Geral da ONU nos acordos de paz negociados e firmados entre 1989 e 1992. Mais precisamente, a Comissão é criada nos Acordos do México (Cidade do México, 27 de abril de 1991) e ampliada nos Acordo de Paz de Chapultepec (16 de fevereiro de 1992).

[8] ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in a historical perspective.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 93 e seguintes.

internacional da pirataria ou da escravidão[9], mas não há dúvida que é em torno dos crimes de guerra que ela é consolidada.

II. JUSTIÇA TRANSICIONAL E A LIGA DAS NAÇÕES

Como mencionado, a definição de crimes de guerra catalisou as primeiras experiências de julgamento internacional. Essa tipificação é produto de normas consuetudinárias internacionais e do desenvolvimento do direito internacional dos conflitos armados, que teve sua primeira sistematização internacional nas duas Conferências da Paz da Haia, em 1899 e 1907, e seu ápice nas quatro Convenções de Genebra de 1949, que foram aperfeiçoadas pelos dois Protocolos adicionais de 1977 e por vários tratados sobre meios e métodos de combate. Entretanto, se é verdade que os crimes de guerra impulsionaram os primeiros passos da justiça internacional penal, igualmente em torno deles são registrados os primeiros fracassos de uma organização intergovernamental na busca da justiça.

Essa referência diz respeito às tentativas da Liga das Nações, que não conseguiu julgar os grandes criminosos da Primeira Grande Guerra, apesar de o Tratado de Versalhes ter consagrado normas a respeito. O próprio Estados Unidos opunha-se à idéia de estabelecimento desses julgamentos, em razão de acreditar que possuíam característica de justiça *ex post facto* e que a questão seria de moralidade, não de direito. Mesmo assim, o art. 227 do Tratado de Versalhes previu o julgamento do Kaiser Wilhelm II de Hohensollern, por ofensa suprema contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados. O tratado previu a criação de tribunal internacional para julgá-lo, que jamais foi instalado, pois o Kaiser recebeu asilo nos Países Baixos, que, posteriormente, negou pedido de extradição por considerá-la fundada em norma penal retroativa. Por ironia histórica, o Kaiser Wilhelm morreu em 1941, justo no ano em que Alemanha invade os Países Baixos[10].

Os arts. 228-230 do Tratado de Versalhes previram que os alemães poderiam ser julgados por crimes de guerra por qualquer dos Estados aliados. A Alemanha não aceitou essas disposições e acordou que houvesse

[9] BASSIOUNI, Cherif. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 515-17.
[10] SCHABAS, William. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 3.

listagem de acusados para serem julgados em seu próprio território. Essa lista iniciou com 900 pessoas, passou para 40 e terminou em 12[11]. Foram os julgados de Leipzig, cujos casos mais famosos dizem respeito a ordens manifestantes ilegais[12].

No Llandovery Castle, em 1921, a Suprema Corte de Leipzig admitiu a ordem superior como atenuante para dois tenentes, que seguiam ordens do governo alemão de afundar todo navio-hospital por suspeita de transporte de militares e atacaram navio-hospital inglês, inclusive seus botes salva-vidas, para evitar testemunhas. No mesmo contexto, no caso Dover Castle, também julgado pela mesma Corte de Leipzig, dois limites foram apontados para a obediência hierárquica como defesa: quando o subordinado ultrapassa a ordem dada ou sabe que a ordem é contrária ao direito.[13] Independentemente dessa jurisprudência, pelos poucos julgamentos e pelos atores secundários que foram julgados, pode-se afirmar que, em matéria de responsabilização penal, a experiência pós-Primeira Guerra não obteve sucesso.

Como reforço desse insucesso, pode ser citada a intenção de julgamento dos turcos pelo massacre dos armênios, também durante a Primeira Guerra. Essa tentativa deu-se mediante o Tratado de Sèvres, de 1920, que jamais foi ratificado pela Turquia. O art. 226 do Tratado de Sévres concedeu às Potências Aliadas o poder de julgar os turcos que cometeram crimes de guerra durante a Primeira Guerra Mundial. E o art. 230 aventou a possibilidade de tribunal ser criado pela Liga das Nações para esse efeito. Essas pretensões foram fracassadas, e definitivamente afastadas pelo Tratado de Lausanne de 1923, que "anistiou" os turcos.[14]

Em 1937, a Liga das Nações apresenta projeto de Convenção de Corte Penal Internacional, sem sucesso, embora tenha servido de base para o futuro Tribunal de Nuremberg, que é concebido durante o curso das hostilidades da Segunda Guerra. Conforme Declaração de Moscou de 1º de novembro de 1943, os Aliados afirmaram sua disposição de julgar

[11] SCHABAS, William. Ibidem, p. 4.
[12] CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 234-5.
[13] McCORMACK, Timothy. From Sun Tzu to the Sixth Committee: the evolution of an International Criminal Law. In McCORMACK, Timothy; SIMPSON, Gerry. **The Law of War Crimes: National and International Approaches**. Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 48-50
[14] SCHABAS, William. Op. Cit., p. 4; McCORMACK, Timothy, loc. cit., p. 48.

os nazistas, o que é reconhecido no preâmbulo do "Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis and Charter of the International Military Tribunal", que entrou em vigor em 8 de agosto de 1945[15].

III. JUSTIÇA TRANSICIONAL NA ERA ONU

Segundo Ruti Teitel, somente na era ONU há, de fato, a primeira experiência contemporânea de justiça transicional. A autora, em discussão sobre a genealogia da justiça transicional[16], aponta três fases históricas modernas desse tipo de justiça[17]. A primeira fase histórica é o período posterior à Segunda Guerra Mundial, de tom internacionalista, quando se instalaram os Tribunais Penais de Nuremberg e de Tóquio. A opção internacional do pós-guerra, segundo Teitel, está relacionada ao desfecho insatisfatório da Primeira Guerra Mundial, quando as soluções de justiça nacional foram falhas (e.g., julgamentos em Leipzig e na Turquia) e as coletivamente imputadas foram desastrosas, como as estabelecidas para a Alemanha pelo Tratado de Versalhes.

Contudo, não se pode esquecer que, após a Primeira Guerra Mundial, igualmente foram falhas as tentativas internacionais de julgamento, seja a pretendida pelo próprio Tratado de Versalhes (em especial, julgar o Kaiser Wilhelm II de Hohenzollern) ou pelo Tratado de Sèvres, de 1920 (para julgar os "jovens turcos" pelo massacre dos armênios). E, assim como é verdade que a perspectiva internacional foi contemplada após a Primeira Guerra mundial, embora com insucesso, também não se pode esquecer que houve atuação da justiça nacional após a Segunda Guerra Mundial. Não há dúvida, apesar dessas considerações, que Nuremberg estabelece as bases do Direito Internacional Penal, mas sua existência merece melhor debate, não atrelado somente à Primeira Grande Guerra. Por exemplo, a construção normativa do Direito Internacional dos Conflitos Armados, a partir da década de 60 do século XIX deve ser mais bem compreendida.

---

[15] SCHABAS, William. Ibidem, p. 5.

[16] TEITEL, Ruti. *"Transitional Justice Genealogy". In Harvard Human Rights Journal, Vol. 16,* Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.

[17] Ver também TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

A segunda fase histórica apontada por Teitel é a do pós-Guerra Fria, principalmente a partir de 1989, quando houve o desmantelamento da União Soviética. Esse período é marcado por processos de democratização no Leste Europeu, na América Latina e na África. Nessa segunda fase, apesar da incidência de certo internacionalismo, a concepção de justiça esteve associada à idéia de reconstrução nacional e, muitas vezes, é particularista ou localista.

Vários países não privilegiaram a responsabilidade penal dos criminosos do antigo regime, optando-se freqüentemente por apuração da verdade ou outras formas de resposta aos fatos. Descortina-se nessa fase a justaposição entre verdade e justiça, em modelo restaurativo, como ocorreu em El Salvador por gestão do Secretário Geral da ONU. Nesse modelo, a verdade é considerada de modo amplo (não individualizada, como no processo penal). Teitel compreende as *comissões de verdade* mais como processo de consolidação da paz e da reconstrução da identidade política, guardando relação com o processo penal pela função dissuasória, do que como construtora da memória e realizadora da justiça. Na realidade essa postura é contraditória, pois parte do pressuposto de conflito crítico entre paz, justiça e memória; enquanto cremos que é na ausência das comissões de verdade e no predomínio de auto-anistias, contrariamente, que poderia ser argüida a tensão da paz com a justiça e a memória.

A terceira fase, do fim do século XX até nossos dias, segundo Ruti Teitel, está ligada a condições atuais de conflito persistente (pequenos conflitos, Estados fracos, conflito permanente, etc.), que, diante de instabilidades políticas, concebem como normal e contínuo um direito pensado para a violência.[18] Como símbolo dessa percepção está a constituição do Tribunal Penal Internacional Permanente, em 1998, tendo seu Estatuto entrado em vigor em 2002. Esse Tribunal funda-se sobre a base da complementaridade entre a justiça internacional e as justiças nacionais, o que tem obrigado os Estados Partes a adaptarem suas legislações para poderem julgar qualquer crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mesmo se não cometidos em seu território ou por seus nacionais.[19]

Segundo Teitel, essas possibilidades de justiça podem provocar transição política em determinado País. Isso em parte se confirma pela

[18] TEITEL, Ruti. *"Transitional Justice Genealogy". In Harvard Human Rights Journal, Vol. 16,* Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.
[19] É a concepção da jurisdição universal.

experiência no sistema interamericano de direitos humanos, sistema consolidado na década de 80 do século XX, que, mediante dois casos ("Tribunal Constitucional"[20] e "Ivcher Bronstein"[21], ambos contra o Peru), colaboraram com a queda do Presidente peruano Alberto Fujimori.

Além disso, Teitel argumenta que essa continuidade ou normalidade de *justiça transicional* é aplicável aos conceitos de intervenção humanitária e guerra preventiva. Essa não é a opinião aqui defendida, pois esses conceitos fazem parte, principalmente, de doutrina unilateral estadunidense que afrontam o direito internacional e, especificamente, a Carta das Nações Unidas. De qualquer forma, fiquemos com a agradável idéia de que a verdade pode ter papel contínuo na resposta a atrocidades contra a dignidade humana.

Na esteira da percepção de justiça contínua ou tomada pela normalidade, não se pode ignorar o esforço de alguns autores de desmistificar a especificidade da *justiça transicional*, em relação à justiça ordinária. Posner e Vermeule, por exemplo, partem de duas premissas para atenuar a diferença entre a justiça ordinária e a *transicional*: 1. os teóricos da justiça transicional equivocam-se por tratar o regime de transição como objeto em si e, em razão disso, negam a relevância ou utilidade das comparações e analogias entre transições políticas e a multiplicidade de transições que ocorrem em democracias consolidadas; 2. e, se a justiça *transicional* é a continuação da justiça ordinária, não há razão para tratar as medidas tomadas durante justiça *transicional* como não confiáveis [22].

Particularmente, defendemos a especificidade da *justiça transicional* e sua forma de trabalhar com atos simbólicos, comissões de verdade e medidas de "purificação" (como as confissões em troca de anistia e o não exercício de funções públicas)[23]. Transversalmente, o resgate ou a construção da memória coletiva assume função primordial na transição política. Esse resgate/construção transcende a concepção de justiça *transicional* como sendo dirigida somente ao passado, punindo criminosos ou indenizando vítimas.[24]

---

[20] Sentença de 31 de janeiro de 2001.

[21] Sentença de 6 de fevereiro de 2001.

[22] POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as Ordinary Justice. In **Harvard Law Review**, volume 117, January 2004, n. 3, pp. 763-4.

[23] Discussão mais fortemente instalada na Europa do Leste, nos processo pós-comunismo. Ver, por exemplo, BORNEMAN, John. **Settling Accounts: violence, justice, and accountability in postsocialist Europe.** Princeton: Princeton University Press, 1997.

[24] POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as Ordinary Justice. In **Harvard Law Review**, volume 117, January 2004, n. 3, pp. 766.

Nessa construção, a ONU possui papel chave e não deve ser ignorada essa função no debate sobre a reforma de sua Carta. Não podemos esquecer que os princípios de Nuremberg foram transformados em resolução pela Assembléia Geral da ONU (Res. 95 – I, de 11 de dezembro de 1946), que os Tribunais Penais Internacionais para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda foram criados pelo Conselho de Segurança da ONU; que a ONU impulsionou a criação de tribunais especiais mistos, como o de Serra Leoa; que gestões desse organismo culminaram na constituição do Tribunal Penal Internacional permanente, em julho de 1998; e que o Conselho de Segurança pode remeter a este organismo qualquer caso para julgamento, mesmo se o Estado onde foi cometido o crime não ratificou o Estatuto de Roma do TPI, o que já ocorreu em março de 2005, com a submissão do caso de Darfur.

Nesse marco onusiano, a Conferência de Viena de 1993[25], ao versar sobre o método de implementação e monitoramento do Programa de Ação e da Declaração de Viena (II.E, item 91), apontou a preocupação com a impunidade dos responsáveis por violações de direitos humanos, apoiando os esforços da Comissão de Direitos Humanos e da Sub-Comissão sobre Prevenção de Minorias para examinar todos os aspectos da questão. Além disso, propugna à Comissão de Direitos Internacional da ONU para continuar seu trabalho sobre o Tribunal Penal Internacional (II. E, item 92), que foi consolidado em julho de 1998.

Já na Conferência de Acompanhamento dos Resultados da Conferência de Viena, em 11 de setembro de 1998 (A/53/372), o Secretário Geral da ONU encaminha à Assembléia Geral o Relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos. Esse documento reconhece, no item 75 / IX que, *textus*:

> "75. (…) The Dayton Agreement, the activities of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and the Truth Commissions in some Latin American countries all bear witness to the practical dimension of this approach. The establishment of International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, as well as, the adoption of the Statute for the International Criminal Court by the International Diplomatic Conference in Rome, on 17 July 1998, indicate progress in line with the recommendations made by the World Conference (sect.

[25] A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993.

> II, para. 96). These developments provide additional evidence that the international community is determined to hold all individuals, regardless of official rank or capacity, responsible for committing such horrific crimes as genocide, war crimes and crimes against humanity. The question of impunity has been the subject of study by the Subcommission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Two reports have been prepared on the impunity of perpetrators of human rights violations: one in the area of civil and political rights and the other, concerning economic, social and cultural rights."

Podemos frisar do excerto do relatório exposto vários pontos úteis para o objeto dessa explanação, tais como, a amplitude da perspectiva de justiça buscada, não concentrada somente na punição criminal, pois avança na necessidade de busca da verdade, bem como, está preocupada com todas as categorias de direitos humanos violados, não esquecendo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Outro ponto a ser destacado é a função de aperfeiçoamento da justiça internacional atribuída à Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, desde 1999, intitulada Subcomissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, que é o principal órgão de apoio à Comissão de Direitos Humanos da ONU. É demonstrada, dessa maneira, um dos perfis a ser aperfeiçoado na reforma da Carta da ONU, mediante a transformação da Comissão de Direitos Humanos em órgão principal, nos termos que veremos.

IV. ONU, JUSTIÇA TRANSICIONAL E A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA

O Relatório do Secretário Geral da ONU sobre a reforma do sistema (A/59/2005), chamado **In larger freedom: towards development, security and human rights for all,** dispõe:

> "138. Justice is a vital component of the rule of law. Enormous progress has been made with the establishment of the International Criminal Court, the continuing work of the two ad hoc tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, and the creation of a mixed tribunal in Sierra Leone and hopefully soon in Cambodia as well. Other important initiatives include commissions of experts and inquiry, such as those

> set up for Darfur, Timor-Leste and Côte d'Ivoire. Yet impunity continues to overshadow advances made in international humanitarian law, with tragic consequences in the form of flagrant and widespread human rights abuses continuing to this day. To increase avenues of redress for the victims of atrocities and deter further horrors, **I encourage Member States to cooperate fully with the International Criminal Court and other international or mixed war crimes tribunals, and to surrender accused persons to them upon request."**

O Secretário Geral da ONU encoraja, portanto, a justiça penal internacional. Um dos temas caros a essa forma de justiça é a reparação às vítimas. Criados pelo Conselho de Segurança da ONU, os Tribunais Penais Internacionais ad hoc são tímidos na contemplação dessa reparação, embora o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia prevê, no art. 24, §3º, a possibilidade de a primeira instância determinar a restituição a seus proprietários legítimos de todos os bens e recursos adquiridos de modo ilícito, incluindo por meios coercitivos. O Tribunal de Ruanda, art. 23, §3º, possui disposição idêntica. Importa destacar, também, as Regras 105 e 106 do Regulamento processual do Tribunal para a Ex-Iugoslávia, que estabelece formas de compensação.[26]

O Tribunal Penal Internacional permanente aperfeiçoou, entre suas muitas inovações, o sistema de reparações às vítimas, que podem ser feitas por restituição, indenização ou reabilitação.[27] Esse modelo é igualmente emblemático por trabalhar com a responsabilidade penal individual, transpondo outro necessário viés da justiça, distinto do foco estatal, aliado aos sempre graves crimes objeto de sua competência. Além disso, importa lembrar que um modelo de justiça penal agregada à reparação a vítimas é ideal para explorar a tese de que o direito penal tem sido utilizado como espécie de mote interpretativo da história, o que tem impacto na formação

[26] CASSESE, Antonio. **International Criminal Court.** New York: Oxford University Press, 2003, p. 429.

[27] O §1º do art. 75 do Estatuto de Roma do TPI determina que: 1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão.

da solidariedade social[28]. Não podemos esquecer, inclusive, que a fórmula adotada no art. 75 do Estatuto de Roma deve-se fortemente ao papel relevante das reparações no processo de reconciliação nos locais onde ocorreram as violações.[29]

Todavia, a fórmula do Estatuto de Roma é criticada por estar bastante concentrada nas posses do condenado e em doações incertas a Fundo de reparação. Rafaelle Maison ainda aponta as dificuldades reparatórias diante a prisão de criminosos menores, como ocorreu na jurisprudência da Ex-Iugoslávia, que levaria a restritos beneficiários.[30] Além disso, frisa que o agente criminoso nem sempre possui recursos suficientes para a reparação, em geral de natureza coletiva, tampouco serão alcançados bens em nome do Estado, por exemplo, que foram expropriados. Dessa forma, nem mesmo o Fundo de Reparação às Vítimas (art. 79 do Estatuto de Roma) será suficiente para satisfazer o coletivo de vítimas, restando o sistema clássico da responsabilidade internacional do Estado mais protetor. Sugere a autora que a Assembléia Geral dos Estados Partes do Estatuto de Roma do TPI deveria criar modo de bens estatais alimentarem esse Fundo. Quando órgãos estatais estejam envolvidos, poderiam ser obrigados a repassar bens para o Fundo, com ajuda do Conselho de Segurança, a exemplo do que ocorreu no Iraque.[31] A depender de como será gerado esse Fundo, poderemos traçar algum prognóstico para o futuro da reparação internacional *ex delicto*[32]. A Regra 98 do Regulamento Processual[33] do TPI

[28] Inspirado em Durkheim, Mark Osiel tem trabalhado essa perspectiva de construção da memória coletiva mediante atividades penais. Ver OSIEL, Mark. Making Public Memory, Publicly. In HESSE, Carla; POST, Robert. **Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia.** New York: Zone Books, 1999, pp. 217- 261.

[29] MUTTUKUMARU, Christopher. Reparation to Victims. In LEE, Roy. **The International Criminal Court: the making of the Rome Statute.** Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 263.

[30] MAISON, Rafaelle. **La Responsabilité individuelle pour crime d´état en Droit International Public**. Editions Bruylant / Editions de l´Université de Bruxelles, 2004, p. 505.

[31] MAISON, Rafaelle. Op. cit., p. 506-7.

[32] BOURDON, William. **La Cour pénale internationale.** Paris : Éditions du Seuil, 2000, pp. 216-8 e 224-5.

[33] O Regulamento Processual do TPI avançou muito a operacionalização da reparação perante o TPI, com as Regras 94 (procedimento sob pedido), 95 (procedimento de ofício pelo Tribunal), 96 (publicação dos procedimentos de reparação), 97 (solicitação de reparação), 98 (Fundo de Reparação às Vítimas) e 99 (cooperação e medidas de proteção). Entre as virtudes dessa regulação está a noção de vítima (individual ou coletiva) e a fixação de princípios para a reparação (individual ou coletiva).

permite que sejam utilizadas verbas de agências intergovernamentais, internacionais e nacionais. Entretanto, por reação dos defensores da soberania estatal, foi incluído no parágrafo 4º dessa Regra a necessidade de prévias consultas com o Estado interessado para viabilizar o repasse dos recursos dessas agências.[34]

Cherie Booth aponta como outra função do Tribunal Penal Internacional a de construir a verdade, principalmente por sua potencialidade de criar relato objetivo e imparcial dos fatos. A autora não deixa de reconhecer que há limites de relatar a história por processo penal, já que as provas são destinadas à responsabilidade individual, apesar delas constituírem reflexo coletivo. Para ela, a história somente será mais bem "pintada" por comissões de verdade fundadas na participação popular[35].

Além de apoiar o TPI e auxiliar seu sistema de cooperação penal e de reparação às vítimas, a ONU pode catalisar Comissões de Verdade, como o fez em El Salvador. Essas Comissões já foram criadas em vários países e de diversas maneiras, mas sem dúvida o substrato inicial de seu modelo de justiça é a verdade[36], que está intimamente ligada à memória. Na Grécia antiga, a verdade, ou *alitea*, era a oposição do esquecimento (*Léthe*), ou seja, aproximava-se da noção da memória, que era uma divindade, a Mnemosýne.[37] E a *verdade* dessas Comissões possui mais a função de

[34] FRIMAN, Hakan; LEWIS, Peter. Reparation to victims. In LEE, Roy (ed.). **The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence.** Ardsley: Transnational Publishers, 2001, p. 487.

[35] BOOTH, Cherie. Prospects and issues for the International Criminal Court: lessons from Yugoslavia and Rwanda. In SANDS, Philippe. **From Nuremberg to the Hague**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 183-184.

[36] Na Comissão de Verdade da África do Sul, foram feitas 120 audiências públicas, quando foram ouvidos quatro mil testemunhos; apontou responsabilidades em sentido amplo, examinando o papel de várias profissões e instituições na prática de abuso de direitos humanos; recolheu 22 mil declarações de abuso por parte de vítimas; coletou provas significativas do destino das pessoas mortas ou desaparecidas, em especial mediante o procedimento da confissão em troca da anistia. Ver ZYL, Paul van. Dilemmas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. In **Journal of International Affairs**, New Youk, Spring 1999, 52, n.2, p. 657.

[37] Vernant destaca a discussão sobre a memória endeusada entre os gregos e transtemporal, contrastada ao esquecimento e associada à verdade, *textus*: "Não se admirará, pois, de encontrar, no oráculo de Lebadéia, onde se mirava no antro de Trofônio uma descida ao Hades, Léthe, Esquecimento, associada a Mnemosýne e formando com ela um par de forças religiosas complementares. Antes de penetrar na boca do inferno, o consultante, já submetido aos ritos purificatórios, era conduzido para perto das duas fontes chamadas Léthe e Mnemosýne. Ao beber da primeira, ele esquecia tudo da sua vida humana e,

construção da memória coletiva do que se oporem à mentira. Entretanto, os modelos das Comissões da Verdade podem contrastar com a realização da justiça internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou do Tribunal Penal Internacional. Por exemplo, quando em nome da verdade revelada concede-se anistia, como se fez na África do Sul[38].

Na realidade, autores como Paul van Zyl argumentam que pouquíssimos responsáveis pelo *apartheid* poderiam ser, de fato, julgados, devido a falhas do sistema judicial sul-africano, dificuldades probatórias, custos altos e tempo prolongado. Diante dessas circunstâncias, a Comissão de Verdade na África do Sul seria para ele, na realidade, tentativa de restaurar o equilíbrio moral no processo de anistia.[39] Além disso, pontua que a anistia não era absoluta, pois, para ser concedida, dependia de várias condições: ser o crime associado a objetivos políticos; o criminoso revelar a verdade por completo; ser membro de organizações políticas, movimentos de libertação ou membro das forças de segurança estatais; não ter agido para obter lucro, exceto na qualidade de informante; não ter sido o crime motivado por ódio ou maldade pessoal. Em situação de grave violação aos direitos humanos, o Comitê de Anistia promovia audiência pública para conceder anistia; e, em qualquer caso, o nome do criminoso e as informações sobre sua conduta eram publicadas no Diário Oficial da África do Sul[40].

---

semelhante a um morto, entrava no domínio da Noite. Pela água da segunda, ele devia guardar a memória de tudo o que havia visto e ouvido no outro mundo. À sua volta, ele não se limitava mais ao conhecimento do momento presente; o contato com o além lhe havia trazido a revelação do passado e do futuro." VERNANT, Jean-Pierre. **Mito e pensamento entre os gregos.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 144.

[38] Foi criada pelo *Promotion of National Unity and Reconciliation act* (1995). Foi composta por 17 membros e tinha os seguintes objetivos: traçar panorama sobre as causas, natureza e extensão das graves violações ocorridas entre 1º de março de 1960 e 10 de maio de 1994; descobrir o destino ou sorte das vítimas dessas violações; oportunizar a restauração da dignidade das vítimas, possibilitando-as testemunhar sobre a violação contra seus entes queridos ou contra si; recomendar medidas de reparação ou reabilitação; garantir anistia a pessoas que declarassem por completo seus crimes; recomendar criação de instituições para gerar vida social justa e estável, bem como apontar medidas legislativas e administrativas para evitar comissão de violações similares; por fim, elaborar e publicar relatório sobre o trabalho e conclusões da Comissão.

[39] ZYL, Paul van. Dilemas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. In **Journal of International Affairs**, New Youk, Spring 1999, 52, n.2, p. 653.

[40] ZYL, Paul van. Dilemas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. In **Journal of International Affairs**, New Youk, Spring 1999, 52, n.2, p. 655-6.

A reparação promovida por Comissão de Verdade pode ser bastante diversificada, mas sem dúvida destaco a construção coletiva da memória e suas conseqüências. Conforme Paul von Zyl menciona, conhecer a verdade sobre as violações de direitos humanos e construir consenso nacional no sentido da ilegitimidade de tais atos são essenciais para prevenir sua reincidência[41]. Portanto, o autor associa a verdade ao tema da não repetição, mas não reduz esta àquela, pois outras medidas são tomadas para esse fim (capacitação de agentes de segurança, ensino de direitos humanos, reparação simbólica – como novo funeral de algumas vítimas e construção de monumentos, desprestígio dos responsáveis e seu afastamento de cargos públicos).

De qualquer forma, a reparação está associada com a reconciliação, mas não está somente condicionada à verdade, pois concorrem, na perspectiva reparatória, outras formas de sanar as conseqüências da violação, a necessidade de indenizações, *restitutio in integrum*, quando possível, e reformas estruturais. Na África do Sul, por exemplo, uma das principais críticas à Comissão de Verdade e de Reconciliação foi sua falha em garantir devida e ampla reparação às vítimas.

Igualmente não se pode ignorar a importância da responsabilidade penal dos grandes responsáveis pelos crimes do regime anterior, que pode ser auxiliada ou não pela Comissão de Verdade. Nessa esteira, a ONU deve apoiar o Tribunal Penal Internacional, conforme assinala citado relatório de seu Secretário Geral. Essa perspectiva do Secretário Geral da ONU, em parte, está consagrada no Acordo de Relacionamento e Cooperação entre o TPI e a ONU, concluído em junho de 2004. Por esse acordo, há previsão de troca de informações, assistência judiciária e cooperação sobre questões técnicas e de infraestrutura. Pelo art. 2º desse acordo, a ONU reconhece o TPI como instituição judicial permanente independente, com personalidade jurídica própria e capacidade jurídica para realizar seus objetivos (art. 2.2). Simultaneamente (art. 2.1), o TPI reconhece as responsabilidades da ONU nos termos de sua Carta.

Entretanto, não se pode ignorar que os Estados Unidos tem feito campanha contrária ao TPI e pode frustrar qualquer avanço do combate

[41] ZYL, Paul van. Dilemas of Transitional Justice: the case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission. In **Journal of International Affairs**, New Youk, Spring 1999, 52, n.2, p. 658.

à impunidade na reforma da ONU. Essa ação estadunidense contra o TPI pode ser resumida por quatro caminhos: pressionar determinado Estado para não ratificar o Estatuto de Roma; promover resolução do Conselho de Segurança para que conceda imunidades às tropas de Estados não Partes do Estatuto de Roma, como é o caso dos Estados Unidos, em missões estabelecidas ou autorizadas pela ONU (Resoluções do Conselho de Segurança nos 1422, de 2002; 1487, de 2003; 1497, de 2003; e 1593, de 2005), com base equivocada no art. 16 do Estatuto de Roma; ameaçar com legislação interna proteção irrestrita ao pessoal estadunidense, inclusive com previsão de resgate de indivíduos em outro país (e.g., o *American Service Menbers' Protection Act*); e celebrar acordos bilaterais com Estados evitando a entrega de seus nacionais, com base no art. 98, §2º, do Estatuto de Roma. A oposição dos Estados Unidos ao Tribunal Penal Internacional faz parte de doutrina[42] de segurança nacional de não admitir controle multilateral sobre julgamento de seus nacionais, além de ser justificada por temor sobre futura definição do crime de agressão.

Portanto, a ONU cede à pressão estadunidense e frustra parcialmente pretensões de justiça internacional universal. Apesar disso, o Estatuto de Roma já conta com 100 Estados Partes e a ONU, em muitos momentos, dá sinais progressistas de estímulo à justiça internacional. Como exemplo, pode ser ressaltado que o recente Estatuto do Tribunal para a Serra Leoa, em seu art. 10, não reconhece anistia para crimes contra a humanidade, violações ao art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 e ao seu Protocolo Adicional II de 1977, e outras violações graves ao direito internacional humanitário. Importa recordar que tal art. 10 é fruto da recusa, pelo representante especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, de poder a anistia prevista pelo Acordo de Lomé, de 1999, ser aplicada a genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outras violações sérias de direito internacional humanitário.[43] Entendeu-se que tal anistia se referia somente a delitos prescritos pelo direito interno.

---

[42] Ver SEWALL, Sarah B.; KAYSEN, Carl (ed.). **The United States and the International Criminal Court: national security and international law**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, inc., 2000.

[43] O Conselho de Segurança das Nações Unidas endossaram expressamente essa posição. Veja, por exemplo, a res. 1315, de 14 de agosto de 2000.

V. Potencialidades do Conselho de Direitos Humanos da ONU

Na reforma das Nações Unidas, ganha destaque a proposta de criação de um Conselho de Direitos Humanos feita pelo Secretário Geral em seu já mencionado relatório, **In larger freedom: towards development, security and human rights for all** (A/59/2005). Esse relatório firma o conceito de que há união entre desenvolvimento, direitos humanos e segurança, em perspectiva ampliada da liberdade. Essa idéia depura as primeiras impressões do Secretário Geral, que considerava o respeito aos direitos humanos como integrante da paz, segurança e igualdade social, sendo elemento chave para o restabelecimento e consolidação da paz[44].

Atualmente, a Comissão de Direitos Humanos, subordinada ao Conselho Econômico e Social, tem sua atuação baseada na Carta de Direitos Humanos (Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais) e em outros tratados nucleares (Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção contra a Tortura, Convenção sobre os Direitos das Crianças). Com essa base, a Comissão de Direitos Humanos da ONU desenvolveu sistema de relatores especiais para analisar temas ou países. Outra característica da Comissão de Direitos Humanos é a de permitir o acesso ao sistema de organizações não-governamentais, que inclusive a eles concede a oportunidade de apresentar relatórios paralelos aos dos governos (relatórios-sombra).

Entretanto, o Secretário Geral constata que a Comissão de Direitos Humanos tem, gradativamente, perdido sua credibilidade e profissionalismo na condução de suas tarefas. Particularmente, haveria politização da Comissão, sendo a motivação dos Estados para compô-la direcionada mais à autodefesa que à promoção dos direitos humanos.[45]

Para mudar essa situação, propõe transformar a Comissão de Direitos Humanos, hoje composta por 53 Estados, em um Conselho de Direitos Humanos, permanente e reduzido a poucos membros, podendo

[44] Doc. A/51/950, itens 78, 194 e 199.
[45] Doc. A/51/950, item 182.

ser um órgão principal das Nações Unidas[46] ou subsidiário da Assembléia Geral da ONU. Em ambos os casos, a proposta seria de o Conselho de Direitos Humanos ser composto por integrantes eleitos na Assembléia Geral, por dois terços de seus membros presentes e votantes. [47]

De acordo com o Secretário Geral da ONU, a criação desse Conselho daria maior força e autoridade à política onusiana de direitos humanos, concretizando os objetivos da Carta da ONU.[48] Essa proposta, em princípio não rejeitada na Declaração de Cúpula de Setembro de 2005, ressoa os termos do Secretário Geral:

> "Agree to replace the Commission on Human Rights with a smaller standing Human Rights Council, as a principal organ of the United Nations or a subsidiary body of the General Assembly, whose members would be elected directly by the General Assembly by a two-thirds majority of members present and voting."[49]

Apesar de aparente otimismo, mantenho fortes dúvidas na constituição desse Conselho e de seu *status* de órgão principal. Independente disso, o sistema interamericano de direitos humanos poderia servir de espelho para o estabelecimento das funções do Conselho de Direitos Humanos da ONU, já que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão principal da OEA (Organização dos Estados Americanos) e possui considerável trajetória, inclusive enquanto órgão principal e não principal. Uma das funções que poderia ser ressaltada e aperfeiçoada no plano da ONU é a de apuração dos fatos ofensivos aos direitos humanos no plano universal, especialmente aqueles constitutivos de graves violações. Essa função, que deveria ser dedicada a temas, e não a países, tem suas bases na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos *core treaties* e no *ius cogens*, podendo evoluir para outros instrumentos e costumes.

---

[46] A ONU possui seis órgãos principais (Conselho de Segurança, Assembléia Geral, Secretariado, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela e Corte Internacional de Justiça), mas um deles, o Conselho de Tutela está inoperante, pois já não há Estados sob regime de tutela. Dessa forma, o Conselho de Direitos Humanos poderia substituir o Conselho de Tutela.

[47] Doc. A/51/950, item 183.

[48] Doc. A/51/950, item 183.

[49] Doc. A/59/2005, annex, para. 8 (e).

Mesmo sem um tribunal de direitos humanos constituído no plano universal, experiência que a Comissão de Direitos Humanos também passou no plano regional[50], a apuração dos fatos pode servir de importante elemento para constituição da memória e, eventualmente, para futuras responsabilidades penais, inclusive pelo Tribunal Penal Internacional. Entretanto, essas funções de *fact-finding*, com poder de verificação *in loco* sem necessidade de prévia autorização, deveriam estar claramente estabelecidas na reforma da Carta da ONU e não condicionadas a declarações facultativas. Do contrário, poderia incorrer em mesmo erro do art. 90 do Protocolo I, de 1977, adicional às Convenções de Genebra de 1949, que instituiu a Comissão de Investigação para apuração de fatos ofensivos ao direito internacional humanitário em conflitos armados internacionais, que foi condicionada à declaração e aceitação facultativas e até agora nada investigou.

Por fim, destaca-se a declaração de Louise Arbour, Alta Comissária para Direitos Humanos da ONU, em 23 de fevereiro de 2006, apoiando a formação do Conselho de Direitos Humanos. Afirma Louise que esse novo Conselho é uma oportunidade única para revigorar o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Pela proposta do Secretário da ONU, os membros desse Conselho devem comprometer-se com a promoção e a proteção dos direitos humanos e seriam suspensos se cometessem abusos graves e sistemáticos desses direitos. Diferentemente da Comissão, o Conselho faria vigilância permanente e ampla sobre o cumprimento dos direitos humanos.

Considerações finais

A relação entre multilateralismo e a promoção dos direitos humanos envolve vários cuidados e desafios, a começar pela busca da conciliação entre a universalidade dos direitos e a diversidade cultural. Segundo Cox, uma via possível para o multilateralismo seria a pretensão de ordem contra-hegemônica baseada na difusão do poder entre várias forças coletivas, como Estados e sociedade civil, sem haver dominância. Para o autor, duas condições deveriam ser preenchidas em sociedade pós-hegemônica para

[50] A Corte Interamericana de Direitos Humanos somente foi constituída pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que entrou em vigor em 1979. Portanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos restou como único órgão de proteção de direitos humanos no sistema interamericano de 1959 a 1979.

encontrar patamar comum entre várias tradições. A primeira seria o reconhecimento mútuo entre as civilizações, o que é extremamente difícil diante do olhar em nome de hegemonia historicamente pretendida e levada a cabo. A segunda é o reconhecimento mútuo intersubjetivo que viabilize a coexistência entre as tradições, que pode gravitar em torno da luta por meio ambiente global equilibrado e da busca pacífica para solucionar problemas.[51]

Os direitos humanos têm criado em torno de si grande solidariedade na sociedade civil internacional, principalmente após consolidar doutrinariamente a interdependência e a indivisibilidade entre todas as categorias de direitos humanos, o que significa considerar os direitos culturais como atrelados a todos os demais direitos, liberdades e garantias. Curiosamente e do modo aparentemente contraditório, muitas vezes, a sobrevivência de minorias, grupos religiosos e étnicos devem-se ao movimento universal dos direitos humanos, e não ao particularismo e realismo estatal. Os choques e as tensões são provocados em grande parte pelas pretensões hegemônicas, como imposição de modelo político e incompreensão do modo de vida alheio. Gradualmente, certas regras foram universalmente aceitas, mais do que a modernidade esperava[52], tais como a intolerância ao genocídio, aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra, embora reste ainda muita divergência paralela.

A reforma da ONU deve encarar esse desafio ao multilateralismo, o de conciliar tradições, garantir amplamente a complexa noção de dignidade humana e vialibilizar a justiça internacional em torno do consenso mundial sobre o que significa crime internacional. Para tanto, a proposta de órgão principal da ONU dedicado aos direitos humanos pode apontar para modelo pós-hegemônico de multilateralismo, mas como todo produto histórico, somente é realidade duradoura se os agentes de cada tempo envidarem todos os esforços para a preservação e eficácia de espírito pretendido, no caso, tolerância qualificada pela dignidade, justiça e paz.

---

[51] COX, Robert. **Approaches to World Order.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 518-519.

[52] Ver McCarthy, Thomas. On Reconciling Cosmopolitan Unity and National Diversity. In GREIFF, Pablo De; CRONIN, Ciaran (ed). **Global Justice and Transnational Politics: essays on the moral and political challenges of globalization.** Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology Press, 2002, pp. 235-274.

Taxa de Câmbio e Controvérsias Comerciais Internacionais

Fernando Luiz de Lacerda Messere[1]

Introdução

No relacionamento comercial entre as nações, a taxa de câmbio é freqüentemente apontada como fonte de vantagens comerciais que violam o direito internacional do comércio. Embora a Organização Mundial do Comércio (OMC) tenha sido erigida como foro para solução de controvérsias comerciais internacionais, pouco se tem discutido sobre o papel que a Organização poderá desempenhar na solução de controvérsias que resultem da adoção, por um de seus membros, de determinada política cambial considerada violadora do direito internacional do comércio por outro membro da mesma Organização. O mesmo ocorre no âmbito dos acordos regionais de integração.

A OMC ainda não enfrentou questão do tipo[2], mas algumas discussões travadas recentemente entre representantes de importantes atores do comércio mundial indicam que a Organização poderá ser chamado a fazê-lo. De fato, em maio de 2005, após alguns anos de reclamações de seus principais parceiros comerciais americanos e europeus, a China decidiu modificar ligeiramente o regime cambial que impunha à moeda nacional – o yuan. Segundo os Estados reclamantes, a China estaria agindo de forma a ampliar injustamente suas vantagens no comércio mundial, uma vez que o yuan, moeda chinesa, encontrava-se há dez anos vinculado ao dólar dos

[1] Advogado da União. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília.

[2] O Organismo de Solução de Controvérsias da OMC já abordou a questão das restrições quantitativas adotadas como instrumentos do reequilíbrio do balanço de pagamentos, como no caso EUA-Índia em 1997 (WT/DS90/R 6 April 1999), mas o emprego da taxa de câmbio como prática comercial desleal ainda não foi apresentado para análise perante o OSC da Organização.

EUA segundo uma taxa de câmbio considerada artificialmente baixa, redutora dos preços das mercadorias chinesas nos mercados estrangeiros. Representantes dos EUA têm declarado que a correção de rumo chinesa ainda não resolveu o problema[3], e persistem clamores dos agentes exportadores americanos e europeus pela remessa do caso à OMC. Em setembro de 2005, em relação a controvérsia que compreende a discussão de políticas cambiais e ajustes de balanço de pagamentos, a Costa Rica registrou expressamente perante a OMC a abertura de consultas a respeito de tarifa de câmbio imposta pela República Dominicana.

O enfrentamento dessas questões exige que se determine, primeiro, se as políticas cambiais podem ser consideradas práticas geradoras de vantagens comerciais desleais, e como tais repelidas pelo direito internacional do comércio. Depois, se positiva a primeira resposta, determinar se a OMC, por meio de seu sistema de solução de controvérsias comerciais, é foro adequado para a solução desse tipo de controvérsia. A duas questões também podem ser postas perante uma estrutura de integração regional como a do Mercosul. Este texto apresenta breves comentários sobre o assunto.

As políticas cambiais como instrumentos da obtenção de vantagens comerciais

A primeira questão, que diz respeito ao emprego da taxa de câmbio para obtenção de vantagem comercial, tem resposta positiva. Há muito o direito internacional preocupa-se com a utilização da política cambial pelos Estados como instrumento impulsionador de vantagens comerciais. Não é trivial, todavia, a qualificação de um arranjo cambial como prática violadora do direito do comércio internacional.

O esforço de integração econômica internacional empreendido ao final da Segunda Guerra Mundial é um dos mais eloqüentes exemplos da procura por uma disciplina jurídica para as políticas cambiais. De fato, os esforços do pós-guerra procuravam reagrupar o que a guerra desagregara. Era sabido por todos que o conflito que chegava ao fim tirara muito do

[3] O Secretário do Tesouro dos EUA, no Relatório sobre Economia Internacional e Políticas Cambiais remetido ao Congresso do país no final de 2005, declarou satisfação parcial com as medidas até então adotadas pela China, e demandou maior compromisso da China e de outras economias emergentes da Ásia com a flexibilização das respectivas políticas cambiais. Em http://usinfo.state.gov/eap/Archive/2005/Nov/28-191788.html.

seu combustível dos desacordos comerciais entre as nações em conflito, marcados por medidas de protecionismo comercial de natureza tarifária e não-tarifária, entre as quais a competitiva desvalorização cambial (CUNHA, 1993).

A Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, realizada em Bretton Woods, em 1944, procurou estabelecer, portanto, um equilibrado ambiente de negócios internacionais. Para tanto, foi erigido um novo modelo de relacionamento monetário internacional, bem como um sistema de instituições destinadas a proporcionar os meios de atingir o almejado equilíbrio. Foram criados o Banco Mundial, organismo responsável pelo provimento de recursos para os investimentos necessários à reconstrução do capital destruído pela guerra, e o Fundo Monetário Internacional - FMI, instituição responsável pela coordenação do novo sistema multilateral de pagamentos ali estabelecido (INGRAM, 1993).

A preocupação com a eliminação de medidas protecionistas exigia, ainda, a criação de um organismo internacional dirigido particularmente ao comércio internacional. Assim, os EUA lideraram, entre 1946 e 1948, o esforço de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC). O acordo da OIC foi finalizado em 1948, mas a Organização não foi criada em razão da rejeição por diversos países, entre os quais os EUA. Paralelamente, foi aprovado o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1947). Ausente a OIC, o GATT transformou-se, de fato, em um ambiente internacional impulsionador da eliminação de barreiras ao comercio internacional de bens, no seio do qual estabeleceu-se um sistema solucionador de controvérsias sobre práticas violadoras do Acordo (ACCIOLY, 2004).

Entre as práticas consideradas violadoras do GATT podem estar as medidas cambiais, como estabelece a seção 4 do Art. 15 do GATT[4]. O mesmo texto deixa claro que o comportamento desleal pode envolver tanto o sistema internacional de pagamentos, regido pelo Tratado do FMI, quanto o sistema internacional de comércio, regido pelos Tratados da OMC. E sendo uma questão que alcança o FMI e a OMC simultaneamente, é oportuno identificar o papel de cada organismo desempenha na solução de uma eventual controvérsia fundada em prática cambial desleal.

[4] As partes contratantes abster-se-ão de qualquer medida cambial que possa frustrar os objetivos considerados no presente Acôrdo e de qualquer medida comercial que possa frustrar os objetivos visados pelos Estatutos do Fundo Monetário Internacional.

O papel do FMI

O Tratado instituidor do FMI, em sua redação original, revelou, já em seu Artigo I, o anseio de cooperação para a estabilidade nos balanços de pagamentos dos Estados partes, bem como o papel de destaque conferido à estabilidade cambial para "evitar a depreciação competitiva do câmbio". O Tratado colocou em evidência o estabelecimento de um sistema de coordenação de políticas cambiais, como reflexo do entendimento de que a estabilidade cambial é elemento essencial para o desenvolvimento estável do comércio entre as nações. O texto fixou, assim, os padrões para as trocas de moedas entre os Estados, o que contribuiu para mais de duas décadas de desenvolvimento dos negócios internacionais em ambiente de estabilidade. A vontade política e a disciplina normativa atuaram para proporcionar o ambiente de segurança necessário à produção dos resultados econômicos então desejados. A estabilidade cambial do pós-guerra foi, portanto, uma estabilidade regida por um texto jurídico.

O sistema de paridades cambiais de Bretton Woods ruiu em 1971. Unilateralmente, os Estados Unidos da América declararam que deixariam de honrar o compromisso jurídico internacional firmado quando da adesão do país ao FMI, que obrigava à realização de operações de troca de dólares por ouro segundo uma relação que o país passou a considerar insustentável. Em conseqüência, o Tratado do FMI foi modificado e os Estados passaram a adotar variados regimes, unilateralmente estabelecidos, com maior ou menor intervenção dos órgãos estatais nacionais na formação das taxas de câmbio. Restou, todavia, o compromisso de não-utilização da política cambial como meio de obtenção de vantagem comercial indevida.

O passar do tempo consolidou em muitos fóruns nacionais e internacionais o entendimento de que a livre atuação das instituições privadas existentes nos Estados desenvolvidos seria suficiente para proporcionar a observância do compromisso internacional de não utilização da política cambial nacional como um meio de elevação artificial da competitividade dos produtos nacionais. A expressão "liberdade cambial" passou a ser empregada para designar o regime jurídico que, segundo alguns, seria exigível das instituições governamentais desses Estados. Essa exigibilidade, todavia, não resulta do Tratado do FMI, pois este assegura aos Estados liberdade para

escolher o sistema cambial adotado para as respectivas moedas (Artigo IV, seção 2)[5].

O papel da OMC

A Organização Mundial do Comércio (OMC), criada em 1995, proporcionou um novo ambiente de debates das questões do comércio internacional, e igualmente proporcionou um mais eficiente foro disciplinador das controvérsias referentes a práticas governamentais de natureza tarifária e não-tarifária contrárias ao livre comércio. A disciplina antes presente no GATT 1947 permaneceu em vigor por meio do GATT 1994 após a criação da OMC, embora sujeita a alguns ajustes na interpretação de seu conteúdo.

O texto do GATT não deixa dúvidas acerca da interação do FMI com a OMC. Primeiro, o Artigo III afirma que a Organização cooperará, no que couber, com o Fundo Monetário Internacional, com o Banco Mundial e com os órgãos a eles afiliados para alcançar uma maior coerência na formulação das políticas econômicas em escala mundial. Depois, o Artigo XV estabelece que sempre que houver problemas concernentes a reservas monetárias, balanço de pagamentos ou arranjos cambiais haverá consulta ao FMI, e será aceita a determinação do Fundo quanto a eventual violação das regras do Fundo pelo Estado cuja política cambial tenha sido objeto de reclamação. Em conseqüência, a discussão no âmbito do sistema de solução de controvérsias da OMC será fortemente influenciada, para dizer o mínimo, pelos elementos de prova e pela manifestação pericial oriunda do FMI sempre que a controvérsia versar práticas concernentes a reservas monetárias, balanço de pagamentos ou arranjos cambiais. Disposições no mesmo sentido podem ser encontradas no tratado firmado entre o FMI e a OMC (IMF, 2005).

Levar uma controvérsia como a que tem envolvido EUA-China para discussão perante a OMC seria, em tese, possível, mas não seria uma empreitada sem riscos. Seria possível enfrentá-la sob a ótica da vedação

[5] Under an international monetary system of the kind prevailing on January 1, 1976, exchange arrangements may include (i) the maintenance by a member of a value for its currency in terms of the special drawing right or another denominator, other than gold, selected by the member, or (ii) cooperative arrangements by which members maintain the value of their currencies in relation to the value of the currency or currencies of other members, or (iii) other exchange arrangements of a member's choice.

aos subsídios, em razão de a prática configurar, em tese, um subsídio à exportação, desde que suficientemente identificados a especificidade, a contribuição financeira governamental e o benefício (BENITAH, 2003). A conduta controvertida poderia ser igualmente atacada sob o argumento de representar o emprego de taxa de câmbio para frustrar os objetivos do GATT, não obstante a dificuldade representada pela liberdade de seleção de política cambial assegurada pela Seção 2 do Artigo IV do Tratado do FMI (DENTERS, 2003). Qualquer que fosse a abordagem selecionada pelo reclamante, a questão poderia ser levada à OMC, que a apreciaria com o apoio do FMI.

A CONTROVÉRSIA SOBRE POLÍTICA CAMBIAL E O MERCOSUL

A mesma questão pode ser abordada segundo a disciplina jurídica do Mercosul, pois o Tratado de Assunção e seu Anexo I repudiam as medidas unilaterais capazes de causar gravames ou restrições ao comércio entre os membros do bloco. Segundo o ali estabelecido, as perturbações de natureza cambial, monetária e fiscal foram incluídas entre os gravames e restrições não tarifários considerados potencialmente violadores do compromisso internacional assumido (Art. 2º do Anexo I ao Tratado de Assunção).

Com a assinatura do Tratado de Assunção, os Estados Partes do Mercosul puseram em marcha um empreendimento destinado ao estabelecimento da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos por meio da eliminação de direitos alfandegários e restrições não tarifárias. A coordenação de políticas macroeconômicas (políticas fiscal, monetária e cambial) foi declarada um dos elementos fundamentais para a materialização das condições adequadas de concorrência entre os agentes econômicos dos Estados Partes (Art. 1º), a ser empreendida de forma gradual e convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias (Art. 5º).

O Art. 1º do Programa de Liberação Comercial, contido no Anexo I ao Tratado de Assunção, dispôs que os Estados Partes eliminariam os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco. E o Art. 2º desse Programa definiu "gravames" como os "direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeitos equivalentes, seja de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza", incidentes sobre o comércio exterior. O Programa definiu, ainda, as "restrições" como "qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza,

mediante a qual, um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco".

Solução de controvérsias no Mercosul

A solução de controvérsias no Mercosul foi inicialmente concebida nos termos do Protocolo de Brasília, segundo a abordagem clássica de Direito Internacional Público para a solução das controvérsias entre entes soberanos inseridos em ajustes intergovernamentais. O Artigo 1º do Protocolo estabeleceu como seu âmbito de aplicação as controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, bem como, dos acordos celebrados no âmbito desse Tratado e dos atos dos órgãos do Mercosul.

O campo de aplicação do Protocolo de Olivos, que atualizou o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, é substancialmente o mesmo, ou seja, as controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção etc. Em princípio, portanto, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul deve estar apto a enfrentar reclamações resultantes da imposição de "direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeitos equivalentes, seja de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza", incidentes sobre o comércio exterior. Ou seja, "qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco".

O Artigo 1º do Protocolo de Olivos admite que os Estados Partes do Mercosul escolham entre levar a controvérsia para solução perante o sistema da OMC ou resolvê-la por meio do sistema estabelecido no Bloco. Qualquer que seja a opção, as dificuldades para o reclamante serão semelhantes ante uma controvérsia que envolva políticas cambiais. E embora não exista compromisso de cooperação entre o Mercosul e o FMI, é razoável imaginar que os juízos arbitrais do Mercosul também busquem elementos fáticos e fundamentação técnica para suas decisões nos arquivos e na experiência do FMI. Os Estados do Mercosul poderão contar, adicionalmente, com a perícia técnica do Grupo de Monitoramento Macroeconômico, órgão especializado, criado com a finalidade de proporcionar a coordenação macroeconômica fundamental ao desenvolvimento dos blocos econômicos.

Conclusão

Após esta análise reconhecidamente superficial da controvérsia, é razoável apresentar algumas conclusões como um convite a abordagens mais aprofundadas. Assim, as medidas de política cambial adotadas por um Estado podem atingir o comércio de bens e serviços originados de outros Estados. Os tratados da OMC e do Mercosul admitem que os gravames resultantes de políticas cambiais nacionais sejam eventualmente violadores dos compromissos internacionais assumidos. Os sistemas de solução de controvérsias da OMC e do Mercosul apresentam-se como foros competentes para a apreciação de reclamações fundadas em gravame comercial causado por política cambial de Estado Parte. Os juristas envolvidos nessas controvérsias deverão estar preparados para avaliar e decidir, por exemplo, se a sistemática de aquisição ou venda de moeda estrangeira praticada pelo Banco Central de determinado Estado caracteriza ação legítima de administração do balanço de pagamentos ou, ao contrário, constitui gravame ou restrição vedada ao comércio internacional.

Referências

ACCIOLY, Elizabeth. **Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos**. Coimbra: Almedina, 2004.

BENITAH, Marc. **China's fixed exchange rate for the Yuan: could the United States challenge it in the WTO as a subsidy?** Disponível em http://www.asil.org/insights/insigh117.htm. Acesso em 27 de outubro de 2005.

CUNHA, Paulo de P. **Integração européia: estudos de economia política e direito comunitário**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1993

DENTERS, Erik. **Manipulation of exchange rates in international law: the Chinese Yuan**. Disponível em http://www.asil.org/insights/insigh118.htm. Acesso em 27de outubro de 2005.

IMF. **Agreement between the International Monetary Fund and the World Trade Organization**. Disponível em http://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/index.asp?decision=11381-(96/105)_2. Acesso em 27 de outubro de 2005.

INGRAM, James C. DUNN Jr., Robert M. **International Economics**. 3rd ed. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1993.

Solução de Controvérsias Comerciais Internacionais

Haroldo de Macedo Ribeiro[1]

Eu gostaria de iniciar minha intervenção neste debate, cumprimentando a Professora Nadia de Araujo pelo caminho por ela escolhido para tratar de um tema da relevância daquele que nos reúne nesta tarde no Itamaraty.

Ao partir da análise da aplicação de princípios jurídicos no processo de tomada de decisões de órgãos de solução de controvérsias em geral, e do sistema regional do Mercosul em particular, a Professora Nadia traz à discussão, de forma inovadora, uma série de temas relevantes para os estudiosos do Direito Internacional, assim como para aqueles profissionais que atuam diretamente na resolução de conflitos comerciais internacionais.

De fato, os próprios mecanismos institucionais criados para solucionar controvérsias comerciais – bilaterais, regionais ou multilaterais – constituem expressão de um princípio jurídico de suma relevância para o Direito Internacional, qual seja o princípio da solução pacífica dos conflitos internacionais. Ao negociar o comprometimento do Brasil, no curso dos últimos anos, com um conjunto de regras e procedimentos relativos à solução de controvérsias, a diplomacia brasileira nada mais fez do que dar conteúdo concreto, no plano econômico, ao princípio da solução pacífica de conflitos, que figura no Artigo 4º da Constituição Federal como um dos princípios orientadores do País em suas relações internacionais.

Ao contrário do que pode parecer, portanto, o princípio da solução pacífica de conflitos não se circunscreve apenas à vertente política ou militar das relações internacionais. No caso específico do Brasil, país que definiu suas fronteiras políticas há uma centena de anos e que exibe uma longa tradição de defesa da paz no cenário internacional, o princípio da

[1] Diplomata, Coordenador-Geral, interino, de Contenciosos do Ministério das Relações Exteriores.

solução pacífica de conflitos aplica-se com muita propriedade ao campo econômico-comercial.

Como nos ensinou hoje a Professora Nadia de Araujo, a aplicação de certos princípios jurídicos por parte de órgãos de solução de controvérsias no exercício de suas atividades não configura apenas uma opção oferecida a quem decide, mas uma verdadeira necessidade. A análise feita pela Professora Nadia acerca da aplicação de princípios jurídicos de ordem geral nos diversos contenciosos conduzidos ao amparo do sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia, por exemplo, sua relevância quando o julgador encontra diante de si lacunas normativas.

Em relação a esse aspecto particular, creio ser conveniente ter presente que, a exemplo do que ocorre no plano nacional, também no âmbito da integração econômica regional ou na esfera multilateral, o pacote de regras negociadas pelas partes contratantes não disciplina todas as situações com as quais terão de lidar. Na realidade, se comparados com os sistemas nacionais, os sistemas normativos regionais e multilateral têm uma cobertura bastante mais limitada, o que exige dos órgãos de solução de controvérsias, quando em face de conflitos comerciais concretos, a aplicação de princípios gerais que permitam solucioná-los de forma consistente e juridicamente coerente.

Tanto no plano da integração regional como no âmbito multilateral, a construção dos sistemas normativos faz-se de forma gradual. Nem mesmo na União Européia, após dezenas de anos de criação de um expressivo patrimônio normativo, encontram-se disponíveis regras capazes de disciplinar a totalidade das atividades econômicas e de toda natureza desenvolvidas no espaço comunitário. Assim sendo, diante de lacunas normativas às vezes insuspeitas, nada mais natural que um órgão de solução de controvérsias necessite lançar mão de princípios jurídicos de ordem geral para equacionar disputas comerciais concretas.

A aplicação de princípios jurídicos de ordem geral por parte de órgãos de solução de controvérsias no plano internacional, porém, não se justifica apenas em função de lacunas normativas porventura existentes nas disciplinas multilaterais. Não é raro que os compromissos internacionais sejam redigidos em linguagem que se presta a mais de uma interpretação. Enganam-se aqueles que apontam como origem do problema a incapacidade dos diplomatas de negociaram textos claros, que reflitam exatamente os compromissos assumidos pelas partes contratantes. Muitos dos textos reputados como nebulosos pelos intérpretes refletem, na

realidade, o que se chama "ambigüidade construtiva", estratégia negociadora que permite que acordos difíceis, porém essenciais, sejam fechados.

À luz do exposto, parece-me clara a relevância para o estudo do tema "solução de controvérsias comerciais internacionais" do esforço analítico realizado pela Professora Nadia de Araujo, cujos resultados nos foram hoje apresentados em sua conferência.

O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

Para o Brasil, o Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC constitui um dos principais resultados da Rodada Uruguai do GATT. No início da Rodada, já se sabia que a negociação de um mecanismo de solução de controvérsias eficaz seria essencial para atribuir maior segurança e previsibilidade ao sistema multilateral. No que tange à natureza do mecanismo, havia Membros que defendiam a adoção de procedimentos nos quais a dimensão diplomática, fundada sobretudo em dinâmicas de negociação, prevaleceria sobre aspectos de natureza jurídica. Outros Membros, porém, entendiam que o novo mecanismo deveria refletir inequívoca prevalência da dimensão jurídica sobre a diplomática, com regras e procedimentos de natureza jurídica bem definidos. O resultado alcançado foi o Entendimento de Solução de Controvérsias, instrumento de natureza híbrida, que contém elementos negociais e jurídicos.

Se comparado com o mecanismo de solução de controvérsias do GATT, que o antecedeu, o sistema da OMC exibe importantes avanços. Três destes avanços merecem referência especial: a inversão da regra do consenso, a criação de uma instância recursal e a introdução da faculdade de suspender concessões e obrigações – ou seja, de "retaliar" – em caso de descumprimento de decisões do sistema.

No que tange à inversão da regra do consenso, a inovação veio trazer maior automaticidade ao mecanismo e garantir que a parte demandada ou a parte perdedora não obstaculizem, respectivamente, o início do contencioso ou a adoção dos relatórios do Painel ou do Órgão de Apelação. Ao contrário do mecanismo do GATT, nos termos do qual um procedimento arbitral somente se iniciava e um relatório de Painel somente era adotado se todas as partes estivessem de acordo, inclusive a demandada ou a que perdeu, no sistema da OMC é preciso consenso para que isso não ocorra.

Outra inovação relevante foi a criação do Órgão de Apelação, instância recursal integrada por sete membros, com mandatos de quatro anos renováveis por igual período, competente para deliberar, apenas em relação aos aspectos jurídicos da questão e em caráter final, sobre recursos interpostos por Membros inconformados com recomendações de primeira instância. A criação do Órgão de Apelação ampliou a dimensão jurídica do mecanismo multilateral de solução de controvérsias, contribuindo para a geração de jurisprudência consolidada a partir de um órgão de natureza permanente.

No que se refere ao tema da implementação das decisões do sistema, a possibilidade de que sanções sejam impostas pelo país vencedor de um contencioso ao país perdedor que não tenha cumprido as recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias diferencia o mecanismo da OMC de outros existentes no plano multilateral. As chamadas "garras" do mecanismo da OMC serviriam de "incentivo" para que as decisões do sistema sejam efetivamente implementadas. É preciso ter presente, a esse respeito, que a retaliação é sempre um procedimento transitório e que, em nenhuma hipótese, substitui a obrigação de implementar as recomendações do Órgão de Solução de Controvérsias.

As controvérsias na OMC desenvolvem-se, de modo geral, em longa e complexa sucessão de etapas, as quais envolvem consultas, painéis, apelação, adoção de relatórios, procedimentos de implementação, negociações de compensação e retaliação. Por não se tratar de um sistema de natureza exclusivamente jurisdicional, mas de um mecanismo híbrido que envolve diversos procedimentos de natureza diplomático-negocial (obrigatoriedade de realização de consultas bilaterais prévias, possibilidade de adoção de soluções mutuamente satisfatórias pelas partes a qualquer momento da disputa, possibilidade de alteração ou suspensão de prazos processuais em virtude de entendimento entre as partes etc.), um contencioso na OMC pode ter longa e imprevisível duração.

A Participação do Brasil no Sistema de Solução de Controvérsias da OMC

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, o Brasil figura com destaque entre os atores mais relevantes do sistema de solução de controvérsias. Trata-se do país em desenvolvimento que mais vezes participou de procedimentos de solução de controvérsias na OMC,

ocupando o quarto lugar no total geral de disputas, logo após os Estados Unidos, a União Européia e o Canadá. Embora responda por cerca de 1% do comércio internacional, o Brasil participou, até a presente data, de aproximadamente 16% dos contenciosos conduzidos ao amparo do Entendimento sobre Solução de Controvérsias.

O dinamismo da participação do Brasil no mecanismo de solução de controvérsias da OMC reflete a confiança depositada pelo País no sistema multilateral de comércio e a convicção de que este mecanismo constitui instrumento eficaz no combate ao unilateralismo e para a promoção do efetivo cumprimento, por parte dos Membros, dos compromissos por eles próprios assumidos na OMC. Adicionalmente, o Brasil compreendeu cedo o importante papel que a jurisprudência formada a partir das deliberações dos Painéis e do Órgão de Apelação exerceria sobre a evolução da normativa multilateral. Os países que desejam participar ativamente dessa evolução, portanto, não podem estar ausentes do mecanismo de solução de controvérsias da Organização.

O fato de o Brasil participar ativamente do mecanismo de solução de controvérsias da OMC e de apoiá-lo não significa, porém, que o País o considere isento de imperfeições. Em especial, preocupa ao Brasil o fato de o mecanismo ser complexo e caro, e de que, por estas e outras razões, os países em desenvolvimento enfrentem grandes dificuldades técnicas e financeiras para utilizá-lo. No processo de revisão do Entendimento sobre Solução de Controvérsias, ora em curso, o Brasil tem pautado sua atuação no sentido de evitar agregar complexidade ao mecanismo, limitando-se a promover aquelas alterações que possam tornar seus procedimentos mais expeditos e eficazes.

No curso dos últimos anos, o Brasil obteve vitórias importantes em contenciosos de que participou na OMC. Tais êxitos ocorreram em áreas dinâmicas da economia exportadora brasileira, como o setor aeronáutico, o siderúrgico e o da agroindústria, mais especificamente em disputas envolvendo produtos como algodão, açúcar, frango salgado, suco de laranja e bananas. A preparação da defesa dos interesses brasileiros na OMC compete ao Ministério das Relações Exteriores, que o faz por intermédio da Coordenação-Geral de Contenciosos, uma de suas unidades administrativas, de cuja equipe tenho o gosto e o privilégio de fazer parte.

Observações Finais

Ao concluir minha rápida intervenção nesta seção, em que ouvimos a conferência da Professora Nadia de Araujo, gostaria de agradecer o convite formulado pelo Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, para participar desta Mesa de Debates, bem como de expressar meu entusiasmo pela realização dessas Jornadas no Itamaraty, iniciativa que reputo da maior importância para a difusão de temas do Direito Internacional Público da maior relevância para o Brasil e o mundo.

O Novo § 3º do Art. 5º da Constituição e sua Eficácia*

Valerio de Oliveira Mazzuoli[1]

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi, sem dúvida, um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país. Mas, se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada nova ordem estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a

* O presente texto é a versão revista de artigo originalmente publicado na **Revista Forense**, vol. 378, ano 101, mar./abr./2005, p. 89-109, e na **Revista da AJURIS**, ano XXXII, n.º 98, jun./2005, p. 303-331. Em ambas as publicações, não se fez constar o Projeto de Lei Complementar sobre a Aplicação das Normas Internacionais no Brasil, de nossa autoria, estampado na parte final deste estudo.

[1]Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos no Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), em São Paulo, e de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da Universidade Estadual de Londrina (UEL–PR). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e coordenador jurídico da **Revista de Derecho Internacional y del Mercosur** (Buenos Aires). Diretor-Presidente do Núcleo de Pós-Graduação da Escola Superior de Direito de Mato Grosso (ESUD). Advogado no Estado de São Paulo.

Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

No que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

A Constituição de 1988, dentro desse contexto internacional marcadamente humanizante e protetivo, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. O último passou a ser, até mesmo, princípio pelo qual o Brasil deve se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a

Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2.º do seu art. 5.º, deixou bem estatuído que:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. [destaque nosso]

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. A nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição "os inclui" no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade".[2]

[2] São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar neste estudo, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros trabalhos sobre o tema, dos quais se recomenda a prévia leitura para a melhor compreensão deste texto. São eles: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, "A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro", in **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n.º 147, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2000, p. 179-200; "Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro", in **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n.º 148, Brasília: Senado Federal, out./dez. 2000, p. 231-250; e também MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-252; **Prisão civil por**

Da análise do § 2.º do art. 5.º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias expressos na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5.º, bem como outros fora do rol de direitos, mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno; b) direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.[3]

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5.º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, os últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Es-

dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109-176; e ainda, do mesmo autor, **Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**, 2. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 357-395. Nesse exato sentido, defendendo o status constitucional e a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, pela interpretação do § 2.º do art. 5.º da CF, vide também: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos", in **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**, 2. ed., San José, Costa Rica/Brasília: IIDH (et all.), 1996, p. 210 e ss; e PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 5. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-98 (onde, pioneiramente, se defendeu com clareza a hierarquia constitucional e a aplicação imediata desses tratados no direito interno brasileiro); e ainda seu **Temas de direitos humanos**, 2. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44-48. Também defenderam esta tese, en passant, SILVA, José Afonso da, **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 195-196; MAGALHÃES, José Carlos de, **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 64 e ss; e VELLOSO, Carlos Mário da Silva, "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n.° 162, Brasília, abr./jun./2004, p. 39.

[3] Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", cit., p. 38-39.

tado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida, pois aquilo a que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais.[4]

Para nós, cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.[5]

Ainda em sede doutrinária, também não faltaram vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente o status supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de jus cogens internacional.[6]

---

[4] Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**, 2. ed., cit., p. 359-360; e BIDART CAMPOS, German J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, Tomo III. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995, p. 282.

[5] Cf., neste exato sentido, ARNOLD, Rainer, "El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: desarrollo y perspectivas", in MANCHEGO, José F. Palomino & GARBONELL, José Carlos Remotti (coords.), **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica** (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 22.

[6] No Brasil, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é muito bem defendida pelo Prof. Celso D. de Albuquerque Mello, que se diz "ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada", tese esta que "está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional". (Cf. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", in TORRES, Ricardo Lobo [org.], **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25).

Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, não tendo chegado a uma solução uniforme, tampouco satisfatória.[7]

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subseqüente ao § 2.º do art. 5.º da Constituição, por meio da recente Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, proveniente da PEC 29/2000 relativa à "Reforma do Judiciário", com a seguinte redação:

> § 3.º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A redação do dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do art. 60, § 2.º da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição "será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros". A semelhança dos

[7] Vide, sobre a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusos os de direitos humanos) têm nível de lei ordinária –, o julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Min. Celso de Mello, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Em relação à posição minoritária do STF, destacam-se os votos dos Ministros Carlos Velloso, em favor do status constitucional dos tratados de direitos humanos (v. HC 82.424-2/RS, relativo ao famoso "caso Ellwanger", e ainda seu artigo "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", já cit., p. 39), e Sepúlveda Pertence, que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional destes tratados, passou a aceitar, entretanto, o status de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestando: "Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5.º, § 2.º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim […] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes." (v. RHC 79.785-RJ, in **Informativo do STF**, n.º 187, de 29.03.2000).

dispositivos está ligada ao fato de que, anteriormente à entrada em vigor da Emenda n.º 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, antes de serem ratificados pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais (a nosso ver infundadas) sobre a aparente hierarquia infraconstitucional (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno.

A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1.º e 2.º da Lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz (com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados "sobre direitos humanos" como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem complementar a Constituição, uma vez que esta seja emendada por lei, aprovada por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos:

> Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental]
> 1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que altere ou complemente expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, complementar, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental.
> 2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal [destaque nosso].[8]

A alteração do texto constitucional brasileiro, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar, como

[8] Para detalhes, vide VON SIMSON, Werner & SCHWARZE, Jorge, "Integración europea y Ley Fundamental: Mastrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán", in BENDA, Ernst et alii, **Manual de derecho constitucional**, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 33 e ss.

veremos no decorrer deste estudo, graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no nosso direito interno, sendo que o primeiro e mais estúpido deles foi o de ter feito tabula rasa de uma interpretação do § 2.º do art. 5.º da Constituição, que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros.[9]

Na medida em que a nova alteração constitucional prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente equivalerão às emendas constitucionais uma vez que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, fica a questão de saber se o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição, acrescentado pela Emenda n.º 45/2004, prejudica ou não o entendimento que já vinha sendo seguido em relação ao § 2.º do mesmo art. 5.º da Carta de 1988, no sentido de terem os tratados de direitos humanos status de norma constitucional.

Antes de estudarmos todas as facetas do novo § 3.º do art. 5.º da Constituição, é mister verificar como se encontra a situação dos tratados de direitos humanos nas Constituições latino-americanas. Esse panorama comparado auxiliará na contextualização do problema e ajudará o intérprete na sua resolução.

Vários países latino-americanos têm concedido status normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos, sendo crescente a preocupação deles em se deixar bem assentado, em nível constitucional, a questão da hierarquia normativa de tais instrumentos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana.[10]

---

[9] Em sede jurisprudencial, vale destacar um dos votos precursores em relação ao tema no país, do então Juiz Antonio Carlos Malheiros, proferido no julgamento do Habeas Corpus n.º 637.569-3, da 8.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, onde ficou bem colocado que "os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais". No mesmo sentido, vide o voto proferido na Apelação n.º 483.605-0/1 do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 5ª Câm., rel. Juiz Dyrceu Cintra, julg. em 23.04.97 (voto n.º 781).

[10] Cf., para um estudo mais amplo do tema, BUERGENTHAL, Thomas, "Modern constitutions and human rights treaties", in **Columbia Journal of Transnational Law**, n.º 36, 1997, p. 216-217; e FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in **Revista Latinoamericana de Derecho**, año 1, n.º 1, enero./junio de 2004, p. 141-180. Aliás, como destaca Fix-Zamudio: "En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de derecho internacional,

Abstraindo-se a Constituição brasileira de 1988, pode-se verificar várias Constituições de países latino-americanos que, seguindo a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao direito interno, passaram a incorporar nos respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos. Nesse sentido, a Constituição peruana anterior, de 1979, estabelecia, no seu art. 101, que "os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional", e que, "em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro".[11] No art. 105, a mesma Carta determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, não podendo ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição, o que, infelizmente, não mais se encontra na atual Constituição do Peru de 1993, "a qual se limita a determinar (4.ª disposição final e transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru".[12]

A Constituição da Guatemala também atribui aos tratados internacionais de direitos humanos condição especial (art. 46), diferindo, contudo, da Carta peruana de 1979, na medida em que esta dava aos ditos tratados a hierarquia de norma materialmente constitucional, enquanto aquela atribuía a estes preeminência sobre a legislação ordinária, bem como sobre o restante do direito interno. A Constituição da Nicarágua, por sua vez, integra à sua enumeração constitucional de direitos, para fins de proteção, os direitos consagrados nos seguintes instrumentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno, inspirándose de alguna manera la evolución que se observa en los países de Europa continental con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial" (idem, p. 175).

[11] Cf., a esse respeito, FIX-ZAMUDIO, Héctor, **Protección jurídica de los derechos humanos**, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 173.

[12] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos", in **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996, p. 19.

A Constituição do Chile, reformada em 1989, passou a dispor, no seu art. 5.º, inc. II, que: "É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes". Na mesma linha, encontra-se a Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, cujo art. 93 traz disposição no sentido de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pela Colômbia têm prevalência na ordem interna, e que os direitos humanos constitucionalmente assegurados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Acrescenta ainda o seu art. 94 que a "enunciação dos direitos e garantias contidos na Constituição e em convênios internacionais vigentes não deve ser entendida como negando outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles".[13] E ainda, segundo o art. 164 da Carta colombiana, "o Congresso dará prioridade ao trâmite de projetos de lei aprobatórios dos tratados sobre direitos humanos que sejam submetidos à sua consideração pelo governo".

Seguindo essa nova tendência das Constituições latino-americanas, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabelece em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm hierarquia constitucional, só podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Poder Legislativo. A Carta Magna argentina indica que têm essa hierarquia os seguintes instrumentos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; f) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; g) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; h)

[13] Estas disposições já são suficientes, segundo Sandra Morelli Rico, para atribuir um caráter "supranacional" aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tendo esta interpretação sido reconhecida inclusive pela Corte Constitucional colombiana. Cf. RICO, Sandra Morelli, "Reconocimiento y efectividad de la carta de derechos contenida en la Constitución colombiana de 1991", in MANCHEGO, José F. Palomino & GARBONELL, José Carlos Remotti (coords.), **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)**, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 208-209.

Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a j) Convenção sobre os Direitos da Criança.

A reforma constitucional argentina de 1994 foi grandemente influenciada por uma inovadora jurisprudência que começava a se formar, reconhecendo a primazia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sobre a legislação interna (exatamente o que o poder reformador brasileiro deveria ter feito, seguindo a doutrina mais especializada, mas que infelizmente não fez). A Carta argentina frisa ainda que tais direitos são "complementares" aos direitos e garantias nela reconhecidos.[14]

Segundo Cançado Trindade, outra técnica seguida pelas recentes reformas constitucionais latino-americanas "tem consistido em dispor sobre a procedência do recurso de amparo para a salvaguarda dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (Constituição da Costa Rica, reformada em 1989, artigo 48; além da Constituição da Argentina, artigo 43); outras Constituições optam por referir-se à normativa internacional em relação a um determinado direito, para o qual 'a fonte internacional adquire hierarquia constitucional' (Constituições do Equador, artigos 43 e 17; de El Salvador, artigo 28; de Honduras, artigo 119, 2)". E continua: "As Constituições latino-americanas supracitadas reconhecem assim a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensam atenção e tratamento especiais à matéria. Ao reconhecerem que sua enumera-

[14] Como leciona Bidart Campos, o termo "complementares", inserido no inciso 22 do art. 75 da Carta Magna argentina reformada, não significa que aqueles instrumentos por ela elencados têm hierarquia inferior à Constituição, e muito menos que eles têm mero caráter secundário ou acessório; "complementário" não quer dizer "supletório". "Complementário", para Bidart Campos, quer dizer que "algo" deve agregar-se a outro "algo" para que este esteja completo. De sorte que aqueles instrumentos internacionais com hierarquia constitucional conferem completude ao sistema de direitos da Constituição, gerando uma dupla fonte: a interna e a internacional, para que só assim o sistema argentino de direitos esteja abastecido. Do contrário, segundo ele (e com absoluta razão, a nosso ver), o texto constitucional não estará completo. Cf. BIDART CAMPOS, German J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, Tomo III, cit., p. 277-278. Cf. também, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994", in MANCHEGO, José F. Palomino & GARBONELL, José Carlos Remotti (coords.), **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)**, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 524-528.

ção de direitos não é exaustiva ou supressiva de outros, descartam desse modo o princípio de interpretação das leis inclusio unius est exclusio alterius. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. […] A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central".[15]

Entretanto, a Constituição latino-americana que mais evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos foi a recente Carta venezuelana de 1999, verdadeiro "modelo" de constitucionalismo democrático e protetor de direitos, que deveria ser seguido pelo legislador constitucional brasileiro (e que, lamentavelmente, também não o foi). De fato, a Constituição da Venezuela dispõe agora, em seu art. 23, que os tratados, pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, "têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público" [destaque nosso]. Trata-se da consagração, em sede constitucional, das regras que vários internacionalistas vêm defendendo há vários anos, tendo em vista que dá aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional e incorporação automática, além, é claro, de erigir expressamente o princípio da primazia da norma mais favorável a princípio hermenêutico constitucional.

Tais textos constitucionais latino-americanos são, portanto, reflexo do constitucionalismo que vem se desenvolvendo em todos os países democráticos do mundo. O Brasil, como se verá, ficou atrasado em relação aos demais países da América Latina, em relação à eficácia interna dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, não obstante ter tido a oportunidade de rever alguns dos conceitos equivocados que a jurisprudência atual veio sedimentando através dos tempos, quando promulgou a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que não incorporou sequer os

[15] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Direito internacional e direito interno…", op.cit., p. 21-22.

avanços doutrinários que há tempos vêm sendo desenvolvidos no país, tendo preferido seguir o que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

Vejamos agora quais as incongruências do novo § 3º do art. 5.º da Constituição de 1988.

Sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminarem as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição de 1988 aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, mas, sim, um dispositivo que reforçasse o significado do § 2.º do art. 5.º, dando-lhe interpretação autêntica. Por esse motivo também havíamos proposto, como alteração constitucional, a introdução de mais um parágrafo no art. 5.º da Carta de 1988, mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2.º já tem. A redação que propusemos, publicada em nosso livro **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**, foi a seguinte:

> § 3.º. Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.[16]

Como se vê, a redação que queríamos, já há algum tempo, para um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais, não invalida a interpretação doutrinária relativa aos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Carta de 1988, que tratam, conjugadamente, da hierarquia constitucional e da aplicação imediata dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Neste caso, a inserção de um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição valeria tão-somente como interpretação autêntica do parágrafo anterior, ou seja, do § 2.º do elenco constitucional dos direitos e garantias.

Essa proposta que fizemos, inspirada no legislador constitucional venezuelano de 1999, teria a vantagem de evitar os graves inconvenientes

[16] Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**…, op.cit., p. 348.

sofridos pela atual doutrina, no que tange à interpretação do efetivo grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados de proteção dos direitos humanos. Afastaria, ademais, as controvérsias até então existentes em nossos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal, relativamente ao assunto.

Tal mudança, ao nosso ver, era o mínimo que poderia ter sido feito pelo legislador constitucional brasileiro, retirando a Constituição do atraso de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Emenda Constitucional n.º 45, entretanto, não seguiu essa orientação e estabeleceu, no § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (que é exatamente o quorum para a aprovação de uma emenda constitucional).

Esta alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de jus cogens, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece.

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a esta matéria, serem aprovados sem este quorum, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não-qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tri-

bunais nacionais (que poderão preterir o tratado a fim de aplicar a legislação "mais recente"), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.[17]

Surgiria ainda o problema de saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda n.º 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, perderiam o status de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição, caso agora não aprovados pelo quorum do § 3.º do mesmo art. 5.º.

Como se dessume da leitura do novo § 3.º do art. 5.º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam aprovados pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo quorum do § 3.º, para que esse tratado mude de status. Mas de qual status mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos – o status de lei ordinária –, para passar a deter o status de norma constitucional. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir que hierarquia normativa devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.

O nosso poder reformador, ao conceber este § 3.º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do referendum congressual do art. 49, inc. I da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no

[17] Nesse sentido, assim já se referia BARRAL, Welber, "Reforma do judiciário e direito internacional", in **Informativo Jurídico do INCIJUR**, n.º 04, nov./1999, p. 03-04.

Brasil, uma vez que cria "categorias" jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Por tudo isto, pode-se inferir que o recém-criado § 3.º do art. 5.º da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais, no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.

Isso faria que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e sua proteção.

Na verdade, tal fato não seria necessário, se fosse aplicável no Brasil o princípio de que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os "princípios" do art. 4.º da Constituição, ao nosso ver, para a Excelsa Corte nada valem, mesmo que tenham sido colocados pelo legislador constituinte em nosso texto constitucional.

Como o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição já está em vigor (e, aparentemente, não se vislumbra uma reforma breve de seu texto), cabe à doutrina interpretá-lo segundo os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Mas antes de se verificar qual a interpretação mais condizente do novo § 3.º do art. 5.º da Constituição, uma questão que tem de ser obrigatoriamente colocada (embora não tenhamos visto ninguém fazê-lo até agora) diz respeito ao momento em que deve se manifestar o Congresso Nacional quando pretender aprovar um tratado de direitos humanos nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição, bem como se esta manifestação congressual poderia suprimir a fase constante do art. 49, inc. I, da Constituição, que trata do poder do Parlamento em decidir definitivamente sobre os tratados internacionais (quaisquer que sejam) assinados pelo Presidente da República.

Pergunta-se, agora: em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º do art. 5.º da Constituição?

A Constituição de 1988 cuida do processo de celebração de tratados em tão-somente dois de seus dispositivos (arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I), que assim dispõem:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> […]
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; […]
> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; […]

Como se percebe pela leitura dos artigos transcritos, a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo no processo de conclusão de tratados internacionais.[18]

Este procedimento estabelecido pela Constituição vale para todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, sejam eles tratados comuns ou de direitos humanos. Nem se diga que a referência aos "encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" exclui da apreciação parlamentar os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 84, inc. VIII, da Constituição é claro em submeter todos os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Parlamento, como já pacificado na melhor doutrina.[19]

Assim, uma primeira interpretação que poderia ser feita é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando ao último a ratificação do acordo, constante do art. 49, inc. I, da Constituição, não fica

[18] Para um estudo detalhado do processo constitucional de celebração de tratados no Brasil, vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**, 2. ed., cit., p. 265-336.
[19] Vide, a propósito, CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo, **O poder de celebrar tratados**, Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 395-398.

suprimida, em absoluto, pela regra do novo § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, visto que a participação do Parlamento no processo de celebração de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Não há que se confundir o referendo dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inc. I, da Constituição, materializado por meio de um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual status hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida agora o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição.

A segunda interpretação que poderia ser dada é no sentido de que o § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988 excepcionou a regra do art. 49, inc. I, da Constituição e, dessa forma, poderia, no caso da celebração de um tratado de direitos humanos, fazer as vezes deste último dispositivo constitucional. Caso seja este o entendimento adotado, deve-se fazer a observação de que o referido § 3.º foi mal colocado ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição, uma vez que seria mais preciso incluí-lo como uma segunda parte do próprio art. 49, inc. I. Será difícil entender como correta esta segunda interpretação, sob pena de o processo de celebração de tratados ficar com a ordem desvirtuada, uma vez que o § 3.º do art. 5.º não diz que cabe ao Congresso Nacional decidir sobre os tratados assinados pelo Chefe do Executivo, como faz o art. 49, inc. I, deixando entender que a aprovação ali constante serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois de este já se encontrar em vigor internacional.

Perceba-se que o § 3.º do art. 5.º não obriga o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo quorum qualificado que estabelece. O que o parágrafo faz é apenas autorizar o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier e a seu alvedrio e a seu talante, a "equivalência de emenda" aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isto significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, inc. I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais.

Assim, o iter procedimental de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição, poderia, em princípio, dar-se de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

1ª) Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no **Diário Oficial da União**, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem lhes atribuir a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo quorum qualificado do § 3.º do art. 5.º;

2ª) Depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados (seguindo-se o rito das propostas de emenda constitucional) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, inc. I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, uma vez ratificado pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico interno, equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo seus efeitos.

Perceba-se que esta segunda hipótese é perigosa e pode ser mal interpretada, lendo-se friamente o § 3.º do art. 5.º, que, à primeira vista, leva o intérprete a entender que, a partir da aprovação congressual, pelo quorum que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, visto que, para que um tratado entre em vigor, é imprescindível a sua futura ratificação pelo Presidente da República e, ainda, que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes de ratificado e, muito menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente. Esta falsa idéia surge da leitura desavisada do texto do referido parágrafo, segundo o qual os tratados e convenções internacionais "sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". A colocação que se pode fazer é

seguinte: uma vez aprovado eventual tratado de direitos humanos, logo depois de sua assinatura, nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição (suprimindo-se, portanto, a fase do art. 49, inc. I), já seria ele equivalente a uma emenda constitucional? É óbvio que não. Jamais uma convenção internacional, aprovada neste momento do iter procedimental de celebração de tratados poderá, desde já, ter o efeito que pretende atribuir-lhe o § 3.º em exame, a menos que se queira subverter a ordem constitucional por completo, pois é impossível que um tratado tenha efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.

Como se já não bastasse esse fato constatado, pode-se agregar ainda um outro: um tratado, mesmo já ratificado, poderá jamais entrar em vigor, dependendo de determinadas circunstâncias, como, por exemplo, nos casos dos tratados condicionais ou a termo, em que se estabelece um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Imagine-se, então, que o Brasil aprova determinado instrumento internacional de direitos humanos, pelo quorum do § 3.º do art. 5.º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, inc. I, da Constituição, e que o ratifique, promulgue o seu texto e o publique no **Diário Oficial da União**. Esse tratado já pode ser aplicado no Brasil? A resposta somente poderá ser dada, verificando-se o que dispõe o próprio tratado. Tomando-se como exemplo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, lê-se no seu art. 126, § 1.º que o "presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas". Assim, mesmo que o Brasil tenha sido o primeiro país a ratificar dito tratado, caso ainda não tivessem sido depositados os sessenta instrumentos de ratificação exigidos para sua entrada em vigor internacional, não haveria que se falar que o seu texto já equivale a uma emenda constitucional em nosso país, uma vez que não se concebe (por absurda que é esta hipótese) que algo que sequer existe juridicamente (e que pode levar anos para vir a existir) já tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico, inclusive com poder de reformar a Constituição.

Estas colocações já bastam para, cientificamente, rechaçar a aplicação do § 3.º do art. 5.º em supressão da fase do art. 49, inc. I, da Constituição, podendo-se concluir que o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o referido § 3.º será depois de ratificado o acordo e depois de ele já se encontrar em vigor internacional.

Ou seja, caso o Congresso Nacional decida integrar formalmente o tratado à Constituição, para além do seu status materialmente constitucional, deverá aguardar a ratificação do acordo e o seu início de vigência internacional. Caso assim não entenda o Congresso Nacional, a nossa opinião é a de que se deve então deixar expresso no instrumento congressual aprobatório do tratado que ele apenas terá o efeito que prevê o § 3.º do art. 5.º depois de ter sido o instrumento ratificado e depois de se encontrar em vigor, a fim de que se evite uma subversão completa da ordem constitucional e dos princípios gerais do Direito dos Tratados universalmente reconhecidos.

Como se vê, este tipo de procedimento de aparência dúplice agora estabelecido pelo texto constitucional não é salutar nem ao princípio da segurança jurídica, que deve reger todas as relações sociais, nem aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Seria muito melhor ter a jurisprudência se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2.º do art. 5.º da Constituição, do que criar um terceiro parágrafo que só traz insegurança às relações sociais e, além disso, cria distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição aos tratados de direitos humanos de equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um Protocolo de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o respectivo Tratado-quadro. Admitir tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico. Daí o porquê de se entender que o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição não pode, de qualquer maneira, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao § 2.º do mesmo art. 5.º da Constituição, como veremos no tópico subseqüente deste estudo.

Buscaremos, agora, interpretar o § 3.º do art. 5.º da Constituição conjugadamente com o § 2.º do mesmo dispositivo, uma vez que ambos os parágrafos se encontram dentro do mesmo contexto jurídico, devendo assim ser interpretados.

Neste estudo, defendemos que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma

constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", pois, na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu "bloco de constitucionalidade" e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos no início deste trabalho. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que eles teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição), e não pelo quorum que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o quorum que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a estes tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Constituição.

Sem pretender invocar o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual uma parte "não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado" (dispositivo este que atribui nível supraconstitucional a quaisquer tratados ratificados pelo Estado), se poderia, num primeiro momento, fazer o seguinte raciocínio: como o § 2.º do art. 5.º da Constituição já atribui índole e nível constitucionais para todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor da Emenda n.º 45, isso significa que apenas aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passará a ser parte depois da entrada em vigor da referida emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais. Dessa forma, atribuir-se-ia apenas efeito ex nunc à disposição do § 3.º do art. 5.º da Constituição.

O raciocínio faz chegar à conclusão de que o § 3.º do art. 5.º não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito ex nunc, portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos

humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor (8 de dezembro de 2004).

O § 3.º do art. 5.º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz é tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3.º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda n.º 45, o que faz que a tese acima desenvolvida perca validade.

O que aqui se defende é que o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição em nada influi no "status de norma constitucional" que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm no nosso ordenamento jurídico, em virtude da regra do § 2.º do mesmo art. 5.º. Defende-se, neste estudo, que os dois referidos parágrafos do art. 5.º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então, para que serviria a regra insculpida no § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988, senão para atribuir status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos?

A diferença entre o § 2.º, in fine, e o § 3.º, ambos do art. 5.º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2.º do art. 5.º, os "tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte" são, a contrario sensu, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o "status de norma constitucional" e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais ("bloco de constitucionalidade"); já nos termos do § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo quorum qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser "equivalentes às emendas constitucionais".

Mas há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm "status de norma constitucional" e dizer que e eles são "equivalentes às emendas constitucionais"? Perceba-se que o § 3.º do art. 5.º não diz que os tratados de direitos humanos, uma vez aprovados pela maioria qualificada que prevê, serão "equivalentes às normas constitucionais", preferindo ter dito que serão "equivalentes às emendas constitucionais". Portanto, qual é a diferença entre os dois parágrafos?

No nosso entender a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3.º do art. 5.º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Falar que um tratado tem "status de norma constitucional" é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é "equivalente a uma emenda constitucional", o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, no último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que estes tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição.

Mas quais são estes efeitos mais amplos em se atribuir a esses tratados equivalência de emenda para além do seu status de norma constitucional? São dois os efeitos:

1) eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível, tendo apenas o status de norma constitucional;

2) eles não poderão ser denunciados, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento desta regra (o que não é possível fazer, tendo os tratados apenas status de norma constitucional).

Os números 1 e 2 acima merecem ser detalhadamente explicados, a fim de se demonstrar que § 3.º do art. 5.º não prejudica o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2.º do mesmo art. 5.º da Constituição.

A primeira conseqüência de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um tratado de direitos humanos, exposta no número 1 acima, é a de que eles passarão a reformar a Constituição, o que não é possível, quando se tem apenas o status de norma constitucional. Ou seja,

uma vez aprovado certo tratado pelo quorum previsto pelo § 3.º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2.º do art. 5.º, em que os tratados de direitos humanos (que têm nível de normas constitucionais, sem ser equivalentes às emendas constitucionais) serão aplicados, atendendo ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (expressamente consagrado pelo art. 4.º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos").

Esta diferença entre status e equivalência já tinha sido por nós estudada em trabalho anterior, onde escrevemos: "E isto significa, na inteligência do art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal, que o status do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se 'materialmente constitucional', tendo em vista não integrarem os tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60, § 2.º, o qual prevê que tal proposta 'será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros'."[20]

Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo

Brasil integram formalmente a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm status de norma constitucional (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas). Mas agora, uma vez aprovados pelo quorum que estabelece o § 3.º do art. 5.º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados integrarão formalmente a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo frise-se que essa integração formal dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integração material que os mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que uma emenda. E o que faz uma emenda? Uma emenda reforma a Constituição, para melhor

[20] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**…, cit., p. 241.

ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos (e até agora também não vimos ninguém cogitá-lo) é que atribuir equivalência de emenda aos tratados internacionais de direitos humanos, às vezes, pode ser perigoso, bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é mais benéfica em determinada matéria que o tratado ratificado. Neste caso, seria muito mais salutar, inclusive para a maior completude do nosso sistema jurídico, se se admitisse o "status de norma constitucional" deste tratado, nos termos do § 2.º do art. 5.º – e , neste caso, não haveria que se falar em reforma da Constituição, sendo o problema resolvido aplicando-se o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano –, do que lhe atribuir uma equivalência de emenda constitucional, o que poderia fazer que o intérprete aplicasse o tratado em detrimento da norma constitucional mais benéfica.

Poderia objetar-se que a Constituição, no art. 60, § 4.º, inc. IV, proíbe qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, assim sendo, os tratados de direitos humanos (aprovados por maioria qualificada) conflitantes com a Constituição seriam inconstitucionais. Seria imenso o trabalho de se verificar, nas várias comissões do Congresso Nacional responsáveis pela análise preliminar da compatibilidade do tratado com o direito brasileiro vigente, quais dispositivos de cada tratado poderiam eventualmente conflitar com a Constituição. Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não abole nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma menos protetora, como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição brasileira de 1988 (art. 5.º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for voluntário e inescusável. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento "voluntário e inescusável" da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser voluntário, mas escusável, no que não se haveria falar em prisão nesta hipótese. Pois bem. Esta redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, depois de estabelecer a regra genérica de que "ninguém deve ser detido por dívidas", acrescenta que "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de

inadimplemento de obrigação alimentar" (art. 7, n.º 7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Não diz mais nada: basta o simples inadimplemento da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Neste caso, é a nossa Constituição mais benéfica que o Pacto, pois contém uma adjetivação restringente não encontrada no texto deste último, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado.[21]

Aplicando-se o princípio da primazia da norma mais favorável, nada disso ocorre, pois, atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o status de norma constitucional, não se pretende reformar a Constituição, mas, sim, aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mas proteja os direitos da pessoa humana, posição esta que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente.[22]

A segunda conseqüência em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, exposta no número 2 visto acima, significa que tais tratados não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (o que não ocorria à égide em que o § 2.º do art. 5.º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais)[23], nem sequer por meio de Projeto de

[21] Para um estudo detalhado da matéria, vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia**, cit., p. 160-162

[22] Cf., por tudo, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 401-402; PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 5. ed., cit., p. 115-120; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**, cit., p. 272-295.

[23] Para um estudo do procedimento e das teorias relativas à denúncia de tratados, vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**, 2. ed., cit., p. 188-198.

Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) cláusulas pétreas do texto constitucional.

Há que se enfatizar que vários tratados de proteção dos direitos humanos prevêem expressamente a possibilidade de sua denúncia. Contudo trazem eles disposições no sentido de que eventual denúncia por parte dos Estados-partes não terá o efeito de os desligar das obrigações contidas no respectivo tratado, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por eles anteriormente à data na qual a denúncia produziu seu efeito.[24]

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no status de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é tecnicamente possível (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República neste caso), mas totalmente ineficaz sob o aspecto prático, uma vez que os efeitos do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quorum do § 3.º do art. 5.º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia destes tratados seria possível, mas ineficaz, pois agora ela será impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República, caso venha pretender operá-la.

Quais os motivos da impossibilidade técnica de tal denúncia? De acordo com o § 3.º do art. 5.º, uma vez aprovados os tratados de direitos humanos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles "equivalentes às emendas constitucionais". Passando a ser equivalentes às emendas constitucionais, isto significa que não poderão esses tratados ser denunciados mesmo com base em Projeto de Denúncia encaminhado pelo Presidente

[24] Cf. nesse sentido, art. 21 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); art. 12 do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); art. 78, n.º 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); art. 31, n.º 2 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); e art. 52 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

da República ao Congresso Nacional. Caso o Presidente entenda por bem denunciar o tratado e realmente o denuncie (perceba-se que o Direito Internacional aceita a denúncia feita pelo Presidente, não se importando se, de acordo com o seu direito interno, está ele autorizado ou não a denunciar o acordo), poderá ser responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, o que não ocorria à égide em que o § 2.º do art. 5.º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente sua denúncia, esta não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como autoriza a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais. Isso impede, aliás, a interpretação que se poderá fazer, no sentido de que seria possível a denúncia do tratado, caso o Congresso aprovasse tal Projeto pela mesma maioria qualificada com que aprovou o acordo.

No Brasil, apesar de forte divergência doutrinária, a prática brasileira em relação à matéria tem sido no sentido de que a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo é obrigatória somente em relação à ratificação dos tratados internacionais. Pela prática brasileira a respeito, a denúncia de tratados, infelizmente, ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão-somente. Sem embargo dessa prática, sempre estivemos com Pontes de Miranda, para quem "aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais".[25] Do mesmo modo que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso Nacional, dando a ele permissão para ratificar o acordo, o mais correto, consoante as normas constitucionais em vigor, seria que idêntico procedimento parlamentar fosse aplicado em relação à denúncia.

Este, aliás, é o sistema adotado pela Constituição espanhola de 1978, que submete eventual denúncia de tratados sobre direitos humanos fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96, n.º 2 e 94, n.º 1 "c"). O mesmo se diga em relação às Constituições da Suécia (art. 4.º, com as emendas de 1976-1977), da Dinamarca de

[25] PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**, Tomo III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 109.

1953 (art. 19, n.º 1), da Holanda de 1983 (art. 91, n.º 1), além da Constituição da República Argentina que, a partir da reforma de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sejam denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara. A Constituição do Paraguai, por sua vez, determina que os tratados internacionais relativos a direitos humanos "não poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda desta Constituição" (art. 142).

Entretanto, nos termos da nova sistemática constitucional brasileira, aprovado um tratado de direitos humanos nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição, nem sequer por meio de Projeto de Denúncia votado com o mesmo quorum exigido para a conclusão do tratado (votação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros) será possível o país desengajar-se desse seu compromisso, quer no âmbito interno, quer no plano internacional.

Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale a uma emenda constitucional (ou seja, se é material e formalmente constitucional, nos termos do art. 5.º, § 3.º) ou se apenas detém status de norma constitucional (é dizer, se é apenas materialmente constitucional, em virtude do art. 5.º, § 2.º). Caso o tratado de direitos humanos se enquadre apenas na última hipótese, com o ato da denúncia, o Estado brasileiro passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão-somente no âmbito internacional, e não no âmbito interno. Ou seja, nada impede que, tecnicamente, se denuncie um tratado de direitos humanos que tem apenas status de norma constitucional, pois internamente nada muda, uma vez que eles já se encontram petrificados no nosso sistema de direitos e garantias, importando tal denúncia apenas em livrar o Estado brasileiro de responder pelo cumprimento do tratado no âmbito internacional. Caso o tratado de direitos humanos tenha sido aprovado nos termos do § 3.º do art. 5.º, o Brasil não pode mais se desengajar do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno (o que não ocorre quando o tratado detém apenas status de norma constitucional), podendo o Presidente da República ser responsabilizado, caso o denuncie (devendo tal denúncia ser declarada ineficaz). Assim, repita-se, quer nos termos do § 2.º, quer nos termos do § 3.º do art. 5.º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais. O que difere é que, uma vez aprovado o

tratado pelo quorum do § 3.º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, o que não ocorrer na sistemática do § 2.º do art. 5.º.

Portanto, a afirmação antes correntemente utilizada, no sentido de que anteriormente à entrada em vigor da Emenda n.º 45 existia um paradoxo, na medida em que os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, denunciar o tratado, desobrigando o país ao cumprimento daquilo que assumiu no cenário internacional desde o momento da ratificação do acordo,[26] não será mais válida a partir do momento em que o tratado que pretende ser denunciado passe a equivaler a uma emenda constitucional.

Por fim, registre-se ainda que, além de o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição, não prejudicar o status constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2.º do mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro. Isto porque a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1.º do art. 5.º da Constituição (verbis: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."), sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) depois de aprovados pelo Congresso Na-

[26] Sobre este assunto, assim lecionava Oscar Vilhena Vieira, antes da reforma constitucional de 2004: "O problema [do § 2.º do art. 5.º da Constituição, antes da existência do novo § 3.º], no entanto, é que o quorum exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo quorum ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação. Em última ratio o Presidente estaria autorizado a desobrigar o Estado do cumprimento de algo que foi transformado em cláusula pétrea". E continuava: "Com a nova redação, este problema ficou solucionado (parcialmente), tanto do ponto de vista político quanto jurídico. Politicamente, não mais estaremos alterando nossa Constituição por maioria simples do parlamento. Da perspectiva jurídica, estabeleceu-se claramente a posição hierárquica daqueles tratados de direitos humanos que houverem sido aprovados por maioria de três quintos das duas casas do Congresso" (VIEIRA, Oscar Vilhena. "Que reforma?", in **Estudos Avançados**, vol. 18, n.º 51, São Paulo: USP, mai./ago./2004, p. 204-205).

cional pelo quorum estabelecido no § 3.º do art. 5.º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dizer que as "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais" têm aplicação imediata, mas não diz quais são ou quais deverão ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria simples ou qualificada.

Isso tudo somado significa que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação no **Diário Oficial da União** e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra no novo § 3.º do art. 5.º da Carta de 1988. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.[27]

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, a conclusão mais plausível a que se pode chegar em relação à interpretação do novo § 3.º do art. 5.º da Constituição é a de que esta nova disposição constitucional não anula a interpretação segundo a qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma (materialmente) constitucional em decorrência da norma expressa no § 2.º do mesmo art. 5.º da Carta Magna de 1988. Ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais, na exegese do § 2.º do art. 5.º da Constituição de 1988, mas apenas terão os efeitos de equivalência às emendas constitucionais (ou seja, somente integrarão formalmente a Constituição, com todos os consectários que lhe são inerentes), se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, nos termos do novo § 3.º do art. 5.º, do texto constitucional brasileiro.

Dessa forma, dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível de normas constitucionais,

[27] Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**..., cit., p. 253-259; e ainda o seu **Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**, 2. ed., cit., p. 370-375.

em virtude do § 2.º do art. 5.º, da Constituição, não é o mesmo que dizer que eles "equivalem" às emendas constitucionais, o que tem um sentido e uma conotação muito mais ampla (por se tratar de integração formal à Constituição), portanto, somente será possível com sua aprovação pelo quorum estabelecido pelo § 3.º do art. 5.º, da Carta de 1988. Neste caso, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil serão, além de materialmente constitucionais, também formalmente constitucionais, o que impede definitivamente a sua denúncia por ato do Poder Executivo.

Além de o novo § 3.º do art. 5.º da Constituição não prejudicar o status constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm, de acordo com o § 2.º deste mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro, consoante a regra do § 1.º do art. 5.º da Constituição, que sequer remotamente autoriza uma interpretação diversa.

A nossa vontade é a de que o § 3.º, que apenas trouxe imperfeições ao sistema e que certamente prestará um desserviço à interpretação constitucional mais lúcida, envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, seja reformado por nova emenda constitucional, que venha conter a redação que já propusemos em estudos anteriores, à semelhança da Constituição da Venezuela de 1999, no sentido de apenas trazer uma interpretação autêntica ao § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988, dizendo que "os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição".

Por ora, como não está à vista uma nova reforma constitucional, o que se pode esperar, caso os nossos tribunais não entendam da maneira como cremos estar correta e como deixamos expresso neste estudo, é que a sociedade civil impulsione um forte movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

Todos os defeitos e incongruências do § 3º do art. 5.º vistos acima serão ainda mais agravados, caso o Brasil não aprove, com certa urgência, uma verdadeira Lei de Tratados, a exemplo do que ocorre em outros países do mundo, principalmente levando-se em conta a avalanche de tratados de

direitos humanos concluídos pelo nosso país notadamente após a Segunda Guerra Mundial.

Um projeto de lei pioneiro nesse sentido foi o que elaboramos junto com o Prof. Paulo Caliendo, versando sobre a aplicação das normas internacionais no Brasil. Trata-se do primeiro projeto de lei elaborado no Brasil sobre a aplicação interna de normas internacionais.[28]

[28] Publicado no Diário do Senado Federal de 21 de abril de 2006, p. 12.806 a 12.829.

Anotações sobre Atos Internacionais

José Vicente Lessa[1]

Antes de tudo, desejo congratular-me com os organizadores deste evento e agradecer pela oportunidade de dizer algumas palavras sobre esse tema tão central na vida dos governos e tão presente no dia-a-dia de suas chancelarias, mas, ao mesmo tempo, negligenciado em face da suposta falta de urgência em sua discussão. Muito ao contrário, trata-se de tema que cobra relevância sempre – sobretudo em face do dinamismo e da intensificação das relações internacionais, conforme já se assinalou reiteradamente nestas Jornadas de Direito Internacional Público. Não poderia ser mais oportuna a preocupação com a atualização do Direito dos Tratados entre nós.

As idéias que aqui desenvolverei não pretendem ter a profundidade e a precisão dos argumentos jurídicos, mas decorrem da experiência prática de quem tem estado à frente da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores há mais de cinco anos.

A intensificação dos contatos com o exterior tem posto em relevo alguma falta de familiaridade dos agentes de Governo com o tema "atos internacionais". Por outro lado, não se pode exigir destes agentes uma atitude rígida ditada pela letra estrita da doutrina vigente. Considerar as variáveis em jogo como imutáveis não nos parece uma atitude salutar. As regras que regem a matéria não se podem aplicar, hoje, como sempre se aplicaram, a despeito de todas as grandes mudanças que se operam no plano internacional, à multiplicidade de atores e de interesses. A celebração de atos, que outrora era ocasião rara, hoje é prática cotidiana, dinâmica e multifária.

[1] Diplomata. Chefe da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores.

Dúvidas recorrentes sobre inúmeros aspectos são trazidas com freqüência à Divisão de Atos Internacionais. Nem todas encontram respostas prontas. Algumas requerem certa reflexão; mas é sempre possível achar saídas pela aplicação de regras simples de bom senso. Se isto se deve, em parte, a uma queda relativa do aprendizado do Direito Internacional Público, como já foi apontado neste seminário, creio que a maior fonte de dúvidas e dificuldades se deva à ausência, entre nós, de um esforço normativo: a elaboração de regras claras que lancem luz sobre esse território e que possam distinguir o que são distorções daquilo que é legítimo e desejável.

Sabemos que o relacionamento externo de um Estado se faz em torno de temas substantivos: as relações econômico-comerciais e financeiras, a cooperação em um sem-número de setores, temas do máximo interesse das sociedades como o meio ambiente, os direitos humanos, o combate ao crime transnacional, entre outros. Porém o entendimento a que chegam os governos nesses diversos campos precisa, uma vez cristalizado, expressar-se em termos formais. A forma não é apenas um capricho dos juristas: é a garantia do ato perfeito, da aplicabilidade da norma. Essa forma é a do pacto escrito: os atos internacionais. Assim como a lei é a convergência consagrada de posições em determinado processo político – é o processo político "resolvido" –, o ato internacional expressa a perfeita convergência de interesses e vontades. É a formalização ou a institucionalização este entendimento.

Sobre os Tratados e a Constituição

Do que acima foi dito decorre o grande divisor de águas de nosso tema. A celebração de tratados é, por princípio, atividade inscrita no processo legislativo. Este é o primeiro parâmetro a se ter em mente, ao pensarmos em atos internacionais. Digo por princípio porque a amplitude de ação dos atos é variável, assim como seu poder de obrigar as partes. Reveste-se de interesse a exploração deste primeiro parâmetro. Todo ato internacional visa a reger, organizar, normatizar, regulamentar determinado conjunto de ações: daí seu aspecto normativo ou legislativo. Ora, por definição, o poder de legislar pertence ao Congresso Nacional, daí porque todas as Constituições brasileiras deram competência ao Congresso Nacional (ou ao Conselho Federal, em 1937) – designada ora *privativa*, ora *exclusiva* – para resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com Estados

estrangeiros. A letra de todas estas constituições é clara: cabe ao Congresso legislar. Logo, aprovar textos de tratados e convenções que, incorporados à ordem jurídica nacional, passem a constituir leis da República. Isto se aplicaria, sem reservas, a todos os tratados e convenções.

A Constituição de 1988 apresenta, porém, inovações interessantes. Pela primeira vez se acresce à expressão "tratados e convenções" menção a "acordos" (art. 49, inciso I) e a "atos internacionais" (art. 84, VIII). Incorpora-se ao inciso I do art. 49 a ressalva: "que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Assim, à solene expressão "tratados e convenções", que usualmente nos reporta aos grandes atos multilaterais e aos atos bilaterais solenes, juntam-se o conceito ordinário de "acordo" e o ainda mais genérico termo "atos internacionais", que parece nos remeter a todo tipo de entendimento escrito entre sujeitos de Direito Internacional Público.

A menção limitada a "tratados e convenções", nas Constituições anteriores, parecia permitir um sem-número de acordos "por troca de notas" e outros tantos "convênios", "protocolos" e "memorandos de entendimento" que, a despeito de regular temas de interesse geral, criando direitos e obrigações legais, *não* se inscreviam na ordem jurídica nacional pela via do processo legislativo. A Constituição de 1988 tentou, de forma muito tímida, reparar essa deficiência. Mas, em vez de esclarecer, o texto constitucional suscitou novas dúvidas.

Criou-se um eterno conflito interpretativo entre os dois dispositivos constitucionais: se o Artigo 84 nos leva a concluir que todos os tratados, convenções e atos internacionais devem celebrar-se *ad referendum* do Congresso Nacional, o Artigo 49 rejeita *in limine* certa categoria de atos, embora sem lhes dar contornos definidos, ao estipular que somente aqueles que acarretem "encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" devem ocupar as atenções do Legislativo. Porém, como veremos, "encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" não são o único elemento a ser levado em conta e, em alguns casos, nem mesmo os mais relevantes.

A ASSINATURA *AD REFERENDUM*

Afinal – devemos nos indagar –, o que é "patrimônio nacional"? Tem-se entendido esta expressão apenas como a designação de encargos financeiros para a União. Contudo, se a Constituição Federal não define o

conteúdo desta expressão, é possível reunir as seguintes noções, a partir de seu texto: "patrimônio físico", "patrimônio artístico e cultural (histórico, arquitetônico, arqueológico, paisagístico)", "patrimônio intelectual e científico", além, é claro, dos encargos financeiros.

O laconismo do texto constitucional demanda-nos um esforço adicional de interpretação. Sabe-se que a função precípua do Congresso não é apenas velar pelo "patrimônio nacional", mas legislar sobre *todos* os aspectos de interesse da Nação. Sua capacidade legislativa deveria ser o critério maior para determinar que atos devem ou não merecer seu crivo. No momento em que o Estado brasileiro e um ou mais Estados estrangeiros confirmam que desejam obrigar-se por um tratado, seu texto é incorporado à ordem jurídica nacional. A celebração de tratados tem a ver, diretamente, com a atividade legislativa – e, sendo o Congresso Nacional o órgão legislativo, deve sua aprovação emanar deste Poder. Assim sendo, serão submetidos ao Congresso Nacional *todos os atos internacionais para cuja aplicação no território nacional se requeira a aprovação de uma lei interna, seja criando uma nova norma ou estabelecendo a uma exceção legal à norma já existente, ou que requeiram medidas legais adicionais para sua implementação.*

Em razão de uma interpretação estrita da letra constitucional, e em razão do interesse do agente de governo, do administrador, de dar celeridade à implantação dos atos, tem-se por desejável que a instância parlamentar seja evitada. A idéia de que encargos ou compromissos gravosos dizem respeito apenas a encargos financeiros faz que freqüentemente se omitam referências a custos nos textos dos acordos, de forma a torná-los aptos a ser aprovados em forma simplificada. Na prática, ocorrem exemplos em que o "patrimônio nacional" se vê desprotegido, ainda que os encargos financeiros sejam mínimos. Um exemplo típico seria o do administrador de uma agência ou empresa estatal que repassasse conhecimento tecnológico desenvolvido por essa empresa a países estrangeiros – ainda que o ato não contemple gasto financeiro –, a título de cooperação, sem autorização do Congresso Nacional. Tal conhecimento, obtido mediante investimentos públicos, incide claramente na categoria de patrimônio nacional de acordo com o art. 216, inciso III, da Constituição.

Por outro lado, pareceriam mínimos ou nulos os "encargos financeiros" incorridos pela União em acordos que dispõem sobre cooperação educacional, reconhecimento mútuo de títulos e diplomas, autorização para o trabalho remunerado de dependentes de diplomatas, ou que proíbam certas práticas com vistas, *e.g.*, a proteger os direitos

humanos ou preservar a fauna marinha. A que encargo financeiro estaria obrigado o Estado na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, num acordo de salvaguardas tecnológicas ou sobre o sigilo das informações? Teria um ato da relevância do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional recebido a aprovação do Congresso Nacional em razão de alguma despesa que possa acarretar aos cofres públicos? Podemos seguramente responder "não" a tais questões. Os tratados, convenções, acordos etc. são submetidos ao Congresso Nacional em razão de sua relevância política ou militar; ou dos direitos e obrigações que cria para o Estado brasileiro; por comportar temas jurídicos relevantes e por sua ascendência legal sobre a vida do cidadão, entre outros motivos.

Importa notar que, apesar da redação dada ao Art. 49, inciso I, é pacificamente aceito que todos os exemplos acima sejam encaminhados à aprovação Legislativa. Além disso, é de notar que o Congresso Nacional nunca rejeitou ou devolveu ao Executivo ato que entendesse dispensado de sua aprovação – ou mesmo aqueles atos executivos que, no passado, tenham sido enviados a aprovação daquele Poder, a saber, acordos de cooperação entre academias diplomáticas e acordos de prática diplomática ordinária. A inobservância do último aspecto implica a cessão de prerrogativas, pelo Executivo, ao Poder Legislativo.

A descaracterização de um ato como demandante de recursos do erário tem normalmente por finalidade evitar longos períodos de espera pela aprovação legislativa. Outro estratagema comum, e ainda mais condenável, tem sido a modificação da *denominação* ou da *forma* dos atos para subtraí-los daquela exigência. Tal concepção, muitas vezes sustentada por negociadores de outros países, revela a insensata noção de que o nome ou a forma é capaz de modificar a *natureza* do ato, quando seu conteúdo permanece o mesmo.

Todas estas questões, que emergem das relações entre os dois Poderes no processo de celebração de atos, estariam a demandar um esforço disciplinador abrangente. Uma normativa nacional sobre tratados poderia elencar todas as situações nas quais a submissão ao Congresso Nacional se faz obrigatória e aqueles que só dizem respeito ao Executivo.

SOBRE OS PLENOS PODERES

A concessão de plenos poderes a representantes brasileiros na assinatura de atos tem sido preocupação constante entre os quadros do Governo. Nos foros multilaterais, onde os aspectos organizacionais

adquirem preeminência, os plenos poderes são rigorosamente exigidos. Dada a necessidade de que as atividades aí sejam cuidadosamente regulamentadas, a apresentação dos plenos poderes é mais que um requisito formal. É ditada pela própria organização interna dos organismos. Segundo as Nações Unidas, trata-se de "um requisito legal estabelecido pelo Artigo 7 da Convenção de Viena dos Direito dos Tratados." Os plenos poderes destinam-se a "proteger os interesses dos Estados partes de um tratado, bem como a integridade do depositário", conforme reza o *UN Treaty Handbook*, disponível na Internet.

Isso, todavia, não se faz sem certos contratempos. Não são poucos os percalços experimentados pelos governos na produção de carta de plenos poderes para remetê-los a Nova Iorque ou a Genebra, em tempo para o cumprimento de prazos. Por esta razão, as Nações Unidas adotaram os *plenos poderes gerais*, documento pelo qual se permite assinar "todos os tratados de um determinado tipo". Mas, se são aceitos os plenos poderes gerais, vale dizer que o representante dos Estados nesses foros já pode se equiparar aos embaixadores extraordinários e plenipotenciários e, assim, receber um mandato para assinar todas as convenções *"de um determinado tipo"*.

Contrariamente aos foros multilaterais, a apresentação de plenos poderes tem sido, no plano bilateral, formalidade cada vez mais dispensada. Há governos que, na prática, os ignoram. Isto não significa que os plenos poderes estejam em vias de extinção na celebração de atos bilaterais. Não deixa de ser intrigante especular que possíveis conseqüências para o Direito dos Tratados teria sua dispensa. É praxe brasileira apresentar carta de plenos poderes sempre que um acordo bilateral feito em nome do governo ou do Estado brasileiro é firmado por autoridade outra que não o Ministro de Estado das Relações Exteriores, um Embaixador devidamente acreditado junto ao outro Governo, ou o próprio Presidente da República. O que fazer, contudo, se a outra parte não os apresenta? Exigir que a outra parte o faça acarretaria enormes e desnecessários constrangimentos. Se devêssemos proceder com tamanho rigor, deveríamos declarar nula a grande maioria dos acordos hoje em vigor com um sem-número de países – pelo simples fato de nenhum deles ter sido firmado mediante apresentação de plenos poderes?

Por outro lado, aqueles governos estrangeiros que usualmente apresentam plenos poderes trazem estes documentos emitidos pelo chanceler, ou mesmo por vice-chanceleres. Este tem sido o uso corrente

em toda a Europa, nos EUA e no Canadá. No plano multilateral, os organismos internacionais também aceitam usualmente plenos poderes emitidos pelos chanceleres. Tal uso decorre do entendimento amplo de que os ministros dos negócios estrangeiros têm a competência derivada para atuar em representação do chefe de Estado em assuntos da diplomacia.

No Brasil, a emissão de cartas de plenos poderes tem sido prerrogativa exclusiva do Presidente da República, em razão de uma interpretação estrita do Art. 84 (VIII), que lhe atribui competência *privativa* para assinar tratados, convenções e atos internacionais. Contudo, se a competência para assinar tratados é reconhecida ao Chanceler como competência *derivada*, por que aquela outra, que decorre diretamente da primeira, não o é? Na prática internacional, somente alguns países da América Latina permanecem fiéis à regra de que somente ao chefe de Estado compete emitir cartas de plenos poderes. Em vista destes precedentes, e tendo em conta a necessidade de simplificar os trâmites burocráticos associados a esse instrumento, podemos seguramente propor que, onde cabível, passemos a considerar o Ministro das Relações Exteriores como autoridade dotada de competência suficiente para tanto, adequando-se esta atividade à prática internacional.

Uma discussão relevante, me parece, é a seguinte: que efeito deve-se primordialmente esperar do instituto dos plenos poderes? Será ele direcionado a produzir, primordialmente, efeito interno – a saber: deve ele atestar, em face do direito interno, que a autoridade que firmou o ato era *institucionalmente* apta a tanto? Ou será este instituto dirigido primordialmente para efeito *externo,* ou seja, como garantia de tal condição ao governo da outra parte contratante?

Veja-se em primeiro lugar o efeito *externo* no plano bilateral. A Convenção de Viena do Direito dos Tratados admite, em seu art. 7 (1-b), que os Estados podem dispensar-se mutuamente dos plenos poderes, se "a prática dos Estados interessados ou *outras circunstâncias* indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins". Tenham-se em conta os atos firmados durante cerimônias públicas, notadamente nas visitas presidenciais, quando os atos são firmados na presença dos chefes de Estado ou de Governo de dois países. Acredito que esta circunstância mais do que exemplifica aquilo que pretenderam dizer os negociadores da Convenção de Viena (entre os quais atuaram destacados representantes brasileiros). Não estará, nesse ato solene, testemunhada por toda a Nação, a garantia suficiente de que a autoridade

signatária, comparecendo perante os dois mandatários e sob sua vista, é apta a assinar aquele ato?

Outra circunstância – ou conjunto de circunstâncias – mais comum: a perfeita noção, existente de parte a parte, de que aquele texto foi negociado pelos escalões técnicos dos dois governos, foi aprovado em suas instâncias superiores, e de que constituem texto idôneo, lavrado em boa fé. Finalmente, há a consciência de que a autoridade signatária é, de fato, pessoa institucionalmente apta a responder pelos assuntos regulados naquele ato.

Examinemos a seguir o efeito *interno.* É extremamente raro que a validade de um ato seja questionada em função da ausência de carta de plenos poderes. Apenas em uma ocasião, na minha experiência à frente da DAI, aventou-se questionar a validade de um ato por não haver, supostamente, sido firmado com atenção àquela formalidade. Tal questionamento tinha clara motivação política, totalmente alheia a considerações de ordem legal. Incidentalmente, a alegação era infundada. É, contudo, razoável indagar que lógica haveria em questionar a validade de um ato pela ausência de plenos poderes, se ele for posteriormente aprovado pelo Legislativo e ratificado pelo Executivo. Isto leva-nos a concluir que os plenos poderes, em seus efeitos internos, oferecem garantia apenas provisória, cuja validade se extingue por completo na ratificação dos tratados.

De fato, a necessidade de ratificação – de parte a parte – introduz um elemento relevante na presente discussão. O ato assinado *ad referendum* do Congresso Nacional – isto é, todo acordo que estipule, em suas disposições finais, que sua vigência dependerá de confirmação ou de *ratificação* – torna provisória toda garantia inicial de validade de que o ato possa se cercar. Imagine-se um caso hipotético: um cidadão qualquer se apresenta junto a um governo estrangeiro, à revelia de qualquer instrução e sem a assistência de nossa rede diplomática, e assina com este um tratado, comprometendo o Estado brasileiro, sem apresentar os devidos poderes. Este documento, recolhido posteriormente pelo Ministério das Relações Exteriores, é examinado e considerado bom, justo e valioso na perspectiva dos interesses nacionais. É enviado ao Executivo e, deste, ao Congresso, que o aprova por meio de Decreto Legislativo. O Executivo ratifica-o e promulga-o. Deveria tal ato (hipotético) ser considerado nulo pela ausência dos plenos poderes no ato da assinatura? Ou mais, poderia ser considerado nulo em vista da total incapacidade de seu signatário para tanto? Parece evidente que não. Em técnica jurídica comum, poder-se-ia alegar haver

um vício de origem, capaz de tornar nulas suas conseqüências futuras. Porém o ato que valida um tratado internacional não está nas circunstâncias de sua assinatura – que é um ato provisório –, mas, sim, na chamada vontade soberana das partes expressa na ratificação ou confirmação.

Muitos são os acordos feitos de maneira imperfeita, usualmente celebrados por entidades sem personalidade jurídica para tanto. No entanto, os governos podem aceitá-los formalmente, por ato posterior, elevando-os à condição de acordo bilateral. Nenhum "vício de origem" pode condenar, em definitivo, um acordo internacional em face dessa vontade soberana das partes.

Assim, a ilustração acima do hipotético signatário não-autorizado visa a mostrar que os atos feitos *ad referendum* podem perfeitamente dispensar plenos poderes. Naturalmente, o exemplo acima é extremo e não deve ser lido como aprovação nossa a tais situações. Mas o ato negociado pelos canais competentes, devidamente autorizado pelas chancelarias e assinado *ad referendum*, não deveria despertar tanta apreensão, como é usual, em torno das cartas de plenos poderes.

OS ACORDOS "INTERDEPARTAMENTAIS" E PARADIPLOMÁTICOS

Uma tendência inelutável dos dias atuais tem sido a conclusão de entendimentos escritos no plano dos departamentos de governo. Ministérios e outros órgãos da administração federal consideram-se freqüentemente "aptos" a firmar "memorandos de entendimento", "protocolos de intenções", "convênios" etc. com contrapartes estrangeiras. Ainda que essa atitude não possua qualquer tipo de amparo jurídico, é preciso lembrar que sempre há outra parte contratante, do outro lado do pacto, para quem esses atos *interdepartamentais* são igualmente válidos. Em geral, a outra parte está amparada por uma norma interna de seu país.

Inúmeros são os países que admitem esta prática, que traduz a crescente multiplicidade das instâncias e dos atores que, na atualidade, atuam no campo internacional. Acrescem a este tema os pactos firmados pelas unidades da Federação – estados, municípios e o Distrito Federal – com entidades similares no exterior. À atuação internacional dessas subunidades convencionou-se chamar *paradiplomacia*, fenômeno amplamente regulamentado nos países industriais avançados, que ostenta graus elevadíssimos de institucionalização na Europa e na Ásia, e que se verifica amiúde também no continente africano.

Com efeito, as sociedades e as nações avançam no sentido de desenvolver e manter os mais variados níveis de interlocução com parceiros internacionais e, neste contexto, desenvolvem vínculos de cooperação, instrumentos de aproximação, de promoção mútua de seus interesses, que temos de reconhecer como legítimos. Não se concebe que o relacionamento vivo entre os povos deva fluir pela via exclusiva dos canais diplomáticos tradicionais. O próprio espírito de nosso tempo requer que estes canais sejam os mais amplos possíveis. O Direito, portanto, precisa acompanhar estas tendências.

Questões relevantes permanecem à espera de respostas. Como se pode determinar que ministérios, secretarias e agências estatais tenham o "poder" de celebrar tratados? Como reconhecer e legitimar os "acordos" que são firmados por governos estaduais, municipais, assembléias legislativas e demais órgãos da administração com congêneres estrangeiros? Afinal, se esses acordos significam um compromisso do Brasil para com outros povos, se esses atos "informais", ainda que destituídos de amparo legal, traduzem uma intenção legítima das partes de lhes dar cumprimento, o mínimo que se pode deles esperar é algum grau de juridicidade.

No Brasil, dada a ausência de norma específica, o Ministério das Relações Exteriores deve enfrentar situações às vezes difíceis – não apenas em razão de demandas dos demais ministérios, mas, sobretudo, por exigência da outra "parte", quando alegam dever ajustar seu modo de pactuar internacionalmente a sua legislação interna. O interesse dos agentes públicos brasileiros em concluir determinado ato num plano interdepartamental ou paradiplomático leva-nos, muitas vezes, a ceder às exigências formais da outra parte.

Partindo do pressuposto de que não se pode ignorar ou tentar conter uma prática internacional que se generaliza, a solução destas e de outras questões deve passar por uma regulamentação interna. Isto exigiria, em primeiro lugar, uma clara distinção entre:

a) áreas em que os acordos interdepartamentais poderiam ser pactuados (área de competência administrativa exclusiva, áreas de competência interministerial);

b) alcance legal da cooperação objetivada. Caberia decidir se determinadas ações podem ser realizadas em moldes executivos, se implicam matéria legal e se atendem aos critérios ditados pelo Pacto Federativo (autonomia das unidades federadas). Há países em que a discussão do tema "federalismo e relações internacionais" é das mais

intensas. No Brasil, na ausência de um debate sobre o assunto, as unidades federadas seguem fazendo o que entendem justo e adequado a seus interesses, sem qualquer preocupação formal;

c) possíveis efeitos jurídicos. Devem os atos interdepartamentais obrigar o Estado brasileiro no plano internacional? Devem ter efeitos sobre futuras administrações? Qual seu *status* jurídico, uma vez publicados no Diário Oficial da União?

A atualização do Direito Internacional Público, tema que nos congrega neste painel, não pode prescindir de uma reflexão sobre a norma interna. O Direito Internacional público nada diz – nem pode dizer – sobre quem tem a capacidade de celebrar tratados e por meio de que instrumentos. Somente a lei interna pode fazê-lo. Na ausência da norma, tem-se um imenso vácuo legal e inúmeras questões em aberto.

Nos moldes em que hoje são feitos os chamados atos interinstitucionais, a resposta a cada questão deverá atender ao seguinte:

a) Esses atos "funcionam" apenas enquanto a cooperação não envolver mais do que a disponibilidade dos meios existentes possa permitir. Sua execução deve estar restrita ao intercâmbio de experiências e de técnicas úteis ao bom desempenho das funções dos órgãos envolvidos e ao desenvolvimento de suas capacitações. Os assuntos de competência interministerial devem ser objeto de acordos de governo.

b) Toda cooperação internacional atende ou deve atender a critérios do interesse nacional e estar submetida a uma política determinada de governo. Mas há ocasiões em que, nos casos em exame, questões de imagem ou de prestígio para determinado administrador falam mais alto. Tais iniciativas não poderiam, por este motivo, dispensar o controle em nível hierárquicos superiores.

c) Um ato interinstitucional não produz direitos ou obrigações. As partes atuam em perfeita boa-fé, na medida em que a cooperação atenda a seus interesses. Além disso, tais atos não podem versar sobre matérias reguladas no direito interno. Não podem criar expectativas de direito ou obrigações para futuras administrações, para outras esferas do governo e muito menos para o cidadão.

d) Sua publicação no Diário Oficial da União deverá ter efeitos de divulgação, apenas. Para ter os efeitos jurídicos dos atos internacionais, teria de ser regulamentada em lei federal.

Atos Executivos

O tema precedente suscita a questão dos atos executivos. São normalmente considerados atos executivos:

a) acordos que não afetam a ordem jurídica interna;

b) atos destinados à implementação de acordos em vigor, devidamente aprovados pelo Congresso Nacional;

c) acordos sobre *modus vivendi* e acordos de armistício;

d) acordos que apenas sinalizem a intenção das partes de atuar em determinada direção ou que lancem diretrizes para futuras negociações;

e) acordos sobre temas da prática diplomática ordinária;

f) acordos de sede para realização de eventos, por Organização Internacional de que o Brasil é parte.

A respeito dos acordos-quadro, faz-se necessário combater sempre o absurdo conceito do "acordo guarda-chuva", como são às vezes referidos os acordos-quadro ou acordos básicos ou simplesmente aqueles feitos em formato solene, aprovados pelo Legislativo e internalizados por decreto do Executivo. Um acordo-quadro ou acordo básico só autoriza a celebração de ajustes complementares, protocolos etc., se estes estiverem em perfeita harmonia com seus objetivos. Os ajustes executivos destinam-se a implementar os acordos-quadro existentes. Dão-lhes seguimento lógico e natural. Tais ajustes existem *em função* do acordo maior; são deste a conseqüência natural e necessária. Por oposição, porém, a noção corrente de acordo "guarda-chuva" traduz a tentativa de usar um acordo-quadro como pretexto para, sob sua sombra, abrigar a mais ampla e descabida miscelânea de acertos bilaterais, ancorada em "ganchos" interpretativos.

Adesão

Uma última palavra deve ser dita a respeito da adesão aos tratados. Este é um tema que comporta muitos mal-entendidos entre aqueles não-familiarizados com o Direito dos Tratados. A adesão é o ato pelo qual um Estado expressa formalmente sua vontade de obrigar-se pela letra de um tratado, acordo ou convenção *já em vigor*. É, portanto, um ato definitivo, equivalente, a um só tempo, à assinatura e à ratificação. A adesão põe em marcha, de imediato, o mecanismo de entrada em vigor do tratado para aquele Estado. Por conseguinte, não pode ser efetuado sem a prévia aprovação parlamentar.

Pode acontecer – e acontece – que alguns setores da administração, agindo sem o devido aconselhamento jurídico, adiantem uma carta a um organismo internacional, expressando, em nome do Estado brasileiro, o desejo de aderir a um tratado sem que as condições formais anteriores tenham sido satisfeitas. Um problema imediato que daí surge é que as obrigações contratuais – inclusive financeiras – começam a ter vigência sem que os indispensáveis requisitos legais internos tenham sido criados. Uma situação anômala como esta pode durar anos e causar consideráveis constrangimentos.

CONCLUSÃO

Os vários aspectos relacionados aos Atos Internacionais deveriam estar facilmente acessíveis a todos aqueles que venham a negociar ou a desenvolver qualquer tipo de compromisso oficial com Estados, organismos internacionais ou outras entidades públicas estrangeiras. Tal orientação será eficaz, sobretudo, se consubstanciada numa norma legal.

A experiência acumulada pela Divisão de Atos Internacionais tem evidenciado a necessidade de um texto normativo de referência que proporcione parâmetros efetivos e objetivos para esta importante esfera da ação estatal. A urgência e o interesse político muitas vezes conflitam com o princípio da institucionalidade. Várias são as dificuldades que um ato, concluído e posto em vigor em desatenção a este princípio, pode gerar no futuro.

Uma norma sobre tratados deveria dispor sobre quem tem capacidade para firmar tratados, qual a sua validade legal e a que esfera normativa eles pertencem, quais as atribuições específicas do Congresso Nacional na aprovação legislativa e que atos devem ou não ser objeto de ratificação. Deve aclarar que poderes internos, no país, terão capacidade para firmar instrumentos com contrapartes estrangeiras, quais são os requisitos para a adesão do país a um tratado e, enfim, que regras gerais são requeridas para dar clareza e consistência a essa atividade que, como já se afirmou reiteradamente nestas Jornadas de Direito Internacional Público, é de importância central para o relacionamento entre as nações.

Atualização do Direito dos Tratados

Patrick Petiot[1]

Gostaria inicialmente de agradecer o generoso convite que me fez o Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, nosso Consultor Jurídico, para participar desta ilustre mesa na qualidade de debatedor.

Gostaria também de homenagear os luminares do Direito Internacional que engrandecem este evento com sua presença, em especial a Professora Nádia de Araújo e os Professores Vicente Marotta Rangel, Antônio Celso Alves Pereira, Antônio Augusto Cançado Trindade e Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros.

Gostaria ainda de saudar os debatedores que me antecederam neste painel, Professor Valério de Oliveira Mazzuoli e Ministro José Vicente da Silva Lessa, bem como meus amigos e colegas de trabalho do Serviço Exterior, da Advocacia-Geral da União e do Congresso Nacional, além dos professores e acadêmicos de Direito de todo o Brasil que nos honram com sua ativa participação nestas Jornadas.

Senhoras e Senhores.

O conferencista desta manhã, Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, brindou-nos com aprofundado estudo dos procedimentos brasileiros de aprovação de tratados e das questões que se impõem à análise de todos aqueles que apreciam o Direito dos Tratados. Tenho pouco a acrescentar, na medida em que compartilho com o Professor a experiência diária de velar pela juridicidade dos atos internacionais celebrados no interesse do Brasil. Na posição de último debatedor, permito-me abordar alguns temas que poderiam ser incluídos em um trabalho de atualização do Direito dos Tratados.

---

[1] Diplomata. Coordenador da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores. Professor de Direito Internacional Público da Universidade Católica de Brasília (UCB).

Todo professor de Direito Internacional destaca a importância dos tratados no mundo contemporâneo. Na lição de Hans Morgenthau[2], o tratado constitui o instrumento mais importante para a criação do Direito Internacional. Antes voltados sobretudo para as alianças estratégicas dos Estados, os tratados transformaram-se em poderoso mecanismo de cooperação internacional e de aperfeiçoamento das condições de vida do ser humano.

Ao proferir as palavras inaugurais deste encontro, o Senhor Secretário-Geral enfatizou a tarefa que cabe em grande parte ao diplomata de negociar os textos que integram o acervo normativo convencional. O fato de que os tratados se inscrevam em todos os domínios da agenda diplomática permite afirmar que a Diplomacia e o Direito dos Tratados estão cada vez mais associados. Numa época em que se fala de mudança de paradigma; numa época em que se vislumbram os albores da pós-modernidade; num tempo em que se defende a reforma da sociedade internacional pela via da reforma das Nações Unidas, é natural que se pense na atualização do Direito dos Tratados. O conhecimento atualizado desse ramo jurídico é essencial à boa negociação dos textos. O conhecimento atualizado desse ramo jurídico torna-se igualmente imprescindível à atuação dos advogados e demais profissionais do Direito.

Existe consenso nesta mesa quanto à oportunidade de se preparar um projeto de lei que discipline os vários aspectos relacionados à celebração de tratados. O volume de questões dirigidas à Consultoria Jurídica do Itamaraty em matéria de tratados parece justificar efetivamente a elaboração de ato normativo que disponha sobre o tema sem ser código que enrijeça a conclusão de tratados. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados já oferece o arcabouço jurídico de origem costumeira sobre a vida dos tratados no plano internacional. A lei de que ora se cogita diria respeito a pontos de Direito interno, como concessão de plenos poderes, distribuição de competências para aprovação, adesão, reservas, emendas, internalização, vigência, denúncia, admissibilidade dos acordos em forma simplificada, eventual controle judicial prévio de constitucionalidade, hierarquia.

Os Estados admitem que certos atos internacionais devem receber o grau máximo de solenidade jurídica. A obrigatoriedade dos compromissos estabelecidos nesses atos decorre do formalismo com que são concluídos.

[2] MORGENTHAU, Hans J. **A política entre as nações:** a luta pelo poder e pela paz. São Paulo: UnB/IPRI, 2003. p. 512.

Identificam-se nestes atos os tratados, fonte do Direito Internacional normalmente objeto de dispositivo constitucional que exige a aprovação legislativa antes da ratificação. Seu descumprimento representa violação que pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado.

A prática diplomática demonstra que os Estados também celebram atos internacionais destituídos de qualquer solenidade jurídica. A dinâmica das relações internacionais legitima a celebração de atos políticos ou diplomáticos que não se destinam à criação de normas jurídicas. O uso de denominações como **memorando de entendimento**, **protocolo** ou **carta de intenções**, **declaração** ou **comunicado conjunto**, **ata**, entre outras, evidencia a preocupação de se evitar nesses casos o uso do termo **tratado** ou da expressão **acordo internacional**. Interessantemente, porém, a afirmação corrente de que esses atos não contêm compromissos jurídicos não reduz as obrigações políticas ou diplomáticas assumidas pelos Estados. Esta constatação suscita assim a dúvida em torno da diferença ontológica que poderia separar os tratados dos atos internacionais não-convencionais. Jack Goldsmith e Eric Posner[3] avançam a hipótese de que os Estados recorrem aos tratados em três situações: quando exigem um compromisso forte e duradouro, quando os objetivos de política externa do Presidente da República convergem com os do Poder Legislativo e quando não há necessidade de ação imediata.

O Brasil realiza atos internacionais das duas categorias. A compreensão nem sempre precisa de seus efeitos leva, por vezes, à conclusão de atos políticos ou diplomáticos com compromissos jurídicos que requerem a submissão ao procedimento solene de aprovação de tratados. A prática comum de se negociarem memorandos de entendimento que são verdadeiros tratados recomenda a inclusão no projeto de lei de referência ao menos genérica aos atos não-convencionais, de modo a que se distingam dos tratados e também sejam dotados de publicidade.

Os Estados concluem quantidade crescente de tratados que seguem rito incompleto de aprovação e entram em vigor na data da assinatura sem referendo parlamentar nem ratificação. A doutrina chama-os de acordos em forma simplificada. A prática remonta aos *executive agreements*, que o Presidente dos Estados Unidos passou a concluir a partir do fim do século

[3] GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric. "International agreements: a rational choice approach". **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 44, n. 1, 2003, p. 127.

XVIII sem consulta ao Congresso. Em homenagem à tradição norte-americana, estes instrumentos também são conhecidos como acordos executivos, mas não se confundem com os *congressional-executive agreements* que o costume constitucional desenvolveu como alternativa aos *treaties*. Alguns países definem os acordos que não necessitam do consentimento parlamentar para entrar em vigor. Embora obedeçam a procedimento simples e expedito de conclusão, os acordos em forma simplificada equivalem a tratados à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O Brasil conhece há tempos a figura do acordo em forma simplificada. Entretanto, a inexistência de dispositivo constitucional que discipline esses acordos como exceção à regra da aprovação parlamentar gera razoável dúvida quanto à sua constitucionalidade em face da letra da Constituição Federal. A doutrina sempre tergiversou a respeito desde a célebre polêmica entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão. O Poder Executivo tem-se valido da melhor doutrina para concluir acordos em forma simplificada em casos restritos. Emenda à Constituição poderia dispor sobre os acordos em forma simplificada ou remeter a definição dos critérios de admissibilidade à legislação infraconstitucional.

No magistério dos clássicos, a capacidade de celebrar tratados pertence apenas aos Estados e às organizações internacionais. No entanto, a especialização da cooperação internacional tem motivado a realização de atos internacionais por órgãos do poder central despidos de capacidade convencional. A prática deriva da crescente atuação de agentes estatais em redes de comunicação organizadas no que Anne-Marie Slaughter[4] denomina de *disaggregated state*. Na busca de soluções diretas com seus homólogos estrangeiros, os órgãos concluem atos internacionais sobre temas específicos sem a intermediação do poder central. O desejo de rápida implementação dos compromissos oriundos desses atos dita a preferência pela forma simplificada. Esses atos deixam em aberto o problema que consiste em saber se comprometem o Estado ou apenas os órgãos de sua administração.

Órgãos da administração pública brasileira vêm celebrando atos internacionais em nome próprio. A notória falta de personalidade jurídica desses órgãos está na origem da suspeita preliminar de que seus atos devam ser considerados inexistentes. Esta suspeita se reforça quando os firmatários agem sem plenos poderes, em violação à competência presidencial privativa

[4] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 12-15 e 36-64.

de celebrar atos internacionais, e quando não há qualquer meio de publicidade desses atos. A fim de coibir uma prática que atenta contra dispositivos constitucionais e fragiliza a unidade da política externa, o projeto de lei poderia reafirmar a necessidade de que todos os atos internacionais sejam concluídos em nome do Estado brasileiro por agentes devidamente habilitados, sob pena de responsabilização pessoal.

Vamos agora admitir que os tratados conformem uma espécie do gênero maior dos atos internacionais. Neste sentido, a esfera do projeto de lei poderia ser ampliada para abarcar também as decisões das organizações internacionais de que o Brasil faça parte e dos tribunais internacionais cuja jurisdição o Brasil tenha reconhecido.

Discutem-se o efeito das normas emanadas dos órgãos decisórios do Mercosul e o modo de sua incorporação nos ordenamentos jurídicos dos países-membros. Diferentemente do Direito supranacional aplicável às Comunidades Européias, a ordem jurídica do Mercosul não consagra a aplicabilidade imediata da normativa do bloco sobre os sistemas internos nem a aplicabilidade direta em benefício dos particulares. As decisões dos órgãos são aplicáveis e invocáveis somente após sua internalização. Como os órgãos têm natureza intergovernamental, suas decisões são tomadas pelo consenso dos Estados-Partes segundo mecanismo de isonomia estatal comparável ao das organizações internacionais. A equiparação da elaboração da normativa do Mercosul ao processo de produção do Direito Internacional remete ao sistema de aprovação de tratados previsto na Constituição Federal. À semelhança de qualquer acordo internacional, as normas do bloco devem ser aprovadas pelo Congresso Nacional, ratificadas, promulgadas e publicadas no Diário Oficial da União. As avenças concluídas no contexto do Mercosul, assim como aquelas feitas sob a égide da ONU ou da OEA, inserem-se no quadro institucional destas organizações, mas dependem das regras relativas ao poder de celebrar tratados vigentes em cada país.

Há normas emanadas dos órgãos do Mercosul que assumem natureza de decisões internacionais e que são dispensadas do assentimento parlamentar. Estas normas fundam-se nas competências atribuídas àqueles órgãos nos tratados constitutivos aprovados pelo Congresso Nacional. As normas do Mercosul que se destinem aos países-membros sem criar novos direitos e obrigações, sem contrariar lei interna nem gerar encargos gravosos ao patrimônio nacional podem ser diretamente incorporadas ao ordenamento jurídico nacional. As decisões do Conselho de Segurança da

ONU e as resoluções da OEA que imponham ações domésticas também são internalizadas com base nas respectivas Cartas sem consulta legislativa. O projeto de lei poderia disciplinar a incorporação das decisões das organizações internacionais, fixando a diferença entre aquelas que têm natureza de tratado e aquelas que têm natureza de decisão internacional em sentido estrito.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que os Estados-Partes devem cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A necessidade de homologação de suas decisões depende do ordenamento jurídico dos Estados. A Constituição Federal silencia a respeito da homologação das decisões dos órgãos internacionais, que aplicam o Direito Internacional por força dos tratados que os vinculam aos Estados. Hervé Ascensio[5] explica que os Estados transferem parcela de seu *imperium* quando se sujeitam à jurisdição de um órgão internacional. As sentenças arbitrais emitidas por tribunais *ad hoc* ao amparo do Protocolo de Brasília não foram homologadas porque o Estado brasileiro havia aceitado a jurisdição dos tribunais para dirimir as controvérsias que surgissem entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não-cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção e dos acordos celebrados no âmbito do Tratado, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das resoluções do Grupo Mercado Comum. O Protocolo de Olivos tampouco determina a homologação dos laudos dos tribunais arbitrais *ad hoc* e do Tribunal Permanente de Revisão.

As decisões provenientes do sistema interamericano de direitos humanos prescindem de homologação porque derivam de instâncias cujas jurisdições foram aceitas pelo Brasil. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos atribui à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a competência para receber petições de qualquer pessoa ou grupo de pessoas sobre violações à Convenção. A adesão do Brasil à Convenção fez que o país aceitasse automaticamente a jurisdição da Comissão. Ao reconhecer a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil igualmente transferiu parte de seu *imperium* para a Corte. As decisões da Comissão e da Corte não necessitam, por isso, de homologação na ordem interna. Esclarecendo o assunto, o projeto de lei poderia sanar o equívoco que consiste em equiparar as decisões dos tribunais e dos demais órgãos jurisdicionais internacionais a sentenças estrangeiras.

[5] ASCENSIO, Hervé. La notion de juridiction internationale en question. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. **La juridictionnalisation du droit international** (Colloque de Lille). Paris: A. Pedone, 2003. p. 181.

Direito Internacional dos Direitos Humanos

Haroldo Teixeira Valladão Filho[1]

Sendo o último debatedor deste encontro, creio pouco poder acrescentar, sob pena de ser repetitivo, ao tema da Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos, magistralmente versado pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade e pelos eminentes professores que me antecederam.

Julgo adequado registrar uma palavra de louvor ao empenho e à dedicação do Professor Cachapuz de Medeiros e da Ministra Ana Lélia Beltrame na organização do presente acontecimento. Bem sei dos múltiplos percalços que lhes tocou contornar para que estas Jornadas se materializassem com o êxito que testemunhamos.

Estimo ainda de bom tom reverenciar os mestres brasileiros que, de forma pioneira, trataram do tema que nos ocupa, divulgando-o nacionalmente, como o foram Accioly, Pessoa, Dunshee de Abranches, Linneu e Celso de Albuquerque Mello e, mais recentemente, os Embaixadores Gilberto Sabóia, José Augusto Lindgren Alves e a fecunda obra do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, nas elevadas funções de Juiz e de ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Preparei, de qualquer sorte, algumas notas que terei o maior prazer em compartilhar com os Senhores, iniciando com um apanhado histórico.

Magenta e Solferino, por suas crueldades, conduziram o estadista suíço Henry Dunant, prêmio Nobel da Paz de 1901, a patrocinar a instituição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Entidade destinada a minorar, no terreno, a sorte dos combatentes, já em 1864, promoveu a Convenção sobre os Feridos e Enfermos da Guerra Terrestre. Todos

[1] Coordenador-Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores

sabemos a evolução do tema, conexo ao dos Diretos Humanos, com a elaboração em função dos desatinos da Segunda Guerra Mundial, das quatro convenções de Genebra, de 1949, abarcando a condição dos feridos e doentes de Forças Armadas em terra, dos feridos, doentes e náufragos de Forças Armadas no mar, o tratamento dos prisioneiros de guerra e a proteção de civis em tempo de guerra. Posteriormente, em Genebra, em 1977, dois protocolos adicionais foram concluídos: um relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais e o outro, dispondo sobre a proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais. Aquele envolvendo a guerra no sentido convencional e, bem assim, para ter em conta os movimentos pela descolonização e a autodeterminação que então grassavam, contra o aparteísmo, por exemplo. O segundo Protocolo visa às agruras das guerras civis.

Dada sua proeminência, visto o transcendente conteúdo humanitário que encerram, as Convenções de Genebra de 1949 podem ser aplicadas a todo e qualquer Estado em guerra, mesmo àqueles que não sejam delas Partes. Chamo a atenção, nesse âmbito, à não-observância do princípio de que os Estados só podem se obrigar por um ato internacional com o seu consentimento. O artigo 2º, comum àquelas quatro convenções – Cláusula Martens – estatui, com efeito, a prevalência *erga omnes* de regras e costumes incorporados indelevelmente à consciência jurídica universal.

Já os esforços das Nações Unidas vieram a se centrar na questão dos Direitos Humanos ou Direitos do Homem. A diferença *vis-à-vis* do Direito Humanitário residiria na dicotomia entre o Estado beligerante e o Estado protetor e garantidor da cidadania.

Cumpriria consignar que àquela altura a guerra, ou o uso da força, como instrumento de política, fora banida pelo Pacto Briand-Kellog, de 1928, ao qual o Brasil aderiu, e pela própria Carta das Nações Unidas, de 1945, salvaguardando-se, como é natural, os casos de legítima defesa individual ou coletiva.

Na verdade, entende-se que os Estados, em prol de seus nacionais, devem lhes assegurar, indivisível e interdependentemente, uma gama de direitos que lhes permitam a realização da segurança e do bem-estar nos campos civil, político, econômico, social e cultural.

A origem de semelhante preocupação remonta a 1948, quando, sob os auspícios da Assembléia Geral das Nações Unidas, elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se arrolam direitos e liberdades de que todos os homens merecem gozar.

Na apreciação de Jules Basdevant, abalizado publicista francês, ex-presidente da Corte Internacional de Justiça:

> [O]s Direitos do Homem, expressão introduzida na ordem internacional na época contemporânea, como equivalente àquelas dos Direitos Fundamentais do Homem ou Direitos Internacionais do Homem, designa um conjunto de prerrogativas baseadas na dignidade da pessoa humana e destinadas a promover o respeito em proveito de todos. Mais: no preâmbulo da Carta de ONU os povos das Nações Unidas proclamam a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres. O artigo primeiro enuncia entre os objetivos da Organização aquele de desenvolver e encorajar o respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais em favor de todos sem distinção de raça, de gênero, de língua ou de religião.

Como corolário e com vistas a implementar tais princípios, a Assembléia Geral da ONU, em 1966, adotou dois pactos basilares sobre a questão. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O último cria a Comissão de Direitos Humanos, formada por representantes dos governos, a qual compete, com o auxílio de seus Comitês e Subcomitês, examinar graves transgressões aos Direitos Humanos, de ordem a proclamar e a censurar em termos públicos e políticos os Estados reputados autores desses despropósitos.

Sublinhe-se que Estocolmo 1972, Rio 1992, Johannesburgo 2002, Teerã 1968, Viena 1993 e Durban 2003 decerto incutiram no seio da doutrina, da jurisprudência e da prática governamental que tanto o Meio Ambiente quanto os Direitos Humanos deixaram de constituir questões que dependam essencialmente da competência interna de qualquer Estado. Pelo que se faculta a intervenção nelas do sistema onusiano, numa interpretação positivamente flexível e congruente aos nossos dias do que reza o inciso 7º do artigo 2º da Carta.

O Pacto sobre Direitos Civis e Políticos contém Protocolo Facultativo, no qual se estipula que a Comissão de Direitos Humanos poderá receber e examinar comunicações provenientes de particulares que se considerem vítimas de violação de um dos direitos constantes do instrumento. Trata-se de disposição das mais relevantes para o

robustecimento do sistema internacional dos Direitos Humanos. De fato, propicia ao nacional de um Estado demandar diretamente esse Estado – direito de petição individual – em qualquer matéria atinente à proteção dos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais. Alça-se, pois, o indivíduo ao patamar de sujeito do Direito Internacional.

Também como forma efetiva de promoção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais admite que o Conselho Econômico e Social remeta à citada Comissão de Direitos Humanos, para fins de estudo e de recomendação, os relatórios concernentes aos Direitos Humanos, a que os Estados se acham compelidos a enviar nos termos desse ato internacional.

Indo mais à frente, e seguramente movida pelos movimentos de emancipação nacional, as Nações Unidas ainda em 1966, aprovaram a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que estabelece, como meio de monitoramento e verificação da adimplência das normas nela consagradas a figura de um Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. A exemplo do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o Comitê em causa permite que todo Estado declare que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos ou de grupos de indivíduos, sob sua jurisdição, que se creiam vítimas de uma infração pelo aludido Estado-Parte de qualquer dos direitos previstos na Convenção. Caberá ao Comitê fazer as recomendações ou tomar as determinações que o caso ensejar.

Na esfera interamericana, firmou-se em 1969, em São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É instrumento dos mais progressistas e inovadores no tocante à consolidação da proteção dos Direitos Humanos. Logo ao início, determina a transposição, para a ordem jurídica dos Estados que ainda não o hajam feito, das normas contempladas na Convenção relativas ao exercício de direitos e liberdades de modo a tornar mais profícuo o desfrute de tais direitos e liberdades em cada Nação-Parte.

Como órgãos competentes para o trato desses pontos, a Convenção instituiu dois mecanismos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambas integradas por sete membros, escolhidos a título pessoal, independentes, assim, da influência dos Estados a que pertençam.

A Comissão dedica-se *inter alia* à observação e à produção de relatórios e recomendações acerca dos direitos humanos e também a receber

e examinar os informes que os Estados-Partes lhe devem submeter a respeito da evolução da matéria em cada um deles.

Além disso, pode a Comissão ser inteirada de queixas ou denúncias que a ela encaminhem qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organizações não-governamentais sobre violações da Convenção, elaborando recomendações ou proposições, de modo a instigar políticas públicas corretivas. Cabe-lhe, outrossim, analisar comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em ofensas aos direitos humanos fixados na Convenção, contanto que os Estados-Partes, por declaração, reconheçam a competência da Comissão para tanto.

De ordinário, a Comissão procede a um circunstanciado escrutínio do caso, oferecendo aos envolvidos o direito de defesa, contestação ou réplica. Depois de exauridas essas ações é que ela decidirá se o Estado tomou ou não medidas adequadas e, em caso negativo, se publica o seu relatório. Documento de ampla ressonância na imprensa, na academia, nos órgãos defensores dos Direitos Humanos, na Magistratura, no Ministério Público, nos demais Poderes constituídos dos Estados, invariavelmente desperta significativo impacto também na opinião pública e na sociedade civil.

Baldados os esforços da Comissão, os Estados-Partes e a própria Comissão encontram-se aptos a endereçar o assunto à decisão da Corte. Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação da Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem acordo especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação da Convenção.

Importaria assinalar a capacidade da Corte de tomar medidas provisórias ou cautelares, haja vista a extrema gravidade e urgência do feito, de sorte a evitar danos irreparáveis às pessoas, no contexto dos assuntos de que estiver conhecendo.

Os trabalhos da Corte, cuja jurisdição o Brasil aceitou, culminam com a prolação de sentença, que será definitiva e inapelável.

Considero que o *corpus iuris* que venho de resenhar, atinente aos Direitos Humanos, quer no plano mundial, quer no espaço interamericano, reveste-se de concepção e abrangência bem apropriadas no que respeita à enunciação e à implementação dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.

O desafio para a efetiva proteção deles consistiria na vontade política dos Estados de se obrigarem por esses diversos instrumentos e de fazer cumprir internamente as respectivas disposições, despolitizando circunstâncias e especificidades das lides. O vetusto conceito da soberania absoluta deve ser aqui mitigado. Devem, por conseguinte, os Estados-Partes aceitar reclamações que contra si interponham outros países, organismos supranacionais, de cunho estatal ou não-governamental e, *last not least*, o ser humano. Devem, igualmente, se dispor a cumprir recomendações, resoluções ou sentenças emanadas dos diversos órgãos criados pelas convenções sobre a matéria. Sobretudo reparações, decorrentes de violações comprovadas, e conforme estipuladas, necessitam ser plena e prontamente satisfeitas.

Só assim estará a humanidade protegida contra abusos a direitos tão indispensáveis ao progresso e ao convívio harmônico entre os povos.

No dizer do Embaixador Tadeu Valadares, antigo Diretor do Departamento de Direitos Humanos do Itamaraty, "o novo nome do desenvolvimento é Direitos Humanos, ou seja, o desenvolvimento alicerçado na expansão contínua [...], em suas múltiplas vertentes, dos civis e políticos aos econômicos, sociais e culturais, até seu espraiamento máximo com o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável".

Penso que um passo adicional poderia ser intentado pela doutrina, com o apoio dos Estados e respaldado pelas decisões dos tribunais, no sentido da afirmação e do fortalecimento internacional dos Direitos Humanos: a sua elevação, no campo do Direito Internacional Público, em especial no do Direito dos Tratados, à categoria de *jus cogens*, preceito imperativo do Direito Internacional Geral, ou Consuetudinário, norma esta aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida. Com efeito, assevera Celso de Albuquerque Mello, que "os direitos humanos se caracterizam por serem preexistentes à ordem positiva, imprescritíveis, inalienáveis, dotados de eficácia *erga omnes*, absolutos e auto-aplicáveis".

Por último, uma rápida menção sobre a posição, a meu juízo, bem avançada, da Constituição Brasileira de 1988 quanto ao assunto.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, subordinados ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, dispõem, respectivamente, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Vê-se claramente nos textos acima o *animus* dos constituintes de conferir prevalência na ordem jurídica interna aos textos sancionados pela comunidade internacional no setor dos Direitos Humanos.

Ademais, cinco outras alusões à Carta Magna reforçam o compromisso nacional nesse domínio.

No próprio Título I, Dos Princípios Fundamentais, inclui-se, entre outros fundamentos pelos quais se pautará a condução do Estado Democrático de Direito, fundamentos estes na Constituição explicitados, aquele imanente à dignidade da pessoa humana.

O artigo 60, parágrafo 4º, transforma os direitos e garantias individuais nas chamadas cláusulas pétreas, porquanto não serão eles objeto de deliberação por proposta de emenda tendente a aboli-los.

O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como que a coroar o que antes se disse, acentua de maneira categórica que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos.

Nos termos da recente Emenda Constitucional 45, o Brasil reconheceu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, fruto do Estatuto de Roma de 1998. É órgão responsável por conhecer, julgar e, se for o caso punir, à falta de efetiva disposição dos Estados em fazê-lo, por razões de escasso aparato judicial ou pela ausência de vontade política, os crimes mais hediondos perpetrados por pessoas, grupos sociais ou países, como são os de genocídio, aqueles contra a humanidade e os crimes de guerra.

O artigo 5º da aludida Emenda Constitucional prescreve que os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Mais não se poderia fazer, na ordem jurídica interna, para realçar o *status* conferido aos tratados e convenções sobre Direitos Humanos, porquanto, acatadas determinadas exigências acima apontadas, gozarão eles da hierarquia máxima do processo legislativo, isto é, a emenda constitucional, sobrepujando, destarte, a corrente teoria de que os atos internacionais possuem o mesmo valor das leis ordinárias federais ou que a elas se equiparam.

PARTE 3 - Mesa Redonda

O Currículo de Direito Internacional Público nas Instituições Brasileiras de Ensino Superior

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros -Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores: Boa tarde. Vamos dar início a esta Mesa Redonda sobre "O Currículo do Direito Internacional Público nas Instituições Brasileiras de Ensino Superior". Compõem a Mesa os Professores Vicente Marotta Rangel, Antônio Celso Alves Pereira, Nádia de Araújo, Wagner Menezes, Valério de Oliveira Mazzuoli, Heloísa Portugal, Patrick Petiot e Karina Zucolotto. A inserção do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado nos currículos dos Cursos de Graduação em Direito tem uma história longa, com altos e baixos. Quando foram concebidos os Cursos de Direito no Brasil e implantadas as primeiras Faculdades, em Recife e em São Paulo, o Direito Internacional ocupou posição de destaque. Ao longo de tantos anos de aplicação da estrutura curricular no Brasil, essa posição variou, passando por momentos em que, de fato, o Direito Internacional foi valorizado, considerado disciplina obrigatória e outros momentos em que, lastimavelmente, o Direito Internacional foi incluído entre as disciplinas optativas, provocando prejuízos na formação daqueles que trabalham com o Direito, que lidam com a Ciência Jurídica, fazendo com que os juristas brasileiros, muitas vezes, fiquem em situação de desvantagem em relação a juristas de outros países onde o Direito Internacional sempre foi valorizado, sempre foi obrigatório, sempre foi disciplina nobre nos Cursos de Graduação em Direito.

Hoje, sentimos os efeitos da ausência no Brasil do Direito Internacional em muitos Cursos de Direito. Não nos Cursos de Direito tradicionais, nos Cursos de Direito notoriamente de boa qualidade em nosso país, os quais, mesmo que as regras vigentes não tornassem o Direito Internacional obrigatório, jamais deixaram de ministrar a disciplina, como a Universidade de São Paulo, a maioria das universidades federais e muitas universidades privadas de idoneidade reconhecida. Mas, em muitas Faculdades, como o Direito Internacional era uma disciplina optativa, ou

seja, fazia parte de uma lista das quais as administrações universitárias podiam eleger duas, muitas vezes, o Direito Internacional ficou excluído. Como disse, isso deixou uma deficiência, uma ausência, no conhecimento dos bacharéis e, muitas vezes, isso se reflete nas decisões judiciais em que se nota um desconhecimento do Direito Internacional, talvez porque o magistrado não tenha contado com o Direito Internacional na sua formação jurídica.

É muito importante, destarte, a discussão a respeito do Direito Internacional nos Cursos de Direito. Recentemente, uma reforma curricular tornou novamente o Direito Internacional obrigatório em todos os Cursos de Graduação em Direito. Foi medida muito festejada por todos, porque expandiu no Brasil o conhecimento do Direito Internacional, expandiu os centros de aprofundamento do estudo do Direito Internacional em nosso país, pelo simples fato dele ter se tornado obrigatório. Contudo, nas novas Diretrizes Curriculares do Ministério da Educação, menciona-se apenas Direito Internacional. Então, há Cursos de Graduação que elegem entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Geralmente, optam pelo Direito Internacional Público, já que o Direito Internacional Privado oferece maior dificuldade para a identificação de professor, porque é uma disciplina complexa, requer atualização constante e conhecimento amplo de todos os ramos de direito. Dependendo do ponto em que está situada a instituição de ensino, não é fácil, muitas vezes, localizar um professor. Eu apenas queria fazer essa breve introdução e dizer que a preocupação do Itamaraty é em dar uma contribuição para o currículo dos Cursos de Direito e também para o Instituto Rio Branco. No Instituto Rio Branco, o Direito Internacional é disciplina obrigatória, evidentemente, na formação dos diplomatas brasileiros e o conteúdo curricular também precisa ser atualizado. O Direito Internacional passa por profundas transformações, se moderniza em muitos pontos, institutos são renovados e criados, surgem novas instituições e tudo isso redunda na necessidade de uma atualização dos currículos. É por isso que estamos aqui para trocar idéias neste debate aberto sobre o currículo do Direito Internacional e da própria inserção do Direito Internacional nos currículos dos cursos de graduação.

Para coordenar este debate, tenho a honra de convidar o Professor Vicente Marotta Rangel, Catedrático de Direito Internacional Público da Universidade de São Paulo, a quem eu tenho a satisfação de passar a palavra. Vai secretariar os trabalhos o Professor Valério Mazzuoli.

Vicente Marotta Rangel -Universidade de São Paulo: Muito obrigado, Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros. Vossa Senhoria introduziu devidamente a razão de ser do nosso colóquio. Na verdade, pelo menos naquilo que me toca, naquilo que diz respeito à minha experiência pessoal, trata-se de alguma coisa inédita em nosso país. Eu nunca tive conhecimento, nem participei de uma reunião como esta, em que professores e estudiosos se reunissem para cuidar da problemática do currículo e da inserção do Direito Internacional nas Faculdades de nosso país.

Não há dúvida que tenho certa experiência no tocante à luta que temos travado, em um passado não muito longínquo, em torno da inserção dos estudos de Direito Internacional, seja público ou privado, nos currículos universitários. Nesse particular, eu creio que, em nome de todos, podemos render homenagem à memória do Professor Haroldo Teixeira Valladão, que também foi Consultor Jurídico do Itamaraty. O Professor Valladão foi um grande paladino, em determinado momento da história brasileira, em que se tentava retirar do currículo as disciplinas Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Nesse sentido, a presença do Professor Antonio Celso Alves Pereira, que sucedeu o Professor Haroldo Valladão, na presidência da Sociedade de Direito Internacional, ele que também era Professor de Direito Internacional em universidades do Rio de Janeiro, mostra a atualidade e a oportunidade desta reunião. Estamos a evocar um grande mestre que lutou para que não se retirasse do currículo das Escolas de Direito, o ensino do Direito Internacional.

Qual é a razão deste empenho? É um empenho que transcende o âmbito de interesse pessoal. Poder-se-ia dizer que os Professores de Direito Internacional teriam algum interesse em que se constasse uma disciplina que eles são chamados a reger. Mas, na verdade, não era isto que motivava o empenho do Professor Valladão e não é este o motivo, por certo, que nos tem levado a nos aproximar desta reunião e a felicitar o Professor Cachapuz de Medeiros pela feliz iniciativa de nos reunir em torno dessa temática. É que não se trata, como ocorre muitas vezes em outras disciplinas jurídicas, de aprofundar pesquisas, estudos em torno deste ou daquele ramo do Direito. O Direito Internacional, público ou privado, tem uma outra projeção, uma dimensão maior, porque ele influi nas decisões que o nosso país pode tomar em política exterior. Se o nosso país não estiver bem informado a respeito das regras de Direito Internacional, ele pode ser induzido a tomar, no plano da política exterior, decisões

contraproducentes aos nossos interesses, que não são apenas materiais, mas, são também de cultivo e de respeito às normas jurídicas que nos regem e que regem também os outros membros da sociedade internacional.

Atualmente, acompanho um pouco de perto esta problemática que ocorre, surpreendentemente, num país de alta projeção intelectual e de tradição científica extremamente respeitada e respeitável. Faço parte da American Society of International Law. Acompanho o que se diz nas revistas circulares que recebo enquanto membro dessa sociedade e vejo a angústia de professores e colegas de universidades dos Estados Unidos da América em tentar incluir decisões do governo do respectivo país, conscientes que decisões são tomadas ao arredio dos princípios fundamentais do Direito Internacional.

Não se diz isso muitas vezes claramente, mas, se nota que há uma inquietude entre os nossos colegas de universidades deste grande país. Sou testemunha do que lá tem ocorrido, sobretudo, porque, durante algum tempo, fui *Visiting Scholar* na Universidade de Columbia, em Nova Iorque, e pude dialogar com colegas universitários desse grande país. Fui testemunho de uma carta que, há algum tempo atrás, recebi de um colega da Universidade do Texas, dizendo que ele estava na Áustria e que deveria dar uma aula sobre "Direito Internacional". Na carta ele dizia: "Eu vou dar esta aula, mas, eu me sinto envergonhado". Para que não tenhamos também este mesmo sentimento eventual de nos sentirmos envergonhados das tomadas de posição deste ou daquele Ministério, deste ou daquele governo, deste ou daquele município, deste ou daquele órgão de classe, é importante que sigamos os princípios jurídicos fundamentais, que são também os do Direito Internacional. Há uma especificidade do Direito Internacional Público e Privado. Ele brota da convivência de governos e de povos. Ele não é apenas expressão de uma coletividade regional, de um município, de uma cidade, de um Estado Membro da Federação. Mas, ele é produto da convivência de povos e governos e, via de regra, como os senhores sabem, os princípios básicos fundamentais são princípios que outrora se chamavam "Princípios de Direito Natural". Hoje, há uma certa vergonha ou acanhamento em e referir a Direito Natural e outras expressões que se utilizam, mas, na verdade, o que se quer dizer é que há certas regras de convivência humana, de respeito aos cidadãos, de respeito aos direitos humanos e respeito às regras fundamentais que a própria Carta das Nações Unidas consagra. O Direito Internacional tem algo de diferente e exigiria uma reunião como a que nós nos encontramos.

Talvez eu seja o menos indicado para dar algum testemunho a respeito, pelo menos, no tempo presente. No momento, eu estou aposentado da Universidade de São Paulo, ainda que, tenha recebido há pouco tempo o título de Professor Emérito, que me dá alguns direitos de participar de reuniões da própria unidade. O que ocorre, todavia, é que -e permito-me dizê-lo nesse momento, à guisa de introdução também, acrescentando minhas palavras àquelas que foram ditas pelo Professor Cachapuz de Medeiros. Ele vem do Rio Grande do Sul e eu sou de São Paulo, e outros tantos que estão aqui nesta sala, que vieram de pontos mais distantes do nosso país -é muito importante que tenhamos consciência da relevância do ensino dessa disciplina.

A minha Faculdade, realmente, tem um mérito nesse particular. Coincidentemente, numa ocasião em que eu estava na Chefia do Departamento de Direito Internacional era justamente um desses momentos em que se tentava retirar do currículo essas disciplinas que dizem respeito ao "Direito Internacional". Nessa oportunidade, com a reforma da universidade e a criação de departamentos, eu e colegas trabalhávamos para que se criasse um departamento específico de Direito Internacional. Foi esta luta interna na universidade, que acabou se tornando vitoriosa e nos levou a ter um Departamento de Direito Internacional. No sistema universitário, um Departamento significa um certo número de docentes especializados numa determinada área do ensino e da pesquisa. O Departamento propunha disciplinas diferentes, ainda que ligadas à mesma temática nuclear hegemônica, que é a do Direito Internacional. Com isso, conseguimos manter, embora com muita dificuldade e resistência, a existência do Departamento de Direito Internacional, que é um dos 10 Departamentos em que se desdobra a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Através da instituição de disciplinas novas e contratação de novos professores, de certa maneira, estamos podendo contribuir para que os estudos do Direito Internacional se processem em várias partes do território brasileiro, apoiando os esforços de diversas faculdades do país em prol do estudo e da pesquisa em torno desse conjunto de disciplinas. Eis aí, portanto, o que se poderia ditar em relação àquilo que, com grande precisão e autoridade, disse há pouco o Professor Cachapuz de Medeiros para introduzirmos agora a temática do ensino, da pesquisa do Direito Internacional no nosso pais e auscultar, talvez, quem sabe, metodologicamente, qual é a situação atual que ocorre nas diferentes unidades de ensino e pesquisa ligadas ao Direito.

Está presente aqui também uma Representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal. Eu creio que isso é muito importante também. A propósito, lembro que tem sido criado, em diferentes secções da Ordem dos Advogados do Brasil do nosso país, setores destinados à preocupação, defesa e estudo das áreas de Direito ligadas ao Direito Internacional. Eu creio que essa é uma nova abertura, uma nova perspectiva para que se passe, do estudo e da pesquisa, para a prática efetiva do Direito Internacional, para que tenhamos, perante os juizes, perante os tribunais, a presença de advogados capazes de atuarem com conhecimento de causa em relação a esta área específica do Direito.

Isto posto, eu peço ao Professor Cachapuz de Medeiros que talvez pudéssemos abrir o debate para que possamos receber o testemunho dos professores aqui presentes, para se manifestarem em torno dos currículos apresentados e, talvez, receber sugestões para o aprimoramento desses currículos também. A Professora Nádia de Araújo vai nos dar a sua contribuição nesse sentido.

Nádia de Araújo – PUC/RJ: Em primeiro lugar, eu queria agradecer o convite do Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros. É uma honra estar nesse fórum e uma oportunidade ímpar de conviver com outros professores que ministram essa disciplina. Como bem disse o Professor Marotta Rangel, houve um período em que a disciplina de Direito Internacional não estava no currículo, senão, das universidades mais tradicionais. Com a Portaria 1886/90, ela voltou ao currículo como matéria obrigatória, agora reforçado pelas Diretrizes Curriculares, que falam em Direito Internacional.

À exceção da USP, que tinha um Departamento de Direito Internacional e um Curso de Pós-Graduação nessa área, embora houvesse a disciplina, poucos eram os cursos que trabalhavam com o tema em nível de Pós-Graduação. Com isso, do dia para a noite, no momento em que a disciplina voltou a ser obrigatória, tiveram que ser fabricados professores de Direito Internacional. Ninguém sabia muito bem o que ia falar e por onde ia começar. Como bem disse o Professor Cachapuz de Medeiros também, o Direito Internacional Privado sempre foi considerado uma disciplina um pouco misteriosa. Mas, não é bem assim. Ela está no centro de quase todo o nosso dia-a-dia.

Na PUC do Rio de Janeiro, onde eu dou aula já há 20 anos, nós temos um grupo bastante unido e temos procurado dinamizar essa área

porque, como essa é uma disciplina do último período e os interesses dos alunos são de toda a ordem, menos da disciplina, nós sentimos a necessidade de trazê-la para o dia-a-dia, para alguma coisa muito concreta e não havia tempo hábil de poder cuidar de toda a extensão dos temas, como está expresso nos três volumes da publicação do Professor Haroldo Valladão, que cuida das regras da conexão, da história da disciplina etc. Então, com o tempo, nós fomos mudando a disciplina e sentimos necessidade de utilizar casos. Montamos uma página na Internet, que está disponível a todos – www.dip.com.br – e sempre procuramos invocar a jurisprudência. Isso nos levou a um currículo muito mais de feição anglo-saxônica do que na tradição dos franceses porque sentimos que os temas de ponta, o que era importante cuidar era, sobretudo, o Direito Processual Internacional e, só então, passarmos para a clássica pergunta "Que lei aplicar?". Tudo isso, sem deixar de lado o foco maior do dia-a-dia, que é o da cooperação jurídica internacional, que está cada dia mais presente. O Brasil agora está cada vez mais alinhado com novas Convenções Internacionais de Cooperação, como a Convenção de Seqüestro de Menores, em que já temos vários casos na Justiça Federal; a Convenção de Adoção, também da Haia; as Convenções Interamericanas; a prática do Direito Internacional Privado, com relação ao MERCOSUL, que possui uma normativa específica para esses problemas. Então, nós começamos a partir para esses caminhos.

Agora, com as novas Diretrizes Curriculares, nós temos uma pretensão ainda maior. Dizem no Rio de Janeiro que a UERJ tem uma tradição de ser muito mais voltada para os concursos e a PUC de ser muito mais voltada para os advogados. Isso não é verdade absoluta porque, hoje em dia, todo mundo faz concurso e esse não é um privilégio de ninguém em especial. De qualquer modo, nós temos dois grandes eixos no nosso projeto pedagógico. O primeiro é com relação ao Direito Constitucional e Administrativo porque esse é o foco da nossa Pós-Graduação. Aliás, nós temos Cursos de Pós-Graduação strictu senso, desde a década de 70. E o segundo é mais na área do Direito Empresarial, com um foco muito marcado no Direito Civil, no Direito Comercial e no Direito Internacional. Nós sempre interagimos muito nessa área do Direito Internacional Privado com as outras disciplinas.

Então, fomos mudando nosso método, fomos trazendo para a sala de aula estudo de casos, as Convenções Internacionais, enfim, o dia-a-dia que interessava, de fato, a uma prática do Direito Internacional. Agora, com as Diretrizes Curriculares, que estão em via de implantação, na minha

universidade, isso está gerando uma reflexão sobre que currículo nós queremos. Os professores estão discutindo esses assuntos com as coordenações de área e, se nós deixássemos, a tônica é que todo mundo quer aumentar o seu tempo. Todo mundo acha que não há tempo para o Direito Constitucional, para o Direito Civil etc. Só que isso significa que nós teríamos um Curso de Direito em 10 anos. Então, nos reunimos e dissemos: "É verdade que somos uma disciplina relativamente pequena, mas, vamos fazer um esforço para dar uma contribuição que não seja de pedir mais tempo, vamos trabalhar com o que temos". A grande mudança dessas Diretrizes Curriculares foi tentar trazer para o ensino uma idéia de conteúdo e não tanto de disciplinas, tanto que, eles falam genericamente de Direito Internacional, Direito Civil, Direito Comercial e fica a critério de cada curso a maneira de distribuir essas disciplinas ao longo do curso – se vai ter Direito Civil I e II, se vai ter Direito de Família, se vai ter parte geral – enfim, a idéia é o conteúdo.

Na PUC-Rio, a disciplina Direito Internacional é uma matéria de último ano. Quando nós colocamos certos problemas, os alunos começam a falar o que os outros professores falaram daquilo que tocava, nas suas disciplinas, ao Direito Internacional. E não tem nada a ver com o que a gente fala. Então, nós causamos certo "frisson" com isso. Então, nossa idéia é integrar o conteúdo do Direito Internacional Privado dentro das outras disciplinas também. Inclusive, nós já estamos com um Projeto Piloto com o Direito de Família, tentando justamente fazer essa integração. O nosso Projeto Piloto com os professores de Direito de Família é tratar dos assuntos relativos à Convenção dos Seqüestros de Menores, as questões de cobrança de alimentos no plano internacional, dentro das disciplinas desses professores. Em cada disciplina há pontos comuns. Por exemplo, no Direito de Trabalho, nós lidamos com a questão da imunidade de jurisdição; no Direito Constitucional, nós lidamos com a temática dos Tratados; no Direito Civil, a parte de contratos, de sucessão; no Direito Processual Civil, toda a área de competência e cooperação internacional; no Direito Penal, a temática da lavagem de dinheiro etc. Tudo isso são instrumentos que nós trabalhamos. Então, a nossa proposta é que o Direito Internacional Privado entre também como parte do conteúdo das demais disciplinas. Nós vamos fazer isso com o Direito de Família. Como somos uma universidade com diversos departamentos, no que nós chamamos de domínio adicional, vamos trabalhar com o Instituto de Relações Internacionais – IRE. Temos um projeto de oferecer uma disciplina –

Direito do Comércio Internacional – que será oferecida pelo Departamento de Direito, mas, que é de interesse dos alunos da Graduação de Relações Internacionais. Nós também estamos sentindo certo esgarçamento porque os professores de Relações Internacionais estão muito distanciados dos professores de Direito Internacional. Eles não querem muita conversa conosco. Há necessidade de uma maior integração. Não é possível ter um professor de Relações Internacionais, que esteja se debruçando sobre as questões jurídicas, sem ter formação em Direito Internacional. Então, é necessário trabalhar em conjunto. Portanto, nossa proposta é ampliar o currículo, não no sentido de termos mais tempo – é claro que eu gostaria de mais tempo – mas, sobretudo, conseguir cooperar e colaborar com as outras disciplinas para que a dimensão internacional possa ser sentida também no Direito de Família, no Direito Constitucional e no Direito Processual Civil. Então, essa é a nossa idéia. Muito obrigado.

Vicente Marotta Rangel – Universidade de São Paulo: Agradeço muito à Professora Nádia de Araújo pelas suas sugestões. Talvez um tema que possa ser colhido da exposição da Professora Nádia e que merecerá, por certo, nossa atenção, é o vínculo, existente ou não, entre Relações Internacionais, como disciplina, e de outro lado, a disciplina de Direito Internacional. Eu apenas testemunho que, na Universidade de São Paulo, quando se criou uma Escola de Relações Internacionais, decidiu-se que, no estudo de Relações Internacionais há uma contribuição, de um lado, da ciência política; de outro lado, das ciências econômicas; e finalmente, do Direito Internacional. Então, essa unidade específica que ensina e direciona as pesquisas sobre Relações Internacionais conta com a participação solidária e integral de professores oriundos de três outras unidades existentes.

Há um problema extremamente complexo que é a especificidade do ensino e estudo de Relações Internacionais. Todos sabem que essa disciplina acabou emergindo, inicialmente, no decurso da II Grande Guerra Mundial, e alguns anos depois nos Estados Unidos, com a participação de professores oriundos da Europa, sobretudo, professores alemães que passaram a lecionar nos Estados Unidos e eles entendiam as Relações Internacionais fora do contexto dos estudos jurídicos. Houve, depois, uma reação e hoje já existe um consenso de que é importante a participação dos especialistas na área de ciência política e ciências sociais, mas também, a participação solidária de professores oriundos dos estudos jurídicos. O

Departamento de Direito Internacional da USP fornece professores para lecionar na Escola de Relações Internacionais. Eles ensinam Direito Internacional para que os alunos possam ter essa formação aprofundada, levando em conta essas três dimensões.

Mas, eu creio que esse tema nos levaria a longas considerações e, para enriquecimento do nosso debate, acho que poderíamos solicitar a um outro professor de Direito Internacional Público que dê o seu testemunho, numa visão abrangente, e talvez, quem sabe, também uma contribuição no sentido mais específico nesta área. Nesta perspectiva, queria consultar ao Professor Antonio Celso Alves Pereira se ele poderia dar uma contribuição mais específica em relação a esse tema.

Antonio Celso Alves Pereira – UERJ: Com o maior prazer. Em primeiro lugar, eu queria agradecer também ao Professor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros por esta oportunidade de estar aqui para conversarmos sobre a disciplina que é realmente a razão desta reunião e à qual nós dedicamos parte da nossa vida e atividade profissional. A disciplina de que nós estamos tratando aqui, Direito Internacional, é importante na vida brasileira. Mais uma vez, eu queria também cumprimentar o Professor Vicente Marotta Rangel, meu querido mestre, meu amigo, pessoa por quem eu tenho uma profunda admiração. Nesta luta pela permanência do Direito Internacional nos currículos das Faculdades, o Professor Haroldo Valladão, com um espírito de luta muito grande, "botou a boca no trombone", correu atrás, fez várias reuniões e passou telegrama para todos os deputados. Eu me lembro que, na época em que houve a retirada do caráter obrigatório da disciplina, o Presidente da Câmara dos Deputados era um professor de Direito Internacional. O Professor Haroldo Valladão mandou telegrama veemente para o Presidente da Câmara. Enfim, na década de 90, a disciplina voltou a ter caráter obrigatório, mas, ministrada de forma muito deficiente porque passou a ter carga horária pequena. O que acho mais paradoxal nessa história é que, na medida em que o país foi tendo uma inserção internacional cada vez maior, na medida em que começamos a ter participação mais ativa no cenário internacional, com o crescimento e a modernização do nosso país, fomos retirando essa disciplina das universidades. Isso é realmente paradoxal.

As universidades públicas realmente não retiraram a disciplina Direito Internacional dos seus currículos. A minha universidade, a UERJ, sempre manteve a disciplina com a mesma carga horária e, na primeira

oportunidade que tivemos, inclusive, eu era Reitor da UERJ naquela época, criamos uma Pós-Graduação em Direito Internacional e Direito da Integração. Este curso hoje tem a nota máxima da CAPES e continua atendendo à sua finalidade.

Mas, o problema não é falar da UERJ. O problema é falar exatamente da necessidade que temos hoje de uma modernização dos nossos currículos, uma necessidade cada vez mais acentuada com as relações internacionais. O Direito Internacional, principalmente, o Direito Internacional Público, é um tema que não pode ficar fora dessa discussão hoje nas universidades. E o Direito Internacional Privado é extremamente importante também porque, hoje, a internacionalização, a transnacionalização de toda a atividade humana faz com que não se trabalhe mais com uma separação rigorosa entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Hoje, o limite entre o público e o privado é muito estreito. O nosso problema é exatamente ver estamos hoje nas universidades.

Vocês vêem a importância para o Brasil hoje de exportar aviões e exportar produtos do nosso pequeno nicho de tecnologia de ponta. A partir daí, temos que dar respostas, do ponto de vista jurídico, para a formação de pessoal. Uma área que hoje é também muito importante é a área de propriedade intelectual. Os Cursos de Pós-Graduação em Direito estão começando agora a ensinar Direito de Propriedade Intelectual com uma visão internacional. O Brasil entrou, e não tem saída mais, no consenso neoliberal. O Brasil está hoje tentando ocupar o seu espaço na nova economia mundial e nós temos que formar pessoal para isso. Então, temos que formar negociadores internacionais. Na Faculdade de Direito, não vamos ensinar o indivíduo a negociar, mas, pelo menos, vamos ensinar os alunos nos Cursos de Direito Internacional qual é a sustentação jurídica dessas negociações. Nos painéis da OMC, por exemplo, há aspectos econômicos, técnicos, comerciais, mas, fundamentalmente, aspectos jurídicos que nós precisamos ensinar a esses alunos. Nós estamos montando agora um curso de pós-graduação na UERJ exatamente sobre isso. A CAPES também está correndo atrás disso. Eu faço parte da área de avaliação de Direito e a CAPES tem todo o empenho em formar juristas especializados em OMC, em propriedade intelectual e integração. No caso da integração, nós já avançamos bastante porque, com o MERCOSUL, as universidades do sul do país estão muito bem nessa matéria. As universidades de São Paulo para baixo estão mais avançadas nesse tema

do que as universidades de São Paulo para cima, justamente, pela proximidade com a Argentina, com o Cone Sul, etc. Inclusive, já tem tradição de comércio naquela área. Por exemplo, se os senhores consultarem a produção em Direito Internacional dos professores do sul do país, vocês vão ver como esses professores têm produções importantes na questão de integração, principalmente, em relação ao MERCOSUL. Não é que não existam estudos sobre o MERCOSUL no restante do país. No Rio de Janeiro e São Paulo também tem estudos importantes, mas, não com a intensidade que tem no sul do país.

É lógico que uma escola pequena não tem condições de fazer um programa extenso como uma universidade pública, como a UERJ, a UFRJ ou a USP, que é a grande universidade pública do país. Mas, uma escola pequena podia dar, pelo menos, a parte geral do Curso de Direito bem dada, de forma que possa cumprir pelo menos a parte essencial do currículo, com os Fundamentos do Direito Internacional e do Direito dos Tratados, ministrando os conhecimentos importantes, tanto do Direito Internacional Público como do Direito Internacional Privado.

Uma outra situação que nós estamos vivendo hoje é a construção de um Direito Internacional Processual. Nós estamos hoje com tribunais em pleno funcionamento. Nós temos aqui o Professor Vicente Marotta Rangel, que é do Tribunal Internacional de Direito do Mar, na Alemanha. Ele é uma sumidade em Direito Internacional do Mar. Os Tribunais Internacionais estão funcionando hoje a todo o vapor. Temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Européia de Direitos Humanos, as Cortes Administrativas da União Européia e o Tribunal Penal Internacional. O Direito Penal Internacional está hoje numa fase muito rica. A criação do TPI trouxe à tona a necessidade de um revigoramento dos estudos do Direito Internacional Penal e nós estamos hoje realmente construindo o Direito Processual Internacional. Isso é muito importante porque é uma coisa nova. Quem vai criar esse Direito Processual Internacional são os próprios tribunais que estão sendo instalados, à exceção do TPI, porque os Países Signatários do Estatuto de Roma é que vão estabelecer essas normas.

Então, são novos apelos que estão hoje aparecendo e o Brasil, como um país que quer ser moderno e um país que precisa ser moderno para resolver os problemas que nós temos, um país que tem necessidade de ter esse inserção cada vez mais ativa e eficiente no sistema internacional, tem que ter pessoas especializadas na área de direito para isso. Então, nós

temos que nos empenhar, cada vez mais, na área do Direito Internacional Público e Privado. O Professor Wagner Menezes depois vai falar sobre o interesse que está tendo no país para se discutir esse assunto tão importante. Então, esse é exatamente o momento de darmos ao Direito Internacional Público e Privado, no país, um lugar realmente destacado nos currículos das faculdades e universidades.

Foi mencionada aqui também a questão das relações internacionais. Eu vivo uma experiência pessoal porque sou Professor de Relações Internacionais, há 39 anos, na Universidade Federal do Rio de Janeiro e sou Professor de Direito Internacional também durante esse mesmo tempo. Eu acho que sou o primeiro professor que fez concurso para essa cadeira no Brasil. É uma cadeira que existe no Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, no Rio de Janeiro, dentro do Curso de Ciência Política. Quando eu entrei, o Professor Afonso Arinos é quem dava aula lá, depois, veio um diplomata e quando eu entrei para dar aula lá abriu concurso e eu fiz o concurso para essa cadeira há muitos anos. Então, eu vejo o quanto é importante militar e trabalhar com as duas áreas. A UNESCO, por exemplo, no seu quadro de disciplinas sociais, coloca um tópico grande – Relações Internacionais – e, como primeiro item, o Direito Internacional. Então, o Direito Internacional está dentro de uma idéia que a UNESCO tem de Relações Internacionais como um todo. Hoje, eu acho que é fundamental, para o Direito Internacional Público, haver uma interface cada vez maior, não só com os Cursos de Relações Internacionais, como está havendo, por exemplo, em São Paulo. Os Cursos de Relações Internacionais estão buscando os professores de Direito Internacional. Eu falo isso porque os alunos da UFRJ lá no Rio vão fazer o meu curso lá no IFICS. Só que os nossos alunos de Direito Internacional não vão para os Cursos de Relações Internacionais estudar, por exemplo, Teoria Política. Essa separação que houve, como já foi mencionado pela Professora Nádia e pelo Professor Marotta Rangel, esse distanciamento das duas disciplinas se deu exatamente por uma questão teórica. Logo depois de 1945, havia uma verdadeira ojeriza, por parte de professores de Ciência Política, em relação a tudo o que tinha acontecido nos chamados "20 anos de crise". O período que levou à II Guerra Mundial foi um período em que se tentou construir uma ordem pelo direito, mas, foi tudo mal feito. A construção da Liga das Nações foi exatamente uma tentativa de, pelo caminho do Direito, não termos mais guerras. Infelizmente, a Liga das Nações foi um órgão que nasceu com problemas desde o início, porque os Estados Unidos não fizeram parte, o

Brasil saiu em 1926, inclusive, a Liga das Nações ficou sem nenhum país do continente americano. Assim, a Liga das Nações ficou sendo um organismo quase que estritamente europeu. O certo é que, por causa do idealismo do final da I Guerra Mundial e com a criação da disciplina de Relações Internacionais na Inglaterra, quando começaram a surgir esses estudos, a idéia era se seguir uma direção de trabalhar com o realismo, recusando qualquer possibilidade de uma inserção maior com as questões jurídicas, vendo o Direito como não sendo uma alternativa para resolver questões internacionais. Terminou a II Guerra, veio a formação da ONU e do Conselho de Segurança, exatamente dentro dessa idéia de realismo e os grandes professores de política internacional tiveram uma influência enorme na política entre nações, afastando e não querendo uma participação maior do Direito nas tomadas de decisões e do planejamento da vida internacional. Os acadêmicos brasileiros foram movidos por essa idéia também.

Agora, diante dos problemas que estamos tendo hoje, chegaram à conclusão, diante de uma institucionalização da vida internacional, com um número enorme de organismos internacionais, que os problemas não se resolvem sem apelo ao Direito. Então, os realistas estão buscando no Direito a base para que possam realmente atuar porque, só com a base do reconhecimento do poder de força não vão conseguir nada.

Assim sendo, nos Cursos de Direito Internacional Público, precisamos ter esta inserção maior com os Cursos de Relações Internacionais e que, pelo menos, no Básico, que os nossos alunos tenham conhecimentos mais acentuados de ciência política e que os alunos de Relações Internacionais também possam ter uma formação mais acentuada para atender suas atividades, conhecendo Direito Internacional. Não há hoje possibilidade nenhuma de se fazer qualquer atividade internacional sem conhecimento de Direito Internacional. Nada se faz hoje sem base jurídica. Por exemplo, o Brasil acabou de ratificar agora a Convenção sobre Tabagismo. Hoje, até matéria de tabagismo está regulada por convenção internacional. Isso é Direito Internacional o mais puro possível. É uma convenção que tem nuances que precisam ser explicadas sob o ponto de vista jurídico.

Era isso que eu queria dizer. Apenas para concluir, precisamos aumentar a carga horária do Direito Internacional Público nas escolas que não têm condição de cobrir um programa mínimo; ampliar os Cursos de Pós-Graduação na área, que são ainda muito poucos e, principalmente, nas chamadas áreas novas.

Vicente Marotta Rangel – Universidade de São Paulo: Professor Antonio Celso Alves Pereira, eu não resisto à tentação de dizer que esta temática de Relações Internacionais e do Direito Internacional sempre me seduziu. Eu fui Professor de Ciência Política na antiga Escola de Sociologia Política e fui convidado pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, numa reunião presidida pelo Dr. Themístocles Brandão Cavalcanti, que na ocasião era Presidente da Fundação, da qual participaram vários cientistas políticos. Os resultados dessa reunião estão publicados em números antigos da revista "Ciência Política", editada pela Fundação Getúlio Vargas.

Estudando um pouco Morghentau, surpreendentemente verifiquei que ele começou por ser estudante e Professor de Direito Internacional na Universidade de Genebra, Institut des Études Internationales. Ele era jurista, mas, ao ir aos Estados Unidos e sentindo como tinha sido frágil o arcabouço jurídico da Sociedade das Nações, sentindo como eram inúteis algumas teorias de juristas, partiu para a tentativa de criação de uma nova disciplina de Relações Internacionais. O que houve foi uma visão incompleta do Direito Internacional e existe certa advertência no fato que acompanha a vida de Morghentau, com a necessidade de estudar Direito Internacional, mas, não numa perspectiva simplista e meramente formal, mas, estudá-lo no sentido da sua realidade social mais profunda, tendo em conta também o sentido valorativo que deve sempre estar presente no próprio Direito.

Mas, vejo também, que estamos neste momento, a citar o que se passa nas universidades do centro do país. Surpreendeu-me o que se passou recentemente no Congresso de Curitiba, presidido pelo Professor Wagner Menezes, com forte presença atuante, viva e dinâmica dos nossos colegas que estão nas universidades mais ao sul.

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros – Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores: Muito obrigado a todos pela presença e participação neste debate. Antes de encerrar , peço licença para complementar o que estava observando o Professor Antonio Celso Alves Pereira.

O Brasil já se situa entre os cinco países do mundo com maior número de controvérsias comerciais em análise no sistema de solução de controvérsias da OMC. Será que estamos efetivamente preparados para trabalhar com o Direito da Organização Mundial do Comércio? Será que conhecemos bem esse ordenamento jurídico, que é profundamente complexo e que se desenvolve e amplia a cada dia?

Os jornais, a Internet e a televisão noticiaram na semana passada que o Brasil já é um dos países que mais recebem investimentos estrangeiros. Será que nós conhecemos o Direito Internacional do Investimento, que é também um direito extremamente complexo, regido por convenções internacionais? Será que os nossos acadêmicos e os nossos futuros profissionais do Direito estão recebendo, nos Cursos de Direito, o conteúdo necessário para lidar com esta nova realidade? A EMBRAER, o setor produtivo do algodão e do aço brasileiro e outros setores que estão sendo questionados na OMC continuam contratando grandes escritórios de advocacia estrangeiros porque não há termo de comparação entre o desenvolvimento desses escritórios e os nossos aqui no Brasil.

Precisamos enfrentar o desafio de preparar adequadamente as gerações futuras de brasileiros.

Agradeço muitíssimo a presença e a participação de todos.