

O "treaty-making power" das organizações internacionais

JOSÉ H. FISCHEL DE ANDRADE

SUMÁRIO

1. Delimitação do objeto em estudo. 2. Introdução histórica. 3. Distinção entre personalidade jurídica internacional e "treaty-making power". 4. "Treaty-making power" e personalidade jurídica de direito interno. 5. "Treaty-making power" e personalidade jurídica de direito internacional. 6. Fundamentos jurídicos do "treaty-making power". 6.1. Estados. 6.2. Organizações Internacionais. 7. Interpretação dos fundamentos jurídicos do "treaty-making power". 7.1. Interpretação restritiva. 7.2. Interpretação extensiva. 7.2.1. Poderes inerentes. 7.2.2. Poderes implícitos. 8. Considerações finais.

1. Delimitação do objeto em estudo

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹, após exatos 23 anos de sua conclusão², e de mais de 12 de sua entrada em vigor³, foi encaminhada, para as tramitações domésticas pertinentes, ao Congresso Nacional⁴, onde ainda se encontra⁵.

Sua análoga, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações

¹ Doravante "Convenção de Viena I".

² Esta se deu aos 23 de maio de 1969.

³ Ocorrida aos 27 de janeiro de 1980.

⁴ Cf. Mensagem nº 116, de 22 de maio de 1992, publicada no *Diário Oficial* de 23 de maio de 1992.

⁵ Segundo informações obtidas junto ao Banco de Dados do Prodasen, aos 16 de outubro de 1995, a última tramitação do PDC 214/92, que aprova o texto da Convenção de Viena I – com ressalvas aos artigos 25 e 66 –, foi o seu recebimento, aos 13 de setembro de 1995, pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, onde o Deputado Pedro Valadares, na qualidade de Relator, está incumbido de preparar parecer à Emenda de Plenário proposta.

José H. Fischel de Andrade é Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, diplomado pelo Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo, França), estagiou no Comitê Internacional da Cruz Vermelha (Genebra, Suíça), e atualmente é Consultor Jurídico do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em Brasília.

Internacionais⁶, concluída há mais de 9 anos⁷, continua com sua submissão ao Congresso Nacional, pelo Ministério das Relações Exteriores, pendente⁸. A Convenção de Viena II trata, *inter alia*, do *treaty-making power* das organizações internacionais – aspecto tido como o mais importante quando da Conferência que a redigiu (*infra*).

O presente artigo visa apresentar a evolução e a análise jurídica de pontos cruciais do *treaty-making power* das organizações internacionais, num esforço de promover as medidas necessárias para o pronto comprometimento do Brasil com a Convenção de Viena II.

Antes, porém, algumas observações devem ser feitas. Não há no vernáculo tradução que defina, com rigor de linguagem, o significado de *treaty-making power*. Como se isto não bastasse, a expressão possui distintas acepções: pode ser usada no sentido da capacidade de celebrar tratados; da determinação do lugar onde se encontra dito poder ou faculdade; ou do processo de formação da vontade que determina, de forma decisiva, a intenção de um ente de direito das gentes se comprometer juridicamente com outro(s). Muita vez, a referida expressão é utilizada indistintamente.

No presente estudo somente a primeira das noções será desenvolvida, i.e., a capacidade de celebrar tratados; as demais, em função de sua importância, já têm sido objeto de diversos estudos⁹.

⁶ Doravante “Convenção de Viena II”. Para o texto da Convenção de Viena II, v. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 69/71, 1987/89, pp. 335-374.

⁷ A Convenção de Viena II, concluída aos 21 de março de 1986, foi, neste mesmo dia, assinada pelo signatário do Brasil.

⁸ Informação obtida, aos 16 de outubro de 1995, junto aos arquivos da Divisão de Atos Internacionais (DAI) do Ministério das Relações Exteriores.

⁹ Cf., *inter alia*, SOARES, G.F.S., “The Treaty-Making Process under the 1988 Federal Constitution of Brazil”, *Chicago-Kent Law Review*, v. 67, n. 2, 1991, pp. 495-513; BROWNIE, I., *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 698-701; CAMPOS, J.M., *Direito Comunitário*, v. I, 3rd ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 571-577; BLIX, H., *Treaty-making power*, London, Stevens, 1970; COSTONIS, J.J., “The Treaty-making power of the European Community: Article 238 and Association Agreements”, *Annuaire Européen/European Yearbook*, v. XV, 1967, pp. 31-51; DETTER, T.H.L., “The Organs of International Organizations Exercising their Treaty-making power”, *British Yearbook of International Law*, v. 38, 1962, pp. 421-444.

No que respeita às organizações internacionais, faz-se mister ressaltar, igualmente, que elas podem exercer suas atividades jurídicas em três âmbitos diferentes, quais sejam: no *direito nacional* dos Estados, é o que se passa no caso de uma relação dependente e definida por um determinado direito doméstico; no *direito internacional* geral, hipótese em que não só os entes são de direito internacional público, como também é esse o ordenamento que rege o objeto da relação; e no *direito próprio à organização*, haja vista algumas organizações sujeitarem parte das relações jurídicas que lhes respeita a uma ordem jurídica particular, que compreende não só determinados órgãos, mas, ainda, certas regras próprias à organização – definidas como direito interno das organizações¹⁰. Tem-se como escopo, no presente artigo, analisar tão-somente os dois primeiros âmbitos de atuação legal das organizações internacionais, i.e., sua atuação legal no direito interno dos Estados e no direito das gentes.

Por fim, torna-se sobremaneira importante destacar que a análise da capacidade das organizações internacionais de celebrar tratados utilizará, como parâmetro para a definição desta faculdade, as relações e diferenças existentes entre esta capacidade e a personalidade jurídica destas instituições.

2. Introdução histórica

É deveras interessante examinar a evolução que se teve na análise, pelos doutrinadores, do *treaty-making power* das organizações internacionais.

O debate atinente à existência da personalidade jurídica internacional da Liga das Nações não envolveu, no geral, muita discussão sobre sua capacidade de celebrar tratados¹¹, sendo certo que a maioria dos juristas apoiava a corrente de pensamento que a dotava da referida personalidade¹². Não obstante, os escritos concluídos à época serviram como ponto de partida – fonte consuetudinária – para as posições que seriam defendidas nas décadas vindouras.

O desfecho da Segunda Grande Guerra, e a subsequente criação da Organização das

¹⁰ Cf. REUTER, P., *Instituições Internacionais*, Lisboa, Rolim Ed., s/d, p. 247.

¹¹ Cf. PARRY, C., “The Treaty-making power of the United Nations”, *British Yearbook of International Law*, v. 26, 1949, p. 108.

¹² Cf. O’CONNELL, D.P., *International Law*, v. I, 2nd ed., London, Stevens, 1970, p. 95.

Nações Unidas, deu uma coloração toda especial às relações internacionais. Não era somente uma organização que surgia, mas sim várias, haja vista, logo em seguida, ter havido uma proliferação de agências especializadas.

Os problemas pertinentes a estes novos entes de direito internacional público tiveram de ser, finalmente, estudados com profundidade. Dessa forma, a Comissão de Direito Internacional¹³ iniciou o estudo do direito dos tratados de organizações internacionais em 1950, quando abordou a questão mais genérica do direito dos tratados pela primeira vez¹⁴.

A partir de então os *scholars* começaram a dar atenção a esta matéria, tanto que, logo após o início dos trabalhos da Comissão, o Professor J.G. Starke já afirmava que se tornara quase impossível aplicar-se com rigor a regra que estabelecia que somente os Estados que preenchessem os requerimentos de *statehood* em nível internacional poderiam ser partes em tratados¹⁵.

Os quatro primeiros relatores da matéria na Comissão de Direito Internacional¹⁶ endossaram a tese de que as organizações internacionais gozavam do *treaty-making power*¹⁷. Era de se esperar, portanto, que o projeto da Convenção sobre

Direito dos Tratados tivesse, em seu bojo, dispositivos relacionados ao *treaty-making power* das referidas organizações. Entretanto, não foi isso que ocorreu. Quando em 1969 foi concluída a Convenção de Viena I, não houve referência à mencionada faculdade das organizações internacionais. Isto se deu para evitar que a Convenção se tornasse muito complicada, haja vista as regras que governam tais organizações diferirem em alguns pontos das que dizem respeito aos tratados entre Estados¹⁸.

Desta forma, deu-se tempo à matéria para seu desenvolvimento prático e doutrinário, que partia não da estaca zero, mas sim já tendo atrás de si certa evolução – considerada, não obstante, insuficiente para servir como subsídio de sua codificação. Interessante notar como se processa tal progresso em nível doméstico. Um bom exemplo é o ocorrido no Brasil, cuja Constituição de 1946 só fazia menção aos tratados e convenções “celebrados com os Estados estrangeiros”; equívoco que não ocorre com a de 1967¹⁹, que declara *in verbis*, em seu artigo 8º, I, que “Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais”. A evolução constatada na Constituição de 1967 manteve-se na atual, a qual dispõe que “Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (CF/88, art. 21, I).

A decisão tomada em 1969 foi providencial, pois a doutrina passou a dar maior importância à matéria, o que permitiu à Comissão de Direito Internacional, através do desenvolvimento da prática das organizações internacionais, regular mais tarde os seus trabalhos numa doutrina e prática mais sólidas²⁰.

Com o passar dos anos, o assentimento da prática e da doutrina da matéria começou a influenciar, de forma decisiva, acadêmicos e autoridades governamentais de países que anteriormente não as aceitavam. Os representantes dos países socialistas, apesar de sua visão extremamente positivista, foram aos poucos deixando de apresentar empecilhos; tanto que

¹³ A Comissão de Direito Internacional, órgão da ONU, tem como tarefa *buscar o desenvolvimento progressivo do direito internacional*, o que faz, exatamente, através da “preparação de projetos de convenções sobre assuntos que ainda não foram regulamentados pelo direito internacional ou a respeito dos quais o direito ainda não está suficientemente desenvolvido na prática dos Estados”, e da *codificação desse direito das gentes, que nada mais é que a “formulação e sistematização mais precisa de regras de direito internacional em campos onde já existe extensa prática estatal, precedentes e doutrina”*. Para um excelente estudo sobre as origens da Comissão de Direito Internacional, cf. BRIGGS, H.W., *The International Law Commission*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1965.

¹⁴ NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, “A Codificação do Direito dos Tratados de Organizações Internacionais”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 67/68, 1985/86, p. 13.

¹⁵ Cf. STARKE, J.G., *An Introduction to International Law*, 3rd ed., London, Butterworth, 1954, p. 299.

¹⁶ Foram eles os Professores James Brierly, Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice e Humphrey Waldock.

¹⁷ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, p. 13.

¹⁸ Cf. AKEHURST, M., *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed., London, Allen & Unwin, 1987, p. 124.

¹⁹ Cf. MELLO, C.D.A., *Curso de Direito Internacional Público*, v. I, 9^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 214 (nota 9).

²⁰ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, p. 16.

poucos anos após a Convenção de Viena I, um diplomata soviético, o Professor Tunkin, ensinava na Academia de Direito Internacional de Haia que “os tratados concluídos entre Estados e organizações internacionais tornam-se mais numerosos como resultado do papel crescente das organizações internacionais na vida internacional”²¹.

Por não ter sido exaustiva, a Convenção de Viena I legou à Comissão de Direito Internacional a tarefa de elaborar uma Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais; os trabalhos iniciaram-se já em 1971²².

Até a Convenção de Viena II, onze relatórios foram submetidos pelo relator à Comissão. A orientação adotada para sua redação foi a mesma utilizada quando da preparação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; i.e., procurou-se não afastar a numeração do instrumento precedente. Ademais, fez-se uso de uma regra procedimental pela qual apenas os artigos propostos capazes de suscitar dúvidas de substância seriam debatidos no Comitê Plenário. Todos estes atos fizeram com que a Convenção de Viena II pudesse ser adotada em um momento oportuno, visto esse fato ter até mesmo fortificado o trabalho da Comissão de Direito Internacional²³.

O ponto central da Conferência de Viena II encontra-se em seu artigo 6º, o qual estabelece que “a capacidade de uma organização internacional para concluir tratados é regida pelas regras da organização”.

A complexidade desta questão faz com que ela seja desenvolvida de forma mais acurada (*infra* item V.2).

3. Distinção entre personalidade jurídica internacional e “*treaty-making power*”

É necessário distinguir claramente o *treaty-making power* de uma organização de suas capacidades mais gerais, ou, talvez, da soma destas facultades, que pode ser definida como “personalidade (jurídica) internacional”²⁴.

²¹ TUNKIN, G., “International Law in the International System”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, v. 147, nº IV, 1975, p. 121.

²² Seu Relator, até o final dos trabalhos, em 1986, foi o Professor Paul Reuter.

²³ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, op. cit. nota 14, pp. 16-18 e 23.

Não há na Carta da ONU nenhum dispositivo que lhe conceda tal personalidade. Foi, *inter alia*, em razão dessa lacuna que a Corte Internacional de Justiça foi acionada a dar parecer no Caso das Reparações de Danos, em 1949. A Corte chegou à conclusão que:

“(…) a Organização (das Nações Unidas) é um ente internacional (...). Isto não implica dizer que todos os seus direitos e deveres devam existir no plano internacional. O que isto significa é que (a ONU) é sujeito de direito internacional, e capaz de possuir direitos e deveres internacionais”²⁵.

Uma vez estabelecida a personalidade jurídica internacional da ONU – o que também se estendia às outras Organizações –, o passo seguinte era saber o que isto implicava. Sem dúvida, é um erro supor que a mera descrição de uma entidade como *pessoa* formula suas capacidades em direito²⁶. A *personalidade* deve ser vista como um índice (*index*), não de capacidade *per se*, mas de capacidades específicas e diferentes²⁷.

Desta forma, fez-se necessário estabelecer de forma precisa, no caso das organizações internacionais, quão intenso, e em que proporções, caracterizava-se o liame existente entre personalidade jurídica internacional e *treaty-making power*. As conclusões melhor fundamentadas defendem ser o *treaty-making power* uma *parte do todo* personalidade; i.e., o *treaty-making power* implica a existência de personalidade jurídica, não se podendo afirmar o oposto. É neste sentido que se assevera que o *treaty-making power* das organizações internacionais é para ser deduzido não do mero fato de sua personalidade, mas da evidência que indica elas terem *aquele* tipo de personalidade que envolve a capacidade de celebrar tratados²⁸.

4. “*Treaty-making power*” e *personalidade jurídica de direito interno*

Os documentos constitucionais de várias organizações internacionais indicam que elas possuem certo grau de personalidade jurídica. Não fica bem explícito, entretanto, se a referência é feita à personalidade jurídica pertinente às leis

²⁴ Cf. PARRY, C., op. cit. nota 11, p. 109.

²⁵ I.C.J. *Reports*, 1949, p. 179.

²⁶ Cf. O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 80.

²⁷ *Ibid.*, p. 82.

²⁸ Cf. PARRY, C., op. cit. nota 11, p. 110 e O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 81.

dos diversos Estados-Membros, ou à personalidade que diz respeito aos direitos e deveres internacionais²⁹.

Alguns tratados fazem menção só a um âmbito da personalidade jurídica das organizações que eles criam. É o caso da Carta da ONU, que não se refere à sua personalidade no contexto internacional, tendo sido, a do âmbito interno, reconhecida de modo claro, dentre outros, no artigo 104 da Carta³⁰.

Independente de sua estipulação, é fato que as organizações detêm personalidade de direito interno, assim como capacidade de celebrar tratados regidos pelo direito nacional dos contratantes. Este tipo de tratado é aquele através do qual as organizações internacionais procuram obter certos serviços materiais necessários à sua existência; todas as organizações internacionais têm estas necessidades, e, historicamente, a sua personalidade, para começar, afirma-se neste plano humilde, primeiramente junto ao Estado onde possui a sede e, em seguida, junto a todos os Estados em cujos territórios deverá exercer a sua atividade³¹.

Particularmente interessantes são os acordos-sede. Estes podem ter tanto dispositivos de direito interno como de direito internacional – quando tratam das imunidades e privilégios de jurisdição. Quanto àqueles – que são os que interessam ao tópico ora desenvolvido –, tem-se que é através deles que as organizações internacionais firmam contratos como os de compra e venda e/ou aluguel de imóveis. Esta faculdade, assim como a relativa ao âmbito internacional, não prescinde de estipulação prévia. Pode-se tomar como exemplo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), que não tem expressamente a referida faculdade estipulada, mas que, em função de ser um agente da ação internacional humanitária, concerta, via de regra, na forma de tratados bilaterais, compromissos com Estados, afirmando, destarte, seu *treaty-making power*³².

Finalizando, poder-se-ia pensar, *prima facie*, que os artigos que definem a capacidade jurídica

interna das organizações internacionais nos Estados – como o artigo 104 da Carta da ONU³³ – são sempre auto-aplicáveis (*self-executing*). Não obstante, há alguns tratados que assim não dispõem, como é o caso da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, que em seu artigo 47 reza:

“A organização deve gozar no território de cada Estado contratante da capacidade legal necessária para a realização de suas funções. A personalidade jurídica completa deve ser concedida toda vez que compatível com a Constituição e leis do Estado em questão”.

5. “*Treaty-making power*” e personalidade jurídica de direito internacional

A partir do momento em que uma organização pode realizar certos atos que a põe em contato com assuntos de direito internacional que lhe são exteriores – Estados que não são membros e outras organizações –, coloca-se ela normalmente no terreno geral do direito internacional público³⁴.

Como já visto de passagem, a Carta da ONU não possui artigo algum que lhe conceda personalidade jurídica internacional; não obstante, prevê esta a conclusão de acordos internacionais³⁵. Esse problema, consoante o exposto, foi superado haja vista ter a Corte Internacional de Justiça, em seu Parecer sobre o *Caso das Reparações de Danos*, ter reconhecido a personalidade jurídica internacional da ONU. O mesmo raciocínio do Parecer parece atribuir o *treaty-making power* às agências especializadas das Nações Unidas, das quais várias, de fato, concertam acordos com a ONU, entre si, e com Estados³⁶.

³² Cf. SWINARSKI, Ch., *Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana: Principais Noções e Institutos*, São Paulo, RT/USP, 1990, pp. 81 e 82 e SWINARSKI, Ch., *Competência e Funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) como órgão da Ação Internacional Humanitária*, Brasília, Escopo, 1990, p. 13 ou *ibid.* in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vv. 67/68, 1985/86, p. 180.

³³ Dita este artigo que “A Organização gozará, no território de cada um de seus membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e a realização de seus propósitos”.

³⁴ Cf. REUTER, P., *op. cit.* nota 10, p. 247.

³⁵ V. Carta das Nações Unidas, arts. 43, 57, 63, 105.

³⁶ Cf. McNAIR, A.D., *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 52.

²⁹ Cf. BISHOP, W.W., *International Law: Cases and Materials*, 3rd ed., Toronto, Little, Brown & Company, 1970, p. 241.

³⁰ Cf., *inter alia*, MELLO, C.D.A., *op. cit.* nota 19, p. 514; AKEHURST, M., *op. cit.* nota 18, p. 71; e O'CONNELL, D.P., *op. cit.* nota 12, p. 969.

³¹ Cf. REUTER, P., *op. cit.* nota 10, p. 247.

A partir do mencionado Parecer, os tratados constitutivos começaram a ser mais precisos. O Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (1951), e.g. no seu artigo 6º após dispor que “a Comunidade tem personalidade jurídica”, acrescenta que “nas relações internacionais a Comunidade goza da capacidade jurídica necessária para exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos”. Trata-se, pois, de seu *treaty-making power*. E foi exatamente essa a tendência que foi possível perceber desde então: uma preocupação não mais com a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais, mas sim com a extensão de sua capacidade de celebrar tratados, de seu *treaty-making power*.

Para se definir precisamente essa extensão, recorre-se ao método interpretativo, o qual será abordado mais adiante (*infra* tópico VI).

6. Fundamentos jurídicos do “*treaty-making power*”

A doutrina e a prática internacional admitem que a capacidade de firmar tratados não reside apenas nos Estados soberanos, mas sim também nos organismos internacionais³⁷. Não obstante, há uma diferença substancial entre os fundamentos jurídicos do *treaty-making power* dos Estados e os das organizações internacionais, sendo de fundamental importância aclará-la.

Como a Corte Internacional de Justiça decidiu, no *Caso das Reparações de Danos*,

“os sujeitos de direito internacional em qualquer sistema jurídico não são necessariamente idênticos na natureza ou na extensão de seu direito, e sua natureza depende das necessidades da comunidade, (...) enquanto um Estado detém a totalidade dos direitos e deveres internacionais reconhecidos pelo direito internacional, os direitos e deveres de uma entidade como a Organização (das Nações Unidas) devem depender de seus propósitos e funções, como especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática”³⁸.

Pode-se então diferenciar os fundamentos jurídicos do *treaty-making power* atinentes aos

³⁷ Cf. NASCIMENTO E SILVA, G.E. do, *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 1971, p. 18.

³⁸ I.C.J. Reports, 1949, pp. 178 e 180.

Estados e às organizações internacionais em função da dessemelhança resultante do cotejo entre suas posições no cenário internacional. *Prima facie*, pode-se dizer que, no âmbito do direito internacional geral, os Estados situam-se em um plano de igualdade soberana em relação uns aos outros; sendo que as organizações internacionais diferem umas das outras em razão das amplas variações de suas funções, individualmente definidas³⁹. Feitas estas considerações, faz-se providente uma sucinta análise distintiva entre estes dois sujeitos do *treaty-making power*.

6.1. Estados

Os Estados são os primeiros sujeitos do direito internacional, os quais sempre detêm a capacidade para celebrar tratados. São eles dotados de soberania, sendo que sua condição jurídica não é determinada por nenhum ato volitivo externo ou legislativo⁴⁰.

Neste contexto é a soberania a responsável por esta faculdade do Estado. É ela, nas palavras de Clóvis Beviláqua, a *autoridade suprema*⁴¹. É dela que deriva o poder estatal para que o Estado se relacione com os outros entes de direito internacional público.

Em que pese este conceito clássico, a palavra *soberania* sofreu certas mudanças desde sua concepção inicial por Bodin e Hobbes, escapando de certa forma da noção de indivisibilidade. Os Estados nos dias de hoje comprometem certa parte de sua soberania, ao mesmo tempo que esta não mais se faz indispensável como ingrediente às relações com outros Estados. A Índia, por exemplo, era membro da Liga das Nações antes mesmo de, em 1947, tornar-se independente. Outro exemplo é o das unidades de um Estado federado, que podem travar relações jurídicas com outros Estados – desde que assim permitido em sua Constituição⁴².

³⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *Direito das Organizações Internacionais*, Brasília, Escopo, 1990, p. 163.

⁴⁰ Cf. MENON, P.K., “The Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with special reference to the Vienna Convention of 1986”, *Revue de Droit International et Sciences Politiques et Diplomatiques*, v. 65, n. 4, 1987, p. 262.

⁴¹ Cf. BEVILAQUA, C., *Direito Público Internacional*, tomo I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 207.

⁴² Cf. MENON, P.K., op. cit. nota 40, p. 263. A propósito do exemplo anterior, cf. POULOSE, T.T.,

Intrínseco à soberania – tendo-se esta como regra geral – outro fator importante no que tange ao *treaty-making power* é a doutrina da igualdade dos Estados⁴³. Ela foi introduzida na Ciência do Direito Internacional pelos autores jusnaturalistas, o que não a poupou de severas críticas provenientes de internacionalistas conceituados⁴⁴. Entretanto, não se pode negar que *juridicamente* – salvas esparsas exceções *e.g.* o poder de veto dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU – todos os Estados são iguais. Essa igualdade se reflete no *mesmo* poder que todos os Estados têm para, sobre a matéria e extensão que desejarem, celebrar tratados. Assim considerado, o *treaty-making power* dos Estados é *absoluto*⁴⁵.

6.2. Organizações Internacionais

Já houve no passado teorias que negavam o *treaty-making power* das organizações internacionais. Elas eram defendidas por internacionalistas soviéticos, os quais baseavam seu raciocínio no fato de os referidos organismos não possuírem os requerimentos essenciais dos Estados. Esse posicionamento não mais encontra respaldo e adeptos nos dias de hoje, podendo ser considerado um “legado da história”⁴⁶.

Em princípio, se os Estados soberanos possuem o *treaty-making power* quando agem isolados, não seria surpreendente encontrar a mesma capacidade atribuída a uma organização internacional criada por esses mesmos Estados, os quais virtualmente são seus membros⁴⁷. Pode não ser surpreendente, mas ao mesmo tempo não é imprescindível, pois “o mero fato de Estados terem criado, por convenção, uma agência internacional, é insuficiente para a prova de personalidade daquela agência”⁴⁸.

“India as an Anomalous International Person (1919-1947)”, *British Yearbook of International Law*, v. 44, 1970, pp. 201-212.

⁴³ Para um estudo aprofundado sobre este tema, cf. ANAND, R.P., “Sovereign Equality of States in International Law”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, v. 197, n. II, 1986, pp. 9-228.

⁴⁴ Cf. *inter alia* BRIERLY, J.L., *Direito Internacional*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, pp. 127-430.

⁴⁵ À exceção natural dos tratados que conflitem com uma norma imperativa de direito internacional geral – *jus cogens* – hipótese na qual o tratado será nulo; cf. art. 53 comum às Convenções de Viena I e de Viena II.

⁴⁶ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 199.

⁴⁷ Cf. McNAIR, A.D., op. cit. nota 36, p. 50.

⁴⁸ Cf. O'CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 98.

Desta forma, se comparada com a dos Estados, a personalidade jurídica das organizações internacionais – e possível *treaty-making power* – é tida como um conceito *relativo*⁴⁹.

Antes da Convenção de Viena II, os autores buscavam uma base para a capacidade de celebrar tratados das organizações internacionais que não a soberania. Três eram as possibilidades que fundamentavam dita faculdade, podendo esta ser: I) prova do reconhecimento de sua personalidade internacional; II) consequência da personalidade jurídica internacional; III) deduzida não do simples fato de sua personalidade, mas sim prova de que tem esse tipo de personalidade que implica a capacidade de celebrar tratados⁵⁰.

Necessitava-se chegar a um consenso quando da redação do artigo 6º da Convenção de Viena II, que tinha que ser distinto de seu análogo, redigido na Convenção de Viena I – o qual estipulava que “Todo Estado tem capacidade para celebrar tratados”. Esse caráter absoluto do *treaty-making power* dos Estados, como visto, não é encontrado nas organizações internacionais. Isto posto, e atentando-se para o fato de elas não possuírem o *treaty-making power* no mesmo grau, cabia aos redatores a determinação da *capacidade mínima*, comum a todas as organizações, para a conclusão de tratados⁵¹.

Esta dificuldade, resultante das desigualdades existentes entre as organizações internacionais, fez com que a abordagem da questão de seu *treaty-making power* fosse feita por meio de fórmulas gerais⁵², exatamente para poder compreender todas as organizações no âmbito do artigo.

Foi exatamente em função deste preceito que a redação final do artigo 6º da Convenção de Viena II ficou sendo:

“A capacidade de uma organização internacional para celebrar tratados é regida pelas regras da organização”.

⁴⁹ Cf. AKEHURST, M., op. cit. nota 18, p. 71.

⁵⁰ Cf. SORENSEN, M. (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 205.

⁵¹ Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1972, p. 179, apud CANÇADO TRINDADE, A.A., op. cit. nota 39, p. 168.

⁵² Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *ibid.*, p. 164.

A própria Convenção de Viena II trata de, em seu artigo 2 (1) (j), definir *regras da organização* como sendo, "especialmente, os atos constitutivos, decisões e resoluções adotados de acordo com eles, e o procedimento vigente da organização".

São, pois, as *regras da organização* o fundamento jurídico que, em cotejamento com a soberania dos Estados, faculta a conclusão de tratados por organizações internacionais.

A primeira referência é feita aos *atos constitutivos*, ou seja, ao instrumento criador da organização. O tratado constitutivo de uma organização fixa seus poderes, de sorte a atender às finalidades comuns de seus membros, sendo sua enumeração feita, via de regra, de modo genérico⁵³ – o que não impede que seus propósitos, objetos e poderes sejam estabelecidos em cláusulas especiais⁵⁴.

Isto não quer dizer que a capacidade da organização seja determinada tão-somente pelo seu arcabouço constitucional; i.e., pelo desejo dos Estados-Membros que redigiram o instrumento constitutivo. Além dos outros componentes das regras da organização, a redação do artigo 6º é flexível o suficiente para conciliar esse posicionamento com o que defende que uma organização internacional possui o *treaty-making power* em razão do simples fato de sua existência, ou seja, meramente em função do direito internacional.

De qualquer forma, é importante lembrar que por serem os poderes de uma organização internacional concedidos por seus Estados-Membros, estes são oponíveis somente a terceiros – Estados ou organizações internacionais que se disponham a reconhecê-los⁵⁵.

Apesar da importância dos instrumentos constitutivos, deve-se sempre ficar atento ao fato de que os redatores de tais atos, assim como os de constituições nacionais, deparam-se com a tarefa, nada invejável, de ter de esquematizar o futuro comportamento de uma entidade complexa. E têm de fazê-lo, normalmente, por um período de tempo indefinido. Isto faz com que a precisão não seja uma característica da maioria desses instrumentos, afinal, seus redatores são incapazes de antecipar futuras dificuldades com clareza suficiente a possibilitar o estabelecimento de dispositivos que respon-

dam concretamente a essas dificuldades⁵⁶. É justamente em função dessas considerações que as *regras da organização*, ou seja, o direito peculiar a ela, não ficam adstritas à sua carta constitutiva, estendendo-se igualmente à sua prática.

As decisões e resoluções das organizações internacionais – adotadas de acordo com seus atos constitutivos –, conjuntamente com seus procedimentos vigentes, são o que se pode tomar com a *prática estabelecida* dessas organizações. Essa definição é sobremaneira importante devendo ser feita sempre que possível de forma bem abrangente. Assim sendo, pode-se incluir nela, também, a prática *não suficientemente estabelecida* – de modo a preservar "o poder criativo das organizações internacionais" em relação às regras que lhe dizem respeito⁵⁷. Isto posto, o direito próprio a cada organização tem a possibilidade de se desenvolver, adequando-se às situações que com o tempo possam surgir.

Naturalmente, o desenvolvimento da prática de cada organização pode variar muito em função dessas necessidades, mesmo que as regras escritas tenham sido elaboradas com acurado zelo. Um exemplo é o artigo 6º do Tratado de Paris e o artigo 238 do Tratado de Roma, que afirmam⁵⁸, respectivamente, que:

"a Comunidade (CECA) tem personalidade jurídica nas relações internacionais, a Comunidade (CECA) goza da capacidade jurídica para exercer as suas funções e alcançar os seus objetivos";

e que:

"A Comunidade (CEE) pode concluir com qualquer Estado terceiro, união de Estados ou organização internacional, acordos destinados a criar uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocas, ações em comum e procedimentos especiais".

⁵⁶ Cf. COSTONIS, J.J., op. cit. nota 9, p. 31.

⁵⁷ Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1972, p. 198, apud CANÇADO TRINDADE, A.A., op. cit. nota 39, p. 165.

⁵⁸ O Tratado de Paris, de 18.4.51, criou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), e o Tratado de Roma, de 25.3.57, por sua vez, instituiu a Comunidade Econômica Européia (CEE). O artigo 238, deste último, resulta da redação do artigo 9º do Ato Único Europeu, que foi assinado em Luxemburgo e em Haia, aos 17 e 28.2.86, respectivamente.

⁵³ Cf. MELLO, C.D.A., op. cit. nota 19, p. 475.

⁵⁴ Cf. STARKE, J.G., op. cit. nota 15, p. 427.

⁵⁵ Cf. CAMPOS, J.M., op. cit. nota 9, p. 556.

Apesar de a redação dos artigos transcritos ter visado a um aprimoramento no funcionamento das Comunidades, a verdade é que “a lacuna entre o compromisso inerente à linguagem do(s) Tratado(s) de Roma (e de Paris) e o desempenho do *treaty-making power* da CEE (e da CECA) (...) indica o influente, e ocasionalmente decisivo, papel da prática” no que pertine à definição da extensão dos poderes de uma organização internacional⁵⁹.

Esta idéia, que revela o papel da prática, nem sempre é abordada sob o mesmo prisma pelos autores. O Professor O’Connell, por exemplo, afirma que “o argumento da Corte (Internacional de Justiça) sobre o fato de a ONU ter participado da *General Convention on Privileges* não deve ser tomado como favorecedor da sua capacidade de celebrar tratados”. E continua, “a ONU só tem ditos poderes como incidentais de suas funções definidas na Carta”⁶⁰. Não obstante a posição deste proeminente tratadista neozelandês, a prática das organizações internacionais é versada pela maioria dos internacionalistas de modo distinto, o que lhe concede uma importância cada vez mais crescente – em especial no que concerne às resoluções dessas organizações⁶¹.

7. *Interpretação e fundamentos jurídicos do “treaty-making power”*

Não basta a existência dos fundamentos jurídicos do *treaty-making power* para sua completa implementação. A capacidade das organizações internacionais vai depender muito da devida interpretação de seus instrumentos constitutivos⁶² e de sua prática estabelecida. É através dessa interpretação que se *quantifica* o *treaty-making power* outorgado a esses entes de direito internacional público.

A extensão dessa interpretação variou sempre em função das ideologias políticas, e respectivas conveniências, dos Estados. A época das mais acirradas divergências foi a da *Guerra*

Fria, exemplificada pela quantidade de vetos impostos pela União Soviética nos 15 primeiros anos do Conselho de Segurança da ONU. Houve, até muito recente, duas vertentes inconciliáveis que defendiam, respectivamente, uma interpretação restritiva e uma extensiva dos poderes das organizações internacionais – nos quais está, certamente, inserido o *treaty-making power*.

7.1. *Interpretação restritiva*

A corrente defensora da interpretação restritiva, ou literal, teve dentre seus mais expressivos defensores o Professor Tunkin. Ao definir organizações internacionais como “entidades interestatais criadas por Estados”, assevera ele que estas “possuem só os poderes os quais lhes foram outorgados por Estados-Membros e os quais são fixados nos seus instrumentos constitutivos e outros acordos”⁶³. Dessa forma, elas não têm poderes para estender as faculdades que lhes foram destinadas pelos Estados⁶⁴.

Posicionamento similar tem o Professor Reuter ao expor que as conseqüências das organizações internacionais em suas relações exteriores levantam problemas jurídicos extremamente difíceis, causados pelo silêncio freqüente das cartas constitutivas – especialmente no que diz respeito aos acordos internacionais e de responsabilidade ativa e passiva das organizações – devendo, dessarte, impor-se uma interpretação restritiva⁶⁵. Segundo este autor, isto ocorre em razão da teoria do domínio reservado, a qual prescreve que se a organização possui certas competências, estas devem ser dispostas em função das dos Estados⁶⁶.

Acompanha esta corrente o Professor Kelsen, ao afirmar que as Nações Unidas juridicamente só têm a finalidade de celebrar “os acordos internacionais que, por disposições especiais da Carta, estejam autorizadas a concluir”⁶⁷.

⁵⁹ Cf. COSTONIS, J.J., op. cit. nota 9, p. 47.

⁶⁰ Cf. O’CONNELL, D.P., op. cit. nota 12, p. 103; ênfase aditada.

⁶¹ Acurado estudo sobre este tema foi efetuado por H. Thierry em seu curso proferido em Haia, intitulado “Les Resolutions des Organes Internationaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 167, n. II, 1980, pp. 385-450.

⁶² Cf. JENNINGS, R.Y., “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 121, n. II, 1967, p. 348.

⁶³ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 184.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁶⁵ Cf. REUTER, P., op. cit. nota 10, p. 253.

⁶⁶ Cf. *ibid.*, p. 242. Para uma opinião dissidente e, ademais, contemporânea, v. CANÇADO TRINDADE, A.A., *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1979, pp. 1-54.

⁶⁷ Cf. KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, Nova Iorque, Praeger, 1950, p. 330.

Essa conduta de rigorosa exatidão ao estabelecido nos atos constitutivos, a qual encarava com cautela a emenda que não fosse efetuada por acordos escritos, não mais encontra adeptos de porte. E nem poderia ser diferente, haja vista a própria prática das Nações Unidas ter patenteadado o oposto.

7.2. Interpretação extensiva

Vai de encontro à interpretação restritiva a que amplia as competências das organizações internacionais em função de seus propósitos e dos poderes necessários para o alcance destes, não se atendo, pois, rigorosamente, à letra de seus instrumentos convencionais. Esta é abordagem justificável quando se trata da interpretação da carta de uma organização, posto que efetiva e flexível⁶⁸.

Este tipo de interpretação, chamada extensiva ou liberal, recorre à doutrina dos *poderes inerentes* e à dos *poderes implícitos*.

7.2.1. Poderes inerentes

A teoria dos *poderes inerentes* sustenta poder a ONU empreender *toda ação* que seja adequada para a realização de seus fins⁶⁹. É a doutrina oposta à da interpretação restritiva, e, ademais, igualmente radical.

Um dos fundamentos dessa doutrina encontra-se em igualar, juridicamente, Estados e organizações internacionais⁷⁰. Ora, uma vez iguados *de jure*, esses entes de direito internacional público teriam os mesmos poderes e, conseqüentemente, não haveria argumento que detivesse uma organização internacional de celebrar o tratado que desejasse. Como já se afirmou anteriormente, as diferenças entre Estados e organizações internacionais não são apenas *de facto*, posto que seus poderes advêm de fontes distintas, sendo distintas também suas conseqüências.

Argumentação paralela à da igualdade jurídica é a que sustenta que as organizações internacionais tornam-se sujeito de direito das gentes pelo simples fato de sua criação⁷¹, de-

correndo, daí, direitos e obrigações que vão além do estipulado em seus atos constitutivos e normativos. Como se deve levar em consideração não só os propósitos da organização, mas também os meios utilizados para a obtenção desses propósitos⁷² – no caso, a capacidade para celebrar tratados –, há de se tomar cuidado especial para evitar a *automatic implication* de poderes especiais – como a faculdade de celebrar tratados com Estados – ou da aptidão de delegar poderes⁷³. Deve-se sempre ter como norte, mormente quando o tema é interpretação, o princípio da razoabilidade.

7.2.2. Poderes implícitos

A doutrina dos *poderes implícitos* é a que mais encontra guarida entre os internacionalistas. Pode-se considerá-la como um ponto de equilíbrio entre a *interpretação restritiva* e a doutrina dos *poderes inerentes*. Por um lado, ela se afasta desta por não defender serem as organizações internacionais entes dotados da mesma capacidade e extensão jurídicas que os Estados. Desta forma, e pois diferente da doutrina dos *poderes inerentes*, a doutrina dos *poderes implícitos* cerceia as faculdades das organizações internacionais dentro de certos limites. Por outro lado, esses limites não chegam a ser tão rigorosos como os da *interpretação restritiva*, posto que as organizações não têm seus poderes limitados aos expressos em seus instrumentos constitutivos.

A doutrina dos *poderes implícitos* da ONU recebeu reconhecimento judicial, pelo qual se impôs, definitivamente, na decisão da Corte Internacional de Justiça no *Caso de Reparações de Danos*⁷⁴. Afirmou a Corte que:

“os direitos e deveres de uma entidade como a Organização (das Nações Unidas) devem depender de seus propósitos ou funções, especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática”;

⁷² Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, pp. 181 e 182.

⁷³ Cf. BROWNLIE, I., op. cit. nota 9, p. 691.

⁷⁴ Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A., *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 194. Faz-se salutar lembrar que, apesar de se encontrar na maior parte da literatura referência aos *poderes implícitos* da ONU, “existe consenso geral entre os autores para estender, por analogia, as conclusões da Corte (Internacional de Justiça) a outras instituições, e para aplicá-las a outras atribuições, especialmente a faculdade de celebrar tratados”; cf. SORENSEN, M. (ed.), op. cit. nota 50, p. 206.

⁶⁸ Cf. VALLAT, “The Competence of the United Nations General Assembly”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, v. 97, n. II, 1959, pp. 249-250.

⁶⁹ Cf. MELLO, C.D.A., op. cit. nota 19, p. 475; ênfase aditada.

⁷⁰ Cf. SEYERSTED, F., *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations*, Copenhagen, s/e, 1963, p. 50.

⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

e que:

“de acordo com o direito internacional, deve-se considerar a Organização como possuidora de poderes que, embora não expressamente constantes na Carta, são-lhe atribuídos pela necessária implicação de que são essenciais ao desempenho de suas tarefas”⁷⁵.

A doutrina define *poderes implícitos* de diversas formas distintas, em função de sua conveniência, variando, pois, muito sua abrangência. Conceituação bastante pertinente é a que afirma ser a doutrina dos poderes implícitos a que provê à organização internacional a competência jurídica para executar certas atividades, as quais não foram nem permitidas nem proibidas pela Carta constitutiva, desde que elas sejam indispensáveis para a realização de seus propósitos e funções, e na extensão necessária⁷⁶. Dessa forma, dotam-se as organizações internacionais de poderes que não aqueles concedidos diretamente pelos seus Estados criadores – mesmo porque a existência de poderes expressos não inibe ou evita, necessariamente, o exercício de outros poderes⁷⁷.

Houve sempre uma preocupação, por parte dos Estados, em não criar organizações supra-estatais. Isto ocorre desde a zelosa Carta de São Francisco até exemplos recentes das Comunidades Européias – e.g. a assinatura do Ato Único Europeu (1985) em lugar do, mais abrangente, Tratado de União proposto pelo Parlamento Europeu⁷⁸. Mas a delimitação dos poderes de uma organização internacional não se atém somente ao seu instrumento constitutivo – preza, igualmente, a sua prática (*supra*).

Na hipótese de uma faculdade implícita de celebrar tratados, sua delimitação pode originar dificuldades, sendo que a definição exata de ditos limites é necessariamente um

problema de interpretação de *cada* instituição determinada⁷⁹. Portanto, deve-se ter cautela para que os poderes implícitos, particulares a cada organização, não sejam confundidos com a personalidade internacional, comum a todas as organizações⁸⁰ (*supra*). É exatamente esta margem dada à interpretação de cada caso concreto que torna a doutrina dos poderes implícitos mais aceitável.

Não obstante o exposto, a presente doutrina teve seus opositores. O já citado Professor Tunkin – defensor da interpretação restritiva – afirmava que a teoria dos poderes implícitos não tem fundamentação no direito internacional, sendo ela uma recusa a se respeitar os tratados internacionais⁸¹. Sua aplicação, dessarte, “levaria ao caos as relações internacionais, agravando as tensões entre os Estados”⁸². Essa doutrina, contudo, encontra-se ultrapassada.

8. Considerações finais

Apesar das discussões teóricas – que foram refletidas pela prática dos Estados nas organizações internacionais – a interpretação extensiva, através da doutrina dos poderes implícitos, é assente. Ela gera a limitada possibilidade de conclusão de tratados não anteriormente previstos quando da criação das organizações internacionais.

Trata-se, pois, de um posicionamento liberal cauteloso que, ao mesmo tempo que protege os Estados no que respeita à sua soberania, permite às organizações internacionais uma constante evolução, um acompanhamento e superação de problemas que possam surgir no decorrer de seu funcionamento e da realização de seus objetivos.

Daí a conveniência de o Brasil se comprometer prontamente com o texto da Convenção de Viena II, o que seria providencial, posto em nada afetar a soberania do Estado brasileiro e ser condizente com a prática doméstica, a qual observa o disposto no instrumento internacional em questão.

⁷⁵ I.C.J. Reports, 1949, pp. 180 e 182, respectivamente.

⁷⁶ Cf. CASTANEDA, J., *Legal Effects of the United Nations Resolutions*, Nova Iorque, Columbia University Press, 1969, pp. 35 e 36.

⁷⁷ Cf. CAMPBELL, A.I.L., “The Limits of the Powers of International Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 32, n. 2, 1983, p. 524.

⁷⁸ Cf. SIDJANSKI, D., “Del Proyecto de Tratado de Unión del Parlamento Europeo al Acta Única Europea”, *Integración Latinoamericana*, v. 13, n. 131, 1988, pp. 3-17.

⁷⁹ Cf. SORENSEN, M. (ed.), op. cit. nota 50, pp. 206 e 207; ênfase aditada.

⁸⁰ Cf. RAMA-MONTALDO, M., “International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, v. 44, 1970, p. 155.

⁸¹ Cf. TUNKIN, G., op. cit. nota 21, p. 187.

⁸² Ibid.